ISSN 1864-371X

Bucerius Law Journal

Februar 2011 Heft 1/2011 Seiten 1 – 41

Gastkommentar

Thomas Fischer · Patientenverfügung und Sterbehilfe – Neue Orientierung durch den Bundesgerichtshof 1

Aufsätze

Cornelius Alders · Die Doppelstiftung als Instrument der Unternehmensnachfolge – Von Philanthropie und steuerbegünstigter Planung 3

Jan Sturm · Der Gefahrverdacht – ein Fall für Ockham's razor ? (Teil 1) 8

Franziska Thörle · Die EU-Finanzaufsicht über Ratingagenturen 14

Lutz Morgenstern · Das „ZuhauseKraftwerk" – Energierechtlicher Klärungsbedarf für ein neues Konzept 19

International

Marion Schmid-Drüner · Legal professional privilege after Akzo – case closed? – On companies' struggle against legal uncertainty 25

Streitgespräch

Richard Giesen, Eva Kocher · Zukunft des Normalarbeitsverhältnisses – Abschied oder Reform? 33

Redaktion der Ausgabe 1/2011

Sascha Arnold
Cathrin Bauer-Bulst
Maximilian Hocke
Christopher Krois
Carsten Lindner
Michael Schramm
Torsten Spiegel
Jan Sturm
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
Februar 2011 Heft 1/2011 Seiten 1 – 41

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

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

Covergestaltung: gürtlerbachmann Werbung GmbH

Bucerius Law Journal

Schriftleitung: Sascha Arnold, Cathrin Bauer-Bulst, Maximilian Hocke, Christopher Krois, Carsten Lindner, Michael Schramm, Torsten Spiegel, Jan Sturm, Malte Vollertsen, Manuel Waldmann, Daniel Zimmer

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

Heft 1/2011
Seiten 1 – 41
5. Jahrgang
9. Februar 2011

Prof. Dr. Thomas Fischer, Karlsruhe *

Patientenverfügung und Sterbehilfe – Neue Orientierung durch den Bundesgerichtshof

Die Frage, ob und wie sich so genannte „Sterbehilfe“ in das System des strafrechtlichen Lebensschutzes einordnen lasse, wird seit langer Zeit kontrovers diskutiert. Die unterschiedlichen Positionen werden oft mit Nachdruck und Engagement vertreten. Das ist verständlich, denn es handelt sich um ein besonders sensibles, die Grundlagen des Rechtsverständnisses wie auch des Persönlichkeitsbildes berührendes Thema. Strafrechtlich ist die Problematik im Spannungsfeld zwischen der – unstreitigen – Straflosigkeit der Beihilfe zur (straflosen) Selbsttötung einerseits, der Strafbarkeit des Tötens auf Verlangen (§ 216 StGB) als privilegiertem Fall des Totschlags andererseits angesiedelt. In beiden Fällen wird dem Willen der sterbewilligen Person hohes Gewicht für die Bestimmung des Unrechtsgehalts der fremden Handlung beigemessen. Die vom Gesetz gebotene Grenzziehung zwischen strafbarem und straflosem Verhalten wird von der Rechtsprechung und der vorherrschenden Meinung in der Literatur nach Maßgabe der Täterstellung des Handelnden vorgenommen: Wer fremde Selbsttötung (nur) als Gehilfe unterstützt, ist straflos; wer die Tötung, sei es auch auf ausdrückliches Verlangen, selbst als Täter (§ 25 StGB) vornimmt, macht sich strafbar. So einfach diese Grundsätze klingen, so schwierig und umstritten ist ihre Umsetzung in praktisch handlungsleitende Sätze.

Die rechtliche Problematik so genannter Sterbehilfe ist angesiedelt zwischen scheinbar widerstreitenden Grundsätzen: Jeder Mensch hat, wie auch der EGMR kürzlich wieder klargestellt hat, das Recht, den Zeitpunkt seines eigenen Todes selbst zu bestimmen. Der Staat hat die Pflicht, das Rechtsgut des menschlichen Lebens bestmöglich zu schützen. Beide Grundsätze sind jeweils für sich Einwänden, rechtlichen und praktischen Problemen ausgesetzt. Dass sie gleichwohl, wie auch immer vermittelt, zusammengeführt werden müssen, ergibt sich buchstäblich aus der Natur der Sache: der Unausweichlichkeit des individuellen Todes und der damit einhergehenden Auflösung von praktischen wie normativen Grenzen: Selbst- und Fremdbestimmung, Schutzpflicht und Fürsorgepflicht, Moralität individueller Handlungsmotive und Verantwortlichkeit sozialer Orientierung greifen ineinander und scheinen zu verschwimmen. Das erzeugt Unsicherheit.

Die Sterbehilfe-Debatte ist, auch im (straf-)rechtlichen Kontext, leider oft mit intuitiven, unklaren Wertungen oder Voraus-Setzungen belastet; diese können aus weltanschaulichen, religiösen, ethischen oder rechtlichen Zusammenhängen stammen. So erscheint etwa der Topos der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) in der Sterbehilfe-Diskussion durchaus zwiespältig, indem er einerseits den Anspruch auf Selbstbestimmung zu stützen scheint, andererseits eine wenig aussagekräftige, das Freiheitsgrundrecht limitierende Wertung einführt, welche der konkret-individuellen Selbstbestimmung gerade entgegenstehen kann: Als habe der Mensch das Recht auf Selbstbestimmung seines Todes nur, wenn und soweit dieser Dritten als „würdig“ erscheint.

Auffällig ist die seit langem unverändert erhobene Behauptung, es herrsche im Bereich der Sterbehilfe eine umfassende Rechts-Unsicherheit, die es Ärzten, Pflegepersonal, Krankenhaus- oder Heimleitungen sowie Angehörigen von Patienten oder diesen selbst fast unmöglich mache, die Grenzen zulässiger Sterbehilfe zuverlässig zu erkennen. Das erscheint übertrieben; bisweilen mag es auch als Argument vorgeschoben werden, um hergebrachte Verfahrensweisen und Verantwortungs-, vielleicht auch Machtpositionen aufrecht zu erhalten. Gleichwohl ist die Kritik zutreffend, dass die (höchstrichterliche) Rechtsprechung in der Vergangenheit nicht stets für klare Abgrenzungen und auch Laien verständliche handlungsleitende Kriterien gesorgt hat. So ist namentlich auch die Abgrenzung zwischen „aktiver“, „indirekter“ und „passiver“ Sterbehilfe wohl eher ein Ergebnis begrifflicher Nebelbildung als Ausdruck einer einleuchtenden Systematik. Denn

* Der Verfasser ist Richter am Bundesgerichtshof (Mitglied des 2. Strafsenats) und Honorarprofessor an der Universität Würzburg. Er hat an der besprochenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs (2 StR 454/09) mitgewirkt.

die „indirekte“ Sterbehilfe – vorsätzliche Tötung eines Menschen als „Nebenfolge“ palliativer Maßnahmen – ist nicht weniger aktiv als die „aktive“; und die „passive“ Sterbehilfe zeichnete sich seit jeher durch eine Vielzahl überaus aktiver Handlungen aus.

Der Gesetzgeber des Betreuungsrechts-Änderungsgesetzes von 2009 hat in den §§ 1901a ff. BGB eine bemerkenswert klare Regelung getroffen, die das Selbstbestimmungsrecht der Person zum Ausgangspunkt jeder rechtlichen Wertung macht. Sie beendet die sachwidrigen Spekulationen um den Anwendungsbereich von „Sterbehilfe“ im Allgemeinen und die merkwürdigen Unklarheiten der Verantwortlichkeit, welche das Thema jahrzehntelang prägten. Klargestellt ist: Es geht um die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts der betroffenen (sterbenden) Person; ihm sind nicht nur praktische Abläufe medizinischer Sachgerechtigkeit, sondern auch überindividuelle, standesmäßige, staatliche oder soziale Anforderungen nachgeordnet. Dies gilt jedenfalls bis zu der Grenze, welche das Recht auf der Grundlage der staatlichen Schutzpflicht zieht: Aus dem Selbstbestimmungsrecht folgt kein Anspruch gegen einzelne oder den Staat, den Todeswunsch einer Person allein auf der Basis einer individuellen „Bestimmung“ unabhängig von objektiven Bewertungen zu verwirklichen.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aus der Neuregelung der Patientenverfügung im Urteil vom 25. Juni 2010 (2 StR 454/09) strafrechtliche Konsequenzen gezogen und versucht, bislang unverbunden erscheinende Fäden zu einem tragenden Gerüst zu verbinden: Heilbehandlungen und Pflegemaßnahmen, insbesondere auch lebenserhaltende Maßnahmen, dürfen nicht gegen den (erklärten oder mutmaßlichen) Willen der betroffenen Person durchgeführt werden. Sie sind in diesem Fall rechtswidrige Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit und dürfen durch Notwehr oder Nothilfe abgewehrt werden. Aus dem Selbstbestimmungerecht der Person folgt deren Recht, den Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung oder Versorgung unabhängig von Art und Stadium der Grunderkrankung zu verlangen, und die Pflicht der behandelnden oder versorgenden Personen, diesen Abbruch durchzuführen. Hierbei kommt es, abweichend von der früheren Rechtsprechung, nicht (mehr) auf häufig zweifelhafte Unterscheidungen zwischen aktivem Tun und passivem Unterlassen an, sondern allein darauf, ob sich die aktive oder passive Handlung als „Behandlungsabbruch“ darstellt. Das Abstellen eines Beatmungsgeräts oder das Unterlassen (weiterer) künstlicher Ernährung sind gleichermaßen Abbrüche einer Behandlung und daher durch die Einwilligung der betroffenen Person gerechtfertigte Tötungshandlungen; das Verabreichen einer tödlichen Injektion bleibt durch § 216 StGB auch bei ausdrücklichem Verlangen verboten.

Damit verändert sich mindestens dreierlei: Zum einen verliert die bisherige Unterscheidung in „aktive“, „indirekte“ und „passive“ Sterbehilfe ihren Sinn. Wenn eine gerechtfertigte zielgerichtete Tötung auch bei aktivem Handeln möglich ist, macht es keinen Sinn, dies „passive“ Sterbehilfe zu nennen. Zu unterscheiden ist vielmehr nur (noch) die direkte (auf den Tod der Person abzielende) von der indirekten (den Tod als Nebenfolge in Kauf nehmenden) Tötung. Wenn die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen gegeben sind, handelt es sich um (gerechtfertigte) Sterbehilfe. Eine Tötung außerhalb dieser Voraussetzungen ist nicht Sterbehilfe, sondern ein strafbares Tötungsdelikt.

Zum anderen verlagert sich die Verantwortung von einem bislang oft im Unklaren bleibenden Bereich zwischen ärztlich-medizinischem „Herkommen“, betreuungsgerichtlicher Auslegungskunst und überindividuellen Wertungen in einen Bereich jedenfalls grundsätzlich klarer Abgrenzungen und Feststellungen: Es kommt auf den Willen der betroffenen Person an. Dieser ist, wenn er aktuell nicht mehr unmittelbar geäußert werden kann, nach Maßgabe der §§ 1901a ff. BGB festzustellen. Das Betreuungsgericht hat nur noch im Ausnahmefall zu entscheiden.

Schließlich ändert sich das Verhältnis zwischen Ärzten und Pflegepersonal und dem Patienten. In Fällen des Fehlens von Verfügungen (§ 1901a Abs. 2 BGB) kann die Sterbehilfe aus einem in der Praxis bisher weiten Bereich oft unklaren Gutdünkens herausgehoben werden, der bei vielen im medizinischen Bereich Tätigen ein Gefühl unsicherer Bewegung in einer „Grauzone“ verursacht hat. Bei Vorliegen von Patientenverfügungen oder Behandlungswünschen wird eine Grenze ärztlicher Entscheidungsbefugnis deutlich, die nicht stets leicht zu akzeptieren sein wird. Auch sie ist aber als Teil einer auf das Selbstbestimmungsrecht der Person (und *deshalb* auf ihre Würde) gestützten Konzeption von großer Bedeutung.

Selbstverständlich bleiben noch Zweifelsfragen und unklare Bereiche. Unangemessen erschiene es freilich, einer umfassenden Selbstbestimmungs-Lösung nur Bedenken hinsichtlich der Beweisbarkeit des Patientenwillens und von Missbrauchsmöglichkeiten entgegen zu halten. Solche Möglichkeiten bestehen ungleich mehr in einem von Unsicherheit geprägten, unklaren Feld vager Ethik-Anforderungen und praktischen Gutmeinens. Die Möglichkeit der Selbstbestimmung über den eigenen Sterbeprozess und die Abkehr von einem Konzept seiner Verwaltung in einem System undurchschaubarer paternalistischer Fürsorge führen zur Minderung von Angst und Leiden. Allein dies sollte die Anstrengung lohnen. ■

Cornelius Alders, Heidelberg*

Die Doppelstiftung als Instrument der Unternehmensnachfolge

– Von Philanthropie und steuerbegünstigter Planung –

A. Einleitung

Wie der Name offenbart, haben in Familienunternehmen zwei Dinge Priorität: die Familie und das Unternehmen. Beide Interessenkreise generationenübergreifend in einen wohlklingenden Ausgleich zu bringen, ist die Schwierigkeit jeder Unternehmensnachfolgeplanung. Nicht nur der Privatbereich, sondern auch die unternehmerische Sphäre bedarf der Vorbereitung des Generationenwechsels. Verlassen sich Unternehmer lediglich auf das gesetzliche Regelungsprogramm, führen die Folgen nicht selten durch Vermögenszersplitterung und Erbschaftsteuerbelastung mittelbar zu Liquiditätsproblemen der Gesellschaft. Oftmals müssen die Erben mangels eigener Liquidität auf das Kapital im Unternehmen zurückgreifen oder das Tafelsilber in Gestalt der Unternehmensbeteiligung direkt verkaufen.[1] Um dies zu vermeiden, ist frühzeitig ein Prozess in Gang zu setzen, der allen Beteiligten die Zeit zur Entwicklung einer maßgeschneiderten Nachfolgelösung lässt.

In Deutschland ist die Stiftung als Instrument der Nachfolgeplanung in den zurückliegenden Jahren zunehmend in Mode gekommen.[2] Für die Auswahl eines solchen Planungsinstrumentes ist entscheidend, wie sich die Unternehmerfamilie zukünftig die Verbindung zu ihrem Unternehmen vorstellt. Beabsichtigt sie weiterhin Einfluss auf die Unternehmensgeschicke zu haben, stellt die Stiftung eine Möglichkeit dar, den stürmischen Zeiten des Generationenwechsels mit Kontinuität zu begegnen – insbesondere dann, wenn kein geeigneter oder nachfolgebreiter Familienangehöriger zur Unternehmensfortführung bereitsteht.

Das Modell der Doppelstiftung eröffnet dabei die Chance, Gutes mit Nützlichem zu verbinden. So können der Fortbestand des Unternehmens und die Versorgung der Familie mit einer steuerbegünstigten Förderung gemeinnütziger Zwecke kombiniert werden.

B. Nachfolgeplanung in der unternehmerischen Sphäre

Den Mittelpunkt der Nachfolgeplanung bei Unternehmen bildet der möglichst komplikationsarme Übergang des Unternehmens als soziale, wirtschaftliche und rechtliche Einheit von dem bisherigen Inhaber auf dessen Nachfolger.[3] Neben dem Unternehmerwillen müssen dabei auch die Interessen der Nachfolger sowie alle relevanten erb-, familien-, gesellschafts- und steuerrechtlichen Aspekte im Rahmen einer Gesamtabwägung angemessen berücksichtigt werden. Diese Vorbereitungsphase ist der wohl wichtigste und prägnanteste Abschnitt für die Unternehmerfamilie, es ist die Zeit der Identifikation einer Tradition und der Entscheidung über deren zukünftige Ausrichtung. Es gilt Werte zu erhalten, Vermögen zu sichern, die Bestandskraft des Unternehmens zu gewährleisten und diesen Prozess steuerminimal auszugestalten.[4] Dies impliziert, in Abgrenzung zu den vorrangig nach Rendite strebenden Publikumsgesellschaften, eine Konzentration auf die Person des Unternehmers.[5]

C. Die Stiftung als Instrument der Unternehmensnachfolge

Die Vorzüge einer Stiftung als Instrument der Unternehmensnachfolge sind nicht nur etwaige steuerliche Begünstigungen. Viel bedeutender sind jene Besonderheiten, welche sich aus ihrer zivilrechtlichen Natur ergeben. Die maßgebenden Normen finden sich in den §§ 80-88 BGB und den jeweiligen Landesstiftungsgesetzen.[6]

Die Stiftung weist als verselbstständigtes Vermögen und juristische Person kein personelles Substrat auf, sie hat weder Mitglieder noch Eigentümer. Folglich bestehen auch keine Rechte auf Mitbestimmung bei identitätsbestimmenden Entscheidungen. Diese werden nur vom Stifter selbst im Rahmen des anfänglichen Stiftungsgeschäftes getroffen. An dieses Reglement ist die Stiftung im Grundsatz bis zu ihrer Auflösung gebunden.

Innerhalb der Satzung ist der identitätsbildende und individualisierende Kern einer Stiftung der sogenannte Stiftungszweck, der den zu erfüllenden Auftrag näher bestimmt.[7] Zulässig ist jede Zweckbestimmung, die nicht gemeinwohlgefährdend oder gesetzeswidrig ist. Die Stiftung bietet insofern etwas Besonderes, sie kann durch die Bestandskraft der Zweckbestimmung ein hohes Maß an Kontinuität gewährleisten und die Unternehmensführung generationenübergreifend an den Unternehmerwillen binden.[8] Neben dieser Chance besteht jedoch auch das Risiko des zu starren und unflexiblen Zweckkorsetts, das notwendige Modernisierungsprozesse nicht mitträgt.

I. Unterscheidungsmerkmal Stiftungszweck

Hinsichtlich des Stiftungszweckes wird zwischen gemein- und privatnützigen Zwecken unterschieden.

Gemeinnützige Stiftungen verfolgen ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke und erfüllen die Voraussetzungen der §§ 51 ff. AO. Zu den gemeinnützigen Zwecken zählen z.B. die Förderung der Wissenschaft, Forschung, Religion, Kunst und Kultur. Ein grundsätzlich abschließender Katalog ist in § 52 Abs. 2 AO aufgeführt.[9]

Der Zweck einer privatnützigen Stiftung ist dagegen auf die Begünstigung einer abgrenzbaren Personengruppe, insbesondere der Familie gerichtet.[10]

---

* *Studierender der Rechtswissenschaften an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag entstand im Rahmen eines Seminars im Erbschaftsteuerrecht bei Prof. Dr. Carl-Heinz Heuer.*

1 *Hübner,* in: Sudhoff, Unternehmensnachfolge, 2000, Rn. 1; *Spiegelberger,* Unternehmensnachfolge[2], 2009, § 1 Rn. 259; *Flick/Hannes/von Oertzen,* Erben ohne Streit und Steuern, 2007, S. 64.

2 *Schauhoff*, in: FS Spiegelberger, 2009, S. 1341, 1341; *Stafflage*, Die Stiftung bietet dem Unternehmer viele Möglichkeiten, Dossier der Consilisto Berenberg Privat-Treuhand GmbH, 2010, S. 1.

3 *Bengel,* in: FS Rödl, 2008, S. 225, 227; *Nitz,* BWNotZ 2004, 153, 153.

4 *Spiegelberger* (Fn. 1), § 1 Rn. 11; *Bengel* (Fn. 3), S. 225, 227; *Esch/Baumann/Schulze zur Wiese,* Handbuch der Vermögensnachfolge[7], 2009, Rn. 1011.

5 *Spiegelberger* (Fn. 1), § 1 Rn. 2; *Bengel* (Fn. 3), S. 225, 227.

6 *Götz*, in: Berndt/Götz, Stiftung und Unternehmen[8], 2009, Rn. 71.

7 *Hof*, in: Seifart/von Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts[3], 2009, § 8 Rn. 4; *Strachwitz*, in: Strachwitz/Mercker, Stiftung in Theorie, Recht und Praxis, 2005, S. 125.

8 *Hof* (Fn. 7), § 8 Rn. 1 ff.; *Götz*, NWB 2008, 4803, 4804.

9 *Hof* (Fn. 7), § 8 Rn. 58 und 88 ff.; *Götz*, NWB 2008, 1839, 1840.

10 *Schauhoff* (Fn. 2), S. 1341, 1343; *Hof* (Fn. 7), § 8 Rn. 80.

II. Unterscheidungsmerkmal Unternehmensverbundenheit

Bei der Nachfolgeplanung können Stiftungen nun in besonderer Verbindung zu Unternehmen auftreten. Seltener ist dabei der Fall, dass die Stiftung das Unternehmen als Unternehmensträgerstiftung selbst betreibt und mit diesem eine Einheit bildet.[11] Viel eher hält sie Anteile an Personen- oder Kapitalgesellschaften in ihrem Vermögen und wird damit als Beteiligungsträgerstiftung kategorisiert. Allerdings ist zwischen dem Unternehmenszweck und dem Stiftungszweck zu unterscheiden, denn beides darf nicht kongruent sein. Das Sinnbild der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung fordert eine Zweckrichtung, die nicht nur auf die Versorgung des Stifters selbst oder die Erhaltung eines Unternehmens gerichtet ist, sondern auch zugunsten anderer wirkt.[12]

D. Die Doppelstiftung als Planungsinstrument

I. Konzeptioneller Aufbau

In der Grundstruktur der Doppelstiftung finden sich zwei Stiftungen als Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft. Eine der Stiftungen dient der Unternehmerfamilie und die andere ist gemeinwohlorientiert.

Wurden beide Stiftungen im ersten Schritt vom Unternehmer gegründet, wird sodann in einem zweiten Schritt der Großteil der Geschäftsanteile an der Beteiligungsgesellschaft – dem operativ tätigen Familienunternehmen oder einer Holding-Gesellschaft – auf die gemeinnützige Stiftung übertragen. Dabei ist darauf zu achten, dass die Anteile überwiegend oder völlig stimmrechtlos gestellt sind.[13] Nur dadurch tritt der Entfall der Erbschaft- und Schenkungsteuer für diesen Vermögensübergang ein.[14]

Damit die übrigen Geschäftsanteile über Mehrstimmrechte verfügen und unmittelbaren Einfluss auf die Geschäftsführung des Unternehmens haben, wird die Beteiligungsgesellschaft als GmbH mit disquotaler Gestaltung der Stimmrechte konzipiert. Diese Dispositivität ist für das Modell der Doppelstiftung erforderlich, soll doch der Einfluss auf das Unternehmen bei der Familienstiftung liegen, was trotz geringer Kapitalbeteiligung über eine qualifizierte Mehrheit der Stimmrechte erreicht wird.

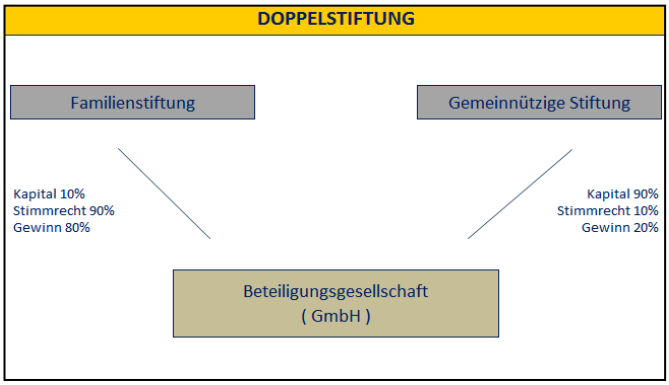

Abbildung 1: Vgl. *Schnitger*, ZEV 2001, 104, 104.

Die hier genannten Quoten haben lediglich exemplarischen Charakter.

Die übrigen Anteile werden in einem dritten Schritt auf die Familienstiftung übertragen, wodurch die Familie Wortführer im Unternehmen bleibt. Ihre Versorgung wird über, im Verhältnis zum Kapitalanteil inkongruente, Gewinnausschüttungen der Beteiligungsgesellschaft sichergestellt. Für diesen Vermögensübergang besteht jedoch Erbschafts- und Schenkungssteuerpflicht.

Das Verhältnis der jeweils zugewiesenen Anteile an der Beteiligungsgesellschaft ist abhängig von dem Versorgungsbedürfnis der Familie und den zur Verfügung stehenden liquiden Mitteln, da für die Anteile, die auf die Familienstiftung übergehen, Erbschaft- oder Schenkungsteuer anfällt. Letztlich ist ebenso entscheidend, wie viel Kapital der Stifter in den Dienst der Gemeinwohlförderung stellen möchte. An diese überblicksartigen Ausführungen anknüpfend, werden nun die Gegebenheiten der einzelnen juristischen Personen des Modells näher erläutert.

II. Zweckrichtung der Beteiligungsträgerstiftungen

1. Gemeinnützige Stiftung

Die Vorzüge einer gemeinnützigen Stiftung sind nicht nur ihre Steuerprivilegien, die staatlicherseits bewusst gesetzt werden, um ein nachhaltiges privatwirtschaftliches Engagement für die Allgemeinheit zu fördern.[15] Hinzutritt der Glückseligkeitsfaktor des philanthropischen Handelns und dessen Auswirkungen auf den Stifter.

a) Organisation und Satzungsgestaltung

Die Gewährung der steuerlichen Vergünstigungen setzt die Anerkennung als gemeinnützige Körperschaft voraus, wofür gem. § 59 AO deren Satzung und tatsächliche Geschäftsführung den Anforderungen der §§ 51 ff. AO entsprechen müssen.[16] Maßgebliches Kriterium für die Anerkennung ist die Mittelverwendung, also die Frage, wer begünstigt und gefördert wird. Eine Stiftung ist gem. §§ 52-54 AO als gemeinnützig anzuerkennen, wenn sie gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke verfolgt und ihre Mittel gem. §§ 54-57 AO tatsächlich zeitnah und unmittelbar im Interesse der Allgemeinheit verausgabt.[17]

b) Unternehmensverbundene gemeinnützige Stiftung

Auch eine unternehmensverbundene Stiftung kann gemeinnützig sein, insbesondere können gem. § 13 Abs. 1 Nr. 16 lit. b ErbStG Gesellschaftsanteile erbschaft- und schenkungsteuerfrei auf sie übertragen werden. Eine Besonderheit ist darin zu erkennen, dass die Befreiung rückwirkend ebenfalls dann greift, wenn der Erbe oder Beschenkte die Beteiligung innerhalb von 24 Monaten nach Erbfall oder Schenk-

---

[11] *Werner/Saenger*, Die Stiftung, 2008, Rn. 868; *von Rotenhan*, in: Strachwitz/Mercker (Fn. 7), S. 310; *Esch/Baumann/Schulze zur Wiese* (Fn. 4), Rn. 1605.

[12] *Schauhoff* (Fn. 2), S. 1341, 1342; *Hof* (Fn. 7), § 7 Rn. 58 f.; *von Rotenhan*, in: Strachwitz/Mercker (Fn. 7), S. 318; *Götz* (Fn. 6), Rn. 297.

[13] *Van der Auwera*, Die Doppelstiftung, 2008, S. 211 ff.; *Spiegelberger* (Fn. 1), § 15 Rn. 41.

[14] § 13 Abs. 1 Nr. 16 lit. b ErbStG.

[15] *Ihle*, RNotZ 2009, 621, 627; *Wachter*, NZG 2003, 107, 107; *Crezelius/Rawert*, ZEV 2000, 421, 421.

[16] *Götz* (Fn. 6), Rn. 1124; *Höne*, NWB-EV Nr. 3 2010, 102, 102.

[17] *Schauhoff* (Fn. 2), S. 1341, 1341.

ung auf eine gemeinnützige Stiftung im Inland überträgt.[18] Der Gesetzgeber gibt den Erben diese zweijährige Karenzzeit, um sich für ein gemeinnütziges Engagement zu entscheiden.

c) Steuerprivilegien

Der Staat honoriert gemeinnütziges Engagement durch Steuererleichterungen, welche neben der Stiftung auch dem Stifter und den durch das Stiftungsgeschäft Begünstigten, den Destinatären, zu Gute kommen.

aa) Steuervergünstigungen des Stifters

Neben natürlichen Personen können ebenso juristische Personen als Stifter in Erscheinung treten. Aufgrund der Relevanz für das Modell der Doppelstiftung sind die nachfolgenden Ausführungen hingegen nur auf die Besteuerung des Stifters als natürliche Person bezogen.

(1) Übertragung des Vermögens

Überträgt der Stifter Gegenstände aus seinem Privatvermögen auf die gemeinnützige Stiftung, fällt keine Ertragsteuer an.[19]

Werden dagegen einzelne Vermögenswerte aus dem Betriebsvermögen einer Personengesellschaft unentgeltlich auf eine Stiftung übereignet, liegt eine Entnahme vor. Dabei kann der Buchwert gem. § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 4 EStG fortgeführt werden, wenn das Wirtschaftsgut bei der nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG steuerbefreiten Stiftung steuerbegünstigten Zwecken nach § 10b Abs. 1 S. 1 EStG dient; in allen anderen Fällen sind die stillen Reserven aufzudecken und damit der Entnahmegewinn zu versteuern.[20]

Das Buchwertprivileg des § 6 EStG gilt gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 KStG unter denselben Voraussetzungen für Betriebsvermögen von Kapitalgesellschaften. Bei Sachspenden besteht hingegen die Gefahr, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung angenommen wird, wenn Stifter oder Begünstigte Gesellschafter der Kapitalgesellschaft sind.[21]

Übergibt der Stifter den ganzen Betrieb, einen Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil unentgeltlich, tritt gem. § 6 Abs. 3 EStG ebenso keine Gewinnrealisierung ein.

(2) Spendenabzug

Sobald die Stiftung als gemeinnützige Körperschaft anerkannt ist, kann sie Spenden empfangen. Für den Stifter und die übrigen Spender eröffnet sich damit die Möglichkeit, die Werte der übereigneten Vermögensgegenstände in ihren Steuererklärungen gem. § 10b Abs. 1 S. 1 EStG als Sonderausgaben abziehen. Der jährliche Abzug ist hingegen auf einen Betrag von 20% des Gesamtbetrages der Einkünfte oder 4% der gesamten Umsätze und der Löhne und Gehälter begrenzt (§ 10b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 EStG). Sollten die Spendenbeträge höher ausfallen, können sie gem. § 10b Abs. 1 S. 4 EStG in die nächsten Veranlagungszeiträume vorgetragen werden. Gleichzeitig ist ein Abzug von Spenden in den Vermögensstock nur bis zu einem Betrag von 1 Millionen € in 10 Veranlagungszeiträumen zulässig (§ 10b Abs. 1a S. 1 EStG).

(3) Umsatzsteuer

Für die Umsatzsteuerbelastung ist maßgeblich, ob der Betrieb im Ganzen abgegeben wird. Denn die unentgeltliche Übertragung eines Betriebes oder Teilbetriebes ist eine nicht von der Umsatzsteuer erfasste Geschäftsveräußerung (§ 1 Abs. 1a UStG). Werden hingegen einzelne Vermögensgegenstände aus dem Betriebsvermögen entnommen, sind diese Entnahmen umsatzsteuerpflichtig (§ 3 Abs. 9a UStG).

bb) Besteuerung der Stiftungserrichtung

Wird die gemeinnützige Stiftung ohne Gegenleistung mit Vermögen ausgestattet, handelt es sich sowohl zivilrechtlich als auch steuerrechtlich um eine unentgeltliche Übertragung von Vermögen, folglich um eine steuerpflichtige Schenkung oder einen steuerpflichtigen Erwerb von Todes wegen (§§ 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 3, 7 ErbStG). In beiden Fällen sind die Zuwendungen an gemeinnützige Stiftungen gem. § 13 Abs. 1 Nr. 16 lit. b ErbStG jedoch steuerfrei. Werden Grundstücke unentgeltlich auf eine gemeinnützige Stiftung übertragen, entfällt gem. § 3 Nr. 2 GrEStG die Grunderwerbsteuer.

Die Steuerfreistellung bei der Errichtung ist eine Frage der Mittelverwendung.

cc) Laufende Besteuerung der Stiftung

Für die laufende Besteuerung der Stiftung ist die Mittelherkunft maßgeblich. Dabei ist zu hinterfragen, wie das Stiftungsvermögen zur Generierung von Erträgen eingesetzt wird. Wird es lediglich verwaltet, ist die gemeinnützige Stiftung grundsätzlich auch von der laufenden Ertragsbesteuerung befreit. Betreibt die Stiftung einen eigenen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, fällt sie damit in die partielle Steuerpflicht gem. § 64 AO.[22]

(1) Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb

Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb liegt gem. §§ 14 S. 1, 64 AO vor, wenn sich die Stiftung selbstständig und nachhaltig am Wirtschaftsleben beteiligt, dadurch wirtschaftliche Vorteile erreicht und die Betätigung über eine Vermögensverwaltung hinausgeht. Folglich ist jeder Gewerbebetrieb ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb, aber auch eine mitunternehmerische Beteiligung an einem solchen. Dagegen begründet die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft gerade keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, sondern zählt regelmäßig zur Vermögensverwaltung.[23] Die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb und Vermögensverwaltung ist von enormer Bedeutung für das Sicherstellen der Steuerfreiheit. Grundsätzlich ist zu beachten, dass eine Tätigkeit über die reine Vermögensverwaltung hinausgeht, wenn das Ausnutzen von Vorteilen aus ständiger Vermögensumschichtung überwiegt und die Fruchtziehung aus vorhandenem Vermögen in den Hintergrund tritt.[24]

Liegt nach den Gesamtumständen des Einzelfalles ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vor, ist die Stiftung partiell

---

[18] § 29 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 ErbStG. Zu beachten sind die Ausnahmen der Freistellungsregelung: So erlischt die Steuer u.a. nicht bei Zahlungen i.S.v. § 58 Nr. 5 ErbStG. *Schauhoff*, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 2000, § 6 Rn. 24.

[19] *Götz* (Fn. 6), Rn. 659; *Götz*, NWB 2008, 1839, 1847.

[20] *Götz* (Fn. 6), Rn. 664; *Koss*, in: Strachwitz/Mercker (Fn. 7), S. 413.

[21] *Götz* (Fn. 6), Rn. 666; *Schauhoff* (Fn. 18), § 6 Rn. 24.

[22] *Gehrmann*, Gemeinnützigkeit – NWB infoCenter, 2010, S. 2; *Van der Auwera* (Fn. 13), S. 41.

[23] *Gersch*, in: Klein, Abgabenordnung[10], 2009, § 14 Rn. 18; *Koenig*, in: Pahlke/Koenig, Abgabenordnung[2], 2009, § 14 Rn. 26; *Orth*, FR 1995, 253, 257.

[24] BFH, BStBl. II 1992, 693, 694 f.; *Kiefer*, Die Abgrenzung von Vermögensverwaltung und wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb, 2000, S. 63 ff.

steuerpflichtig und zwar für alle damit im Zusammenhang stehenden Besteuerungsgrundlagen wie Einkünfte, Umsätze und Vermögensübertragungen (§ 64 Abs. 1 AO, § 5 Abs. 1 Nr. 9 S. 2 KStG). Die Einnahmen unterliegen dann u.a. der Körperschaftsteuer gem. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG und der Gewerbesteuer gem. § 2 GewStG, sobald sie gem. § 64 Abs. 3 AO die Freigrenze von 35.000 € übersteigen. Zudem hat die gemeinnützige Stiftung nur für den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb den Gewinn im Rahmen eines Betriebsvermögensvergleiches gem. §§ 4, 5 EStG zu ermitteln. Abseits davon ist sie nicht buchführungspflichtig.

Aufgrund dieser steuer- und bilanzrechtlichen Konsequenzen wird die Beteiligungsgesellschaft bei der Doppelstiftungen regelmäßig als Kapitalgesellschaft organisiert sein. Ob auch eine Beteiligung als Kommanditist zur Begründung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes und damit zur Steuerpflicht führt, ist hingegen umstritten.[25]

(2) Sonstige Steuerpflichten

Die Gewinnausschüttungen einer Kapitalgesellschaft als Beteiligungsgesellschaft bleiben auf Ebene der gemeinnützigen Stiftung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG vollständig steuerfrei, dies gilt insbesondere gem. § 8b Abs. 5 KStG auch für die sonst üblichen 5% nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben. Wurde Kapitalertragsteuer einbehalten, so kann sich die Stiftung diese gem. § 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG vom Bundeszentralamt für Steuern auf Antrag erstatten lassen (§§ 44b Abs. 7, 44a Abs. 7 EStG).

Die gemeinnützige Stiftung ist außerdem grundsätzlich von der Gewerbesteuer (§ 3 Nr. 6 S. 1 und 2 GewStG) und der Grundsteuer befreit (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 lit. b GrStG). Die Befreiung entfällt, soweit ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb unterhalten wird.

Weiterhin sind die Lieferungen und sonstigen Leistungen auch einer gemeinnützigen Körperschaft gem. § 2 Abs. 1 UStG umsatzsteuerpflichtig, eine generelle Befreiung existiert nicht.

dd) Besteuerung der Destinatäre einer gemeinnützigen Familienstiftung

Die gemeinnützige Stiftung als Teil der Doppelstiftung kann ihrerseits eine gemeinnützige Familienstiftung nach Maßgabe des § 58 Nr. 5 AO sein. Hierbei wird eine gemeinnützige Stiftung gegründet, die von den strengen Vorgaben der Selbstlosigkeit abweicht und den Stifter sowie seine nächsten Angehörigen mit höchstens einem Drittel des Stiftungseinkommens[26] angemessen unterhält.[27] Diese Regelung greift hingegen nur, wenn die Personen unterhaltsbedürftig sind.[28] Problematisch ist zudem, dass der förderbare Personenkreis eng ausgelegt wird[29] und die Finanzverwaltung neben der relativen Drittel-Grenze in der Praxis eine absolute Grenze bei der Angemessenheit des Unterhalts sieht.[30]

Werden Mittel der gemeinnützigen Familienstiftung satzungsmäßig wiederkehrend an Destinatäre ausgereicht, liegen bei den Empfängern Sonstige Einkünfte gem. § 22 Nr. 1 S. 2 Hs. 2 EStG vor.[31] Die Einkünfte unterfallen nicht dem Teileinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 EStG) und auch nicht der Abgeltungssteuer (§ 32d EStG). Im Rahmen der Erbschaft- und Schenkungsteuerveranlagung sind Zuwendungen, die durch die Satzung veranlasst sind, nicht freigebig und daher nicht schenkungsteuerpflichtig.[32]

d) Gestaltung als Stiftung unter Vorbehaltsnießbrauch

Als weitere Gestaltungsvariante ist eine gemeinnützige Stiftung vorstellbar, bei der sich der Stifter den Nießbrauch an den Geschäftsanteilen vorbehält. Der Nießbrauch ist ein dingliches Recht, welches den Vermögenswert und die Erträge verschiedenen Personen zuweist.[33] Mit dem Wegfall von § 25 ErbStG mindert die kapitalisierte Nießbrauchslast nun die Bemessungsgrundlage, also den Wert des zugewendeten Vermögens.[34] Mit diesem Modell kann der Großteil der Erträge einer gemeinnützigen Stiftung an die Stifterfamilie ausgereicht werden, ohne die Gemeinnützigkeit zu gefährden. Allerdings müssen weiterhin ausreichend Mittel für die Verfolgung der gemeinnützigen Zwecke zur Verfügung stehen. Zu beachten ist außerdem, dass der Nießbraucher die zufließenden Erträge zu versteuern hat und der 10-Jahreszeitraum des § 2325 BGB erst mit Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums i.S.v. § 39 Abs. 2 AO beginnt.[35]

2. Familienstiftung

Das Modell der Doppelstiftung sieht neben der gemeinnützigen Stiftung auch eine Familienstiftung vor. Diese ist auf die Versorgung und Förderung der Unternehmerfamilie angelegt, wodurch sie eine privatnützige Prägung erhält.[36] Ob auch eine Familienstiftung vorliegt, wenn neben der Familienversorgung noch andere Zwecke verfolgt werden, ist umstritten.[37] Bisher hat der Gesetzgeber keine einheitliche Definition geschaffen.

Vermögensübertragungen auf die Familienstiftung sind gem. §§ 3, 7 ErbStG grundsätzlich erbschafts- bzw. schenkungssteuerpflichtig.

Eine Besonderheit stellt das Steuerklassenprivileg dar: Trotz Hingabe der Vermögenswerte an die Stiftung selbst, richtet sich die Steuerklasse gem. § 15 Abs. 2 S. 1 ErbStG bei der Erstausstattung nach dem Verwandtschaftsverhältnis zwi-

---

25 *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2008, § 6 Rn. 126 ff.; *Götz*, NWB 2008, 1839, 1852.

26 Zu versteuerndes Einkommen i.S.v. § 2 Abs. 1 EStG. *Götz*, NWB 2008, 1839, 1844.

27 *Schiffer/Kotz*, ZErb 2004, 115, 120; *van der Auwera* (Fn. 13), S. 42.

28 *Buchna*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht[9], 2008, S. 190.

29 BMF, BStBl. I 2008, Nr. 6 AEAO zu § 58 Nr. 5: Entgegen § 15 AO sind nur Ehegatten, Eltern, Großeltern, Kinder, Enkel, Geschwister, Pflegeeltern und Pflegekinder umfasst; **a.A.** *Götz*, NWB 2008, 1839, 1844: auch andere nahe stehende Personen einsetzbar.

30 Diese richtet sich nach dem Lebensstandard des Empfängers. BMF, BStBl. I 2008, Nr. 7 S. 3 AEAO zu § 58 Nr. 5; *Götz*, NWB 2008, 1839, 1844.

31 Gem. § 58 Nr. 5 AO ist es für die Gemeinnützigkeit unschädlich, wenn bis zu einem Drittel der Erträge der Stiftung in bestimmter Art und Weise an nahe Angehörige verausgabt werden.

32 *Schuck*, in: Viskorf/Knobel, ErbStG[3], 2009, § 7 Rn. 3; *Götz* (Fn. 6), Rn. 1431 f.; *Götz*, NWB 2008, 1839, 1856.

33 *Feick/Henn*, in: Bonefeld/Wachter, Fachanwalt für Erbrecht[2], 2010, S. 9 ff.

34 *Geck*, DStR 2009, 1005, 1005 f.

35 *Spiegelberger* (Fn. 1), § 15 Rn. 173.

36 *Van der Auwera* (Fn. 13), S. 31; *Schauhoff* (Fn. 2), S. 1341, 1343.

37 Hierzu findet das deutsche Steuerrecht keine abschließende Antwort. Die Finanzverwaltung nimmt eine Familienstiftung bei über 25%iger Anfallsberechtigung und weiterer Indizien an. Der BFH grenzt nach dem Wesen der Stiftung ab. § 1 Abs. 1 Nr. 4 EStG formuliert allgemein, dass die Stiftung die Interessen der Familie verfolgen muss; demgegenüber verlangt § 15 Abs. 2 AStG konkret, eine mehr als 50% Bezugs- und Anfallsberechtigung für den Stifter, seine Angehörigen und deren Abkömmlinge. Zu beachten ist außerdem der im Zivil- und Steuerrecht unterschiedlich weite Familienbegriff. Ausführlich: *Bianchini-Hartmann/Richter*, in: FS Pöllath + Partner, 2008, S. 337, 346.

schen Stifter und dem entferntest Berechtigten. Spätere Zustiftungen in das Vermögen sind hiervon jedoch nicht umfasst.[38]

Nach der Erstbesteuerung befindet sich das Vermögen bei der Stiftung. Nun liegt der Gedanke nahe, dass es mangels Erbfalles für die Ewigkeit vor weiterer Erbschaftsteuerbelastung geschützt ist. Dessen ungeachtet fingiert der Gesetzgeber im Rahmen der Erbersatzsteuer gem. §§ 1 Abs. 1 Nr. 4, 2 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG alle 30 Jahre einen Generationenwechsel bei der Familienstiftung.[39] Auf den ersten Blick birgt die privatnützige Stiftung daher erbschaftsteuerrechtlich wenig Vorteile, wobei allerdings mit dem festen Zeitraum eine Planbarkeit der Steuerbelastung erreicht wird und zudem die Möglichkeit der Ratenzahlung in Jahresbeträgen besteht.[40]

Innerhalb des Modells der Doppelstiftung besteht die Gefahr, dass die der Familienstiftung zugewiesenen Mehrstimmrechte, denen der Einfluss auf die Gewinnverwendungsbeschlüsse der Beteiligungsgesellschaft inne wohnt, vom Finanzamt zusätzlich bewertet und auf die Bemessungsgrundlage der Erbschaftsteuer aufgeschlagen werden. Jenes Risiko ist seit dem Inkrafttreten des ErbStRG[41] am 01.01.2009 erheblich gestiegen, sieht doch § 9 Abs. 1 BewG eine Bewertung nach dem gemeinen Wert vor, welcher sich danach bestimmt, was ein fremden Dritter bereit wäre, für den Anteil zu bezahlen.[42] Insofern muss mit einem Wertaufschlag gerechnet werden, wodurch sich die erbschaftsteuerlichen Vorteile des gesamten Modells minimieren können.

III. Rechtsformwahl der Beteiligungsgesellschaft

Als geeignete Rechtsform der Beteiligungsgesellschaft kommt die GmbH in Betracht. Während die Beteiligung an einer gewerblich tätigen oder gewerblich geprägten Personengesellschaft zwingend einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb begründet, zählt das Halten von Anteilen an einer für sich steuerpflichtigen juristischen Person in aller Regel als Vermögensverwaltung. Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb bei der gemeinnützigen Stiftung durch die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft wird mangels Stimmrecht und Einfluss vermieden, so dass laufende Gewinnausschüttungen und auch etwaige Veräußerungsgewinne steuerfrei bleiben.[43] Erst wenn die gemeinnützige Stiftung tatsächlich Einfluss auf die Geschäftsführung nimmt, wird ein Geschäftsbetrieb angenommen. Zu beachten ist also, dass Stiftung und Beteiligungsgesellschaft nicht in Personalunion geführt werden.[44]

Bei der AG und KGaA ist eine Stimmrechtsbeschränkung lediglich über Vorzugsaktien durchsetzbar, welche hingegen gem. § 139 Abs. 2 AktG nur bis zur Hälfte des Grundkapitals ausgegeben werden dürfen und somit der Familienstiftung nicht die erforderlichen Mehrstimmrechte einräumen können.[45] Im Ergebnis scheint die GmbH die geeignete Rechtsform für die Beteiligungsgesellschaft zu sein, unabhängig davon, ob eine operativ tätige Einheit oder Holding-Gesellschaft vorgesehen ist.

IV. Verstoß gegen § 42 AO

Kritiker sehen in der Doppelstiftung ein missbräuchliches Steuersparmodell. In der Tat, der Verdacht der Steuerumgehung liegt bei komplexen Strukturen mit steuerlicher Verstrickung nicht fern. Allerdings gilt der Grundsatz, dass jeder Steuerpflichtige die jeweils steuergünstigste Gestaltungsvariante wählen kann.[46] Die Grenze stellt § 42 S. 1 AO dar, wonach Steuergesetze durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten nicht umgangen werden dürfen.

Für die Tatbestandsmäßigkeit von § 42 AO bedarf es folglich (i.) einer unangemessenen Rechtsgestaltung, (ii.) einer Missbrauchsabsicht, (iii.) einer konkreten Steuervermeidung und (iiii.) fehlender anderweitiger Rechtfertigungsgründe.[47]

Bei dem Modell der Doppelstiftung könnten sowohl die Stimmrechts- als auch die Gewinnverteilung unangemessene Rechtsgestaltungen darstellen.

1. Inkongruente Stimmrechtsverteilung

Mit der Beschränkung der Stimmrechte der gemeinnützigen Stiftung wird beabsichtigt, einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb und damit die partielle Steuerpflicht zu vermeiden.[48] Die Stiftung nimmt mangels Einfluss nicht am Geschäftsverkehr teil und tritt auch nicht in Konkurrenz zu anderen Unternehmen. Viel eher benachteiligt sie sich bewusst selber und vermeidet dadurch die Steuerpflicht. Demnach liegt eine bewusste Entscheidung gegen einen Geschäftsbetrieb und gerade keine unangemessene Rechtsgestaltung[49] vor.[50]

2. Vorteilszuweisung an die Familienstiftung

Hinsichtlich der Erstausstattung der Stiftungen könnte angenommen werden, dass der Großteil des Vermögens als Stiftungsvermögen bei der gemeinnützigen Stiftung von der Erbschaft- und Schenkungsteuer befreit wird, um es dann wieder auf Umwegen ins Privatvermögen oder in die Familienstiftung umzuleiten. Dies ist gerade bei der gemeinnützigen Stiftung ohne Vermögensrückfall gewiss nicht möglich, da das Kapital aus der Privatsphäre des Stifters herausgelöst und in die gemeinnützige Sphäre eingelegt wird, die es – ohne zusätzliche Steuerbelastung – nicht mehr Richtung Privatsphäre verlassen kann.[51] Zudem erhält die gemeinnützige Stiftung Gewinnanteile, die sie tatsächlich zur Gemeinwohlförderung einsetzt. Auch hier liegt demnach kein Missbrauchsfall vor.[52] Hinsichtlich der laufenden Besteuerung mit disquotaler Gewinnverteilung liegt schon keine Steuerminderung vor, da bei quotaler Gewinnzuweisung weniger Steuern anfielen. Das Mehr an Steuern wird akzeptiert, damit die Erträge ausreichen, um die Familie wirtschaftlich abzusichern.

---

38 ders., S. 348.

39 *Götz* (Fn. 6), Rn. 993 f.

40 *ders.*, Rn. 1003.

41 Gesetz zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (ErbStRG) vom 24.12.2008, BGBl. I 2008, 3018.

42 *Knittel*, in: Gürsching/Stenger, Bewertungsrecht, Stand Oktober 2010, § 9 Rn. 2.

43 *Ihle*, RNotZ 2009, 628.

44 *ders.*, 643; *Binz/Sorg*, ZEV 2005, 520, 522.

45 *Ihle*, RNotZ 2009, 643; *Schnitger*, ZEV 2001, 104, 104.

46 BFH, BStBl. II 1996, 158, 159; *Koenig,* in: Pahlke/Koenig (Fn. 23), § 42 Rn. 1.

47 BFH, BStBl. II 2001, 43, 44; BFH, BStBl. II 1999, 119, 120; BFH, BStBl. II 1996, 158, 159.

48 Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb läge vor, wenn die gemeinnützige Stiftung entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung der Beteiligungsgesellschaft hätte. Vgl. BFH, BStBl. II 1971, 753, 755 f.

49 *Kirchhof*, Steuern und Wirtschaft 1983, 173, 174.

50 *Van der Auwera* (Fn. 13), S. 271.

51 Der Fall der gemeinnützigen Stiftung mit Vermögensrückfall wird nicht behandelt. Hierzu ausführlich: *Schnitger*, ZEV 2001, 104, 106; *Binz/Sorg*, ZEV 2005, 520, 521.

52 *Binz/Sorg*, ZEV 2005, 520, 521.

Insofern erfüllt weder die inkongruente Stimmrechtsverteilung noch die Vorteilszuweisung an die Familienstiftung den Tatbestand des § 42 AO.

V. Kritische Würdigung des Modells unter Berücksichtigung des ErbStRG

Richtig ist, dass Doppelstiftungen die Vorteile der unternehmensverbundenen Familienstiftung mit den Steuerprivilegien der gemeinnützigen Stiftung kombinieren und die Zielsetzungen der Unternehmensnachfolge umfassend verwirklichen.

Allerdings ist die endgültige Trennung der Vermögenszuordnung real, wenngleich diese Komponente die generationenübergreifende Versorgung der Familie sichert. Hierauf können die Abkömmlinge bei ausreichendem Stiftungsvermögen vertrauen. Im Gegenzug ist das Verständnis dafür zu schaffen, dass die langfristige Versorgung auch der Kindeskinder davon abhängt, ob das Vermögen zusammengehalten werden kann. Zu empfehlen ist insbesondere, drohenden Liquiditätsgefahren durch Pflichtteilverzichts- und Eheverträge vorzubeugen. Andernfalls kann es zu direkten Geldansprüche gegen das Vermögen und mittelbar auch gegen das unternehmerische Eigenkapital kommen. Fehlt dann die Liquidität, sind die Handlungsmöglichkeiten begrenzt und möglicherweise der Verkauf des traditionsreichen Tafelsilbers unabwendbar. Eine Stiftung erfüllt über die anfängliche Zweckbestimmung die generationenübergreifende Kontinuitätsfunktion in besonderer Weise.

Daneben leistet die gemeinnützige Stiftung nicht nur einen Dienst für die Allgemeinheit, der die gesellschaftliche Stellung der Stifterfamilie stärkt, sondern das philanthropische Engagement geht mit einer weitgehenden Steuerfreistellung einher. Große Teile des Vermögens, insbesondere Ländereien, Kunstsammlungen und auch Unternehmensbeteiligungen können auf diese Weise vor der Erbschaft- und Schenkungsteuer bewahrt werden.

Daran hat sich durch das ErbStRG nichts geändert.Wird allerdings als Hauptmotiv für die Gründung einer Doppelstiftung die Ersparnis der Erbschaftsteuer ausgemacht, dann hat das Modell durch die Schaffung des Verschonungsabschlages für unternehmerisches Vermögen gem. § 13a Abs. 1, 8 und 9 ErbStG an Attraktivität verloren. Seit dem 01.01.2009 kann ein Unternehmen mit langfristig konstanter bis steigender Lohnsumme und niedrigem Verwaltungsvermögensanteil – auch ohne Vermögensverschiebung in die gemeinnützige Sphäre – erbschaft- und schenkungsteuerfrei übertragen werden.

In dieser Hinsicht ist die Vorteilhaftigkeit der Doppelstiftung auf die Unternehmensnachfolgefälle eingegrenzt, in denen ein Absinken der Lohnsumme erwartet wird oder das Verwaltungsvermögen enorm hoch ist.

Die Besonderheiten der gemeinnützigen Betätigung und die zivilrechtliche Ausgestaltung der Stiftung kann das Modell nicht exklusiv für sich beanspruchen. Zwar ist es in aller Regel steuerlich günstiger als das gesetzliche Regelungsprogramm, ein Mehrwert gegenüber Familienstiftungen oder Kombinationsmodellen aus privatnützigen und gemeinnützigen Gesellschaften ist jedoch nur in Ausnahmefällen festzustellen.

E. Bewertendes Resümee

In Anbetracht der aufgezeigten Vorzüge und vermeintlichen Nachteile kann die Doppelstiftung als ein geeignetes Instrument der Unternehmensnachfolge bezeichnet werden, sofern die Unternehmerfamilie gegenüber den Grundsätzen der Stiftungslösung offen ist. Dennoch sollte die Steuerersparnis nicht das einzige Motiv bleiben, sondern das gemeinnützige Engagement gewollt sein und aktiv gelebt werden. Im Idealfall ist es Bestandteil der Familienstrategie. Die Doppelstiftung ist aber nicht als das optimale Nachfolgeinstrument auszurufen, da es dieses abstrakt nicht gibt. Viel eher ist in jedem Einzelfall eine maßgeschneiderte Lösung zu finden, die alle Interessen der Beteiligten angemessen berücksichtigt. ■

Jan Sturm, LL.B. (Hamburg)*

Der Gefahrverdacht – ein Fall für *Ockham's razor*[1]? (Teil 1)

Der folgende Beitrag soll zeigen, dass der Umgang mit der Kategorie des Gefahrverdachts unter erheblichen Unklarheiten leidet. Die Analyse der dogmatischen Aussagen zum Gefahrverdacht wird zu dem Ergebnis führen, dass die Kategorie entbehrlich ist. Es wird empfohlen, auf den Begriff zu verzichten.

A. Das Thema

I. Der Befund

‚Gefahrverdacht'[2] ist ein Ausdruck, den die Polizeigesetze von Bund und Ländern nicht verwenden. Gleichwohl ist der Begriff eine etablierte Kategorie des Polizeirechts, die sich in Rechtsprechung und Lehre selbstverständlicher Verwendung erfreut. Als repräsentativ für die im Einzelnen etwas changierenden Begriffsumschreibungen[3] kann folgende Aussage gelten: „Im Fall des Gefahrverdachts hält die Polizei aufgrund objektiver Umstände das Vorhandensein der Gefahr zwar für möglich, nicht aber für sicher."[4]

Wird der Begriff in Lehre und Rechtsprechung benutzt, so soll er zumeist[5] nicht lediglich zur Beschreibung einer bestimmten Sachverhaltskonstellation dienen. Vielmehr wird er normativ verwendet: Es werden Aussagen zur rechtlichen

---

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Commerzbank Stiftungslehrstuhl Grundlagen des Rechts bei Prof. Dr. Christian Bumke (Bucerius Law School, Hamburg).

1 *Wilhelm von Ockham* (ca. 1285 – 1347/9) war ein Philosoph der Spätscholastik. Das in seinen Schriften zu findende Sparsamkeitsprinzip *„pluralitas non est ponenda sine necessitate"* ist – zumeist in der aus dem 17. Jahrhundert stammenden Formulierung *„entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem"* – ab dem 19. Jahrhundert als *Ockham's razor* (dt.: *Ockhams* Rasiermesser, Messer, Skalpell) bezeichnet worden; näher *Cloeren*, Eintrag „Ockham's razor", in: Ritter/Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 6, 1984, Sp. 1094-1096; *Leppin*, Wilhelm von Ockham, 2003, S. 62 f.; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre[3], 2008, S. 14 f.

2 Zumeist ist – ohne Unterschied in der Sache – von Gefahr*en*verdacht die Rede. Eine grammatische Analyse beider Formen findet sich bei *Poscher*, Gefahrenabwehr, 1999, S. 12 Fn. 13.

3 Zu einer stärker abweichenden Begriffsbestimmung s. noch u. Teil 2, C.VI.

4 *Denninger*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts[4], 2007, E Rn. 48; ähnlich *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht[7], 2009, Rn. 193; *Schoch*, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht[14], 2008, 2. Kapitel, Rn. 95; vgl. auch *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht[14], 2008, § 6 Rn. 28.

5 Eine Ausnahme bildet *Schenke* (FS Friauf, 1996, S. 455, 469), der ‚Gefahrenverdacht' nicht als normativen Begriff ansieht, an den unmittelbare rechtliche Konsequenzen geknüpft werden können.

Behandlung einer solchen Situation mit dem Begriff verknüpft.

II. Die Fragestellung

Im Folgenden soll untersucht werden, welchen Wert die Kategorie des Gefahrverdachts für die Polizeirechtsdogmatik besitzt. Als dogmatische Kategorie ist der Begriff wertvoll, sofern die Gefahrverdachtssituationen spezifische Fragen aufwerfen und rechtlich einheitlich zu behandeln sind. Zwei Punkte werden dabei im Mittelpunkt stehen. Erstens: Ist der Gefahrverdacht als Unterfall oder als Gegenbegriff zum Merkmal der Gefahr zu verstehen – oder lassen sich die Gefahrverdachtsfälle nicht einheitlich zuordnen? Zweitens: Sind bei einem Gefahrverdacht spezifische Restriktionen auf Rechtsfolgenseite zu beachten, die in anderen Fällen polizeilichen Handelns nicht zu berücksichtigen sind? Die Überlegungen beschränken sich dabei auf den Bereich des allgemeinen Polizeirechts[6] und dort auf ein Vorgehen nach der polizeilichen Generalklausel[7].[8]

B. Analyse der Begriffsumschreibung

Zuerst ist eine nähere Klärung dessen erforderlich, was unter der o.g. Umschreibung des Gefahrverdachts eigentlich zu verstehen ist. Schon hier bestehen Unklarheiten.

I. Wer empfindet die Unsicherheit?

Undeutlich bleibt bei der oben angegebenen Umschreibung des Gefahrverdachts zunächst, ob sich die Einschätzung eines Sachverhalts als verdächtig an einer Maßstabsfigur (dem sorgfältigen Beamten) orientiert oder am konkret handelnden Beamten, auch soweit sich dieser unsorgfältig verhält. Der Begriff des Gefahrverdachts wird zumeist dergestalt normativ verwendet, dass bei seinem Vorliegen zumindest manche Formen polizeilichen Eingreifens zulässig sein sollen. Es ist nicht anzunehmen, man wolle diese polizeilichen Maßnahmen auch dann für zulässig halten, wenn nur ein unsorgfältiger Beamter den Verdacht hegte, ein Schaden könne drohen (während ein sorgfältiger Beamter einen Schadenseintritt sicher ausschlösse). Daher ist anzunehmen, dass nur solche Situationen gemeint sind, in denen ein sorgfältiger Beamter einen Gefahrverdacht hegt.[9] Man kann dies deutlich machen, indem man dem Gefahrverdacht den ‚Putativverdacht'[10] zur Seite stellt.

II. Was ist mit dem Bezugspunkt ‚Gefahr' gemeint?

Sodann stellt sich die Frage, was im Zusammenhang mit der Definition des Gefahrverdachts unter ‚Gefahr'[11] zu verstehen ist. Die Vermutung liegt nahe, dass der Begriff inhaltsgleich mit dem vorherrschenden normativ-subjektiven[12] Verständnis des Begriffs ‚Gefahr' im Rahmen der polizeilichen Generalklausel verwendet wird. Gefahr im Sinne des normativ-subjektiven Gefahrbegriffs ist eine Sachlage, die bei ungehindertem Fortgang den Eintritt eines Schadens an einem Schutzgut nach dem Urteil eines besonnenen Beamten ex ante mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit erwarten lässt.[13] Wie kann jedoch für einen besonnenen Beamten zweifelhaft sein, ob eine solche Sachlage gegeben ist? Seine Situationseinschätzung deckt sich schließlich mit derjenigen der Maßstabsfigur.[14] Insofern kann er durch „Introspektion"[15] in Erfahrung bringen, ob eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts vorliegt.[16] Da ein besonnener Beamter am Vorliegen einer Gefahr im normativ-subjektiven Sinne also nicht zu zweifeln braucht, muss anderes gemeint sein, wenn zur Beschreibung des Gefahrverdachts auf den Begriff der Gefahr zurückgegriffen wird – nämlich eine Sachlage, die objektiv[17] gefährlich ist.[18]

III. Woraus resultiert die Unsicherheit?

Ein Gefahrverdacht liegt in Situationen der Unsicherheit vor. Doch welcher Aspekt der Gefahrbeurteilung ist dabei unsicher? Zur Entfaltung dieser Frage soll eine Unterscheidung aufgegriffen werden, die bei der Analyse des Gefahrurteils

---

6 Zum besonderen Ordnungsrecht vgl. *Götz* (Fn. 4), § 6 Rn. 32, 35 f. – Allerdings existieren im besonderen Ordnungsrecht ebenfalls (bezogen auf das jeweilige Sachgebiet) Generalklauseln, die der allgemeinen polizeilichen Generalklausel nachgebildet sind. Auch für solche Tatbestände sind die folgenden Überlegungen von Belang. Vgl. VGH Mannheim, ZfW 1994, 407 zu § 82 I Wassergesetz BW; VG Frankfurt, NVwZ-RR 2002, 269 zu § 61 II Hess. Bauordnung a.F.

7 Standardermächtigen enthalten oft die Befugnis zu bestimmten Maßnahmen, „wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen ..."; für Hamburg s. etwa §§ 12 b II 1; 15 I Nr. 2; 15 a I Nr. 2, 3; 16 II Nr. 1, 2, IV Nr. 1 SOG. Dies stellt eine ausdrückliche Regelung der Gefahrverdachtssituation dar (vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht[6], 2010, § 4 Rn. 52; *Schoch* [Fn. 4], Rn. 97), doch ist bei Anwendung dieser Befugnisnormen der Begriff ‚Gefahrverdacht' entbehrlich.

8 Es sei darauf hingewiesen, dass im Recht der technischen Sicherheit ebenfalls mit dem Begriff ‚Gefahrverdacht' operiert wird; hier hat er die Funktion, den Bereich der Gefahrenvorsorge zu markieren und vom Bereich der Gefahrenabwehr zu scheiden. Zu den Unterschieden gegenüber dem allgemeinen Polizeirecht vgl. *Poscher* (Fn. 2), S. 91-93. In seiner Entscheidung zur Niedersächsischen Kampfhundeverordnung (BVerwGE 116, 347, 351; dazu noch unten Fn. 27 f., 42 sowie Teil 2, Fn. 22) hat das BVerwG allerdings an das Wyhl-Urteil (BVerwGE 72, 300, 315) zum Atomrecht angeknüpft.

9 Vgl. *Götz* (Fn. 4), § 6 Rn. 28.

10 *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 7), § 4 Rn. 65.

11 Es geht an dieser Stelle nicht darum, das Tatbestandsmerkmal ‚Gefahr' i.S.d. polizeilichen Generalklausel zu bestimmen, sondern um die Klärung, was mit diesem Begriff im Zusammenhang mit der Umschreibung des Gefahrverdachts (dazu o. bei Fn. 4) gemeint sein kann. – Zuweilen wird nicht hinreichend getrennt zwischen ‚Gefahr' als Merkmal der Generalklausel und ‚Gefahr' als Begriff in anderem Kontext. Die Aussage, dass Gefahrerforschung tatbestandlich keine Gefahr voraussetzen könne, da gerade herausgefunden werden solle, ob überhaupt eine Gefahr vorliege (so etwa die Argumentation bei *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 180), ist nicht so überzeugend, wie es zunächst scheint. Denn auch bei Bejahung einer Gefahr im normativ-subjektiven Sinne kann klärungsbedürftig sein, ob objektiv eine Gefahr vorliegt.

12 Zur Terminologie s. *Hoffmann-Riem*, FS Wacke, 1972, S. 327, 339; *Möstl* (Fn. 11), S. 165.

13 S. nur *Voßkuhle*, JuS 2007, 908; *Pils*, DÖV 2008, 941, 944.

14 Zu diesem Zusammenhang und den Einwänden gegen eine solche Betrachtung s. noch unten C.III.3.

15 *Poscher* (Fn. 2), S. 162.

16 Für den besonnenen Beamten kann sich die Situation allerdings so darstellen, dass er sich sagt: „Nach den Anhaltspunkten, die ich habe, kann ich – als besonnener Beamter – einen Schaden nicht für hinreichend wahrscheinlich halten. Aber wenn ich noch mehr Informationen habe, werde ich dies vielleicht anders beurteilen müssen." Auch in dieser Situation ist subjektiv-normativ eine Gefahr (noch) zu verneinen. Hier stellt sich die unter C.V.3. erörterte Frage, ob Eingriffs- (insbesondere Ermittlungs-)befugnisse bestehen.

17 Zu der Frage, inwiefern ein Wahrscheinlichkeitsurteil angesichts seiner Bezogenheit auf einen bestimmten Informationshorizont (dazu insbes. *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, 1983, S. 49, 51, 95 f.; *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 1983, S. 32 ff.) überhaupt als objektiv gekennzeichnet werden kann, s. *Poscher* (Fn. 2), S. 125-127; *Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, 2010, S. 108. Als „objektiv" soll hier eine Einschätzung bezeichnet werden, die vor dem Hintergrund eines möglichst breiten Informationshorizonts getätigt wird („idealer Beobachter"). Näher *Poscher* (Fn. 2), S. 118-122. Freilich ist der Informationshorizont des idealen Beobachters auch im Gerichtsverfahren nicht notwendig (re)konstruierbar, woraus sich weitere Beschränkungen ergeben, s. dazu *Jaeckel*, a.a.O., S. 126.

18 S. *Breuer*, GS Martens, 1987, S. 317, 339; vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 7), § 4 Rn. 50.

nützlich ist: die Unterscheidung von Diagnose und Prognose.[19]

1. Diagnose und Prognose

Die Annahme einer Gefahr ist ein Urteil über die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines künftigen Zustandes. Dieses Urteil wird getroffen auf der Basis eines gegenwärtigen Zustands (Sachlage). Das Erkennen der Sachlage ist die *diagnostische Komponente* des Gefahrurteils. Sie bedarf der Wahrnehmung von Tatsachen bzw. der Kenntnis von Erfahrungssätzen, die erlauben, aus bekannten Tatsachen auf das gegenwärtige Vorliegen anderer Tatsachen zu schließen[20] (ggf. in Form eines Wahrscheinlichkeitsurteils).
Auf die als gegeben erkannte Situation werden nun Regeln angewandt, die eine Voraussage darüber erlauben, ob ein bestimmter (unerwünschter) Zustand ohne eigene Intervention einträte. Damit ist die *prognostische Komponente* des Gefahrurteils beschrieben.

Interessant ist dabei, dass sich Unsicherheiten über das Vorliegen einer Situation, auf die eine Prognoseregel anwendbar ist (Diagnoseunsicherheit), auch dadurch begegnen lässt, dass eine weniger spezifische Prognoseregel angewandt wird, deren Voraussetzungen sicher erkennbar vorliegen.[21] Ein fiktives Beispiel: Ist ungewiss, ob ein tickendes Paket bedenkenfrei geöffnet werden darf (weil unklar ist, ob das Ticken auf einer Briefbombe beruht, die bei Öffnung des Pakets explodierte, was mit einer Wahrscheinlichkeit von 70% Gesundheitsverletzungen verursachte[22]), so lässt sich als Prognoseregel auf den Erfahrungssatz abstellen, dass in 2% aller Fälle, in denen ein tickendes Paket geöffnet wurde, Gesundheitsverletzungen durch Briefbomben eintreten.

Durch Präzisierung der Diagnose lässt sich (bei Kenntnis spezifischerer Prognoseregeln für die spezifizierte Situation) die Prognose präzisieren, häufig in einem Maße, dass ein sicheres Urteil über den (Nicht-)Eintritt eines Ereignisses möglich ist. Im Beispiel:[23] A und B spielen Russisches Roulette. A legt eine Patrone in die sonst leere Revolvertrommel (sechs Patronenlager) und dreht die Trommel. Als er die Waffe auf B richtet, flieht dieser; A verbleibt lediglich die Gelegenheit, einmal in Richtung des B abzudrücken. Ist nun bekannt, dass sich die Patrone nicht in dem Patronenlager befindet, das vor dem Lauf liegt, lässt sich eine Schussverletzung des B in dieser Situation sicher ausschließen, ist eine Gefahr also zu verneinen. Ist der Ort der Patrone unbekannt, muss auf die Annahme zurückgegriffen werden, dass mit einer Wahrscheinlichkeit von 1/6 die Kammer mit einer Patrone gefüllt ist (und mit ggf. entsprechend verminderter Wahrscheinlichkeit eine Schussverletzung eintreten wird).

2. Die unter dem Begriff ‚Gefahrverdacht' diskutierten Sachverhalte

Die Unsicherheiten, die üblicherweise bedacht werden, wenn von Situationen des Gefahrverdachts die Rede ist, betreffen die diagnostische Komponente:[24] Ist das Erdreich mit chlorierten Kohlenwasserstoffen verseucht (die dann in das Grundwasser vorzudringen drohen)?[25] Handelt es sich bei dem gewehrartigen Gebilde, mit dem die Kinder hantieren, um eine Waffe oder ein Spielzeug?[26]

Auch Situationen prognostischer Unsicherheit werden häufig ausdrücklich als Fälle des Gefahrverdachts bezeichnet,[27] wenngleich in der juristischen Ausbildungsliteratur selten Beispiele genannt werden, bei denen lediglich die prognostische Komponente betroffen ist.[28] Die gemeinte prognostische Unsicherheit muss darin begründet liegen, dass die entsprechenden Prognoseregeln ungewiss sind. Denn das in einer Prognose selbst liegende Ungewissheitsmoment führt nicht zu einer Klassifikation als Gefahrverdacht.[29]

C. Die Gefahr als Tatbestandsmerkmal der polizeilichen Generalklausel

Nachdem der Begriff des Gefahrverdachts durch die vorstehenden Überlegungen präzisiert worden ist, soll im Folgen-

---

19 Grundlegend *Hoffmann-Riem* (Fn. 12), S. 327 f.

20 Eine solche Vorgehensweise unterscheidet sich strukturell nicht von einer Prognose, s. *Darnstädt* (Fn. 17), S. 9 f., der den Begriff der Prognose in einem erweiterten Sinne verwendet.

21 Mit „begegnen" ist hier vorerst noch nicht die rechtliche Zulässigkeit einer Entscheidung gemeint, die auf einem solchen gedanklichen Vorgang fußt, sondern nur ein vernünftiges Verhalten, um trotz Unsicherheit zu einer Entscheidung zu gelangen.

22 Auch dies stellt nicht die denkbar spezifischste Prognoseregel dar. Es ließen sich differenziertere Wahrscheinlichkeitsurteile abgeben, etwa in Abhängigkeit von Bauart und möglichen Defekten der Briefbombe. Sieht man von prinzipiellen Vorbehalten gegen vollständige kausale Determination ab, liegt der Grund für die Beschränkung auf ein Wahrscheinlichkeitsurteil bei Prognosen in der Unvollständigkeit menschlichen Wissens, vgl. *Darnstädt* (Fn. 17), S. 96; *Nell* (Fn. 17), S. 34.

23 Abgewandeltes Beispiel nach *Schneider*, DVBl. 1980, 406, 407.

24 Vgl. *Gusy* (Fn. 4), Rn. 194 f. Ausdrückliche Beschränkung hierauf bei *Bürmann*, Der Gefahrenverdacht, 2002, S. 24; vorsichtiger („tendenziell eher .., wenn sich die Ungewissheit auf den Sachverhalt und nicht auf den Kausalverlauf bezieht") *Ehlers*, DVBl. 2003, 336, 338. Diagnostische Unsicherheit kann im Übrigen auch dazu führen, dass eine *Störung* im objektiven Sinne für möglich gehalten wird (‚Störungsverdacht').

25 Ältere Entscheidungen, die mit dem Begriff des Gefahrverdachts operierten, betrafen häufig die sog. Altlasten-Fälle (s. etwa VGH Mannheim, NVwZ-RR 1991, 24), die allerdings nicht mehr nach dem allgemeinen Polizeirecht, sondern nach dem BBodSchG (s. insb. § 9 BBodSchG) zu lösen sind.

26 Beispiel bei *Hoffmann-Riem* (Fn. 12), S. 327, 328.

27 Ausführlich *Hansen-Dix*, Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht, 1982, S. 68 ff.; ferner *Brandt/Smeddinck*, Jura 1994, 225 (229 f.); *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr[9], 1986, S. 226; *Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht[11], 2007, Rn. 96; *Schoch* (Fn. 4), Rn. 96. Nach *Möstl* (Fn. 11), S. 191, geht es beim Gefahrverdacht aber nur um Unsicherheit in Bezug auf „grundsätzlich aufklärbare und in ihren Auswirkungen abschätzbare Sachverhalte" im Unterschied zur „strukturelle[n] Ungewißheit, die durch die klassischen Techniken der Gefahrenermittlung und -abwehr nicht zu bewältigen ist, sondern durch neuere Formen vorgelagerter Risikosteuerung und Risikovorsorge angegangen werden muß"; ebenso *Poscher* (Fn. 2), S. 93. Ein solcher Gedanke lag wohl auch der Entscheidung BVerwGE 116, 347, 352 f. (Niedersächsische Kampfhundeverordnung) zugrunde, wo auf den politischen Gehalt der Entscheidung verwiesen wird, in welchem Umfang schwer einschätzbare Risiken hinzunehmen sind; eine solche Entscheidung obliege dem Gesetzgeber.

28 Als Beispiel aus jüngerer Zeit mag man die zahlreichen Urteile zu Kampfhunde-Verordnungen ansehen, die auf der Grundlage der generalklauselartigen Verordnungsermächtigung (in Hamburg § 1 I SOG) erlassen wurden. Hier besteht die Unsicherheit hins. der Auswirkung der Rassezugehörigkeit von Hunden auf die Aggressivität des Tieres; s. etwa BVerwGE 116, 347; BVerwG, NJ 2004, 91. Doch handelt es sich wirklich nur um Prognoseunsicherheit (Wie wahrscheinlich ist ein künftiges Zubeißen bei bestimmter genetischer Disposition?) oder doch um Diagnoseunsicherheit (Ist der Hund wegen seiner genetischen Disposition aggressiv?)? Das Problem rührt daher, dass die Wahrscheinlichkeit von Gewalttätigkeit dem Tier als Attribut (nämlich Aggressivität) zugeschrieben wird. Unabhängig von einer Zuordnung zur Diagnose-/Prognosekomponente lässt sich konstatieren, dass die Ursachen für die Aggressivität von Hunden in geringem Umfang bekannt sind („strukturelle Ungewissheit"), so dass die Frage berechtigt ist, ob hier eine gesetzgeberische Entscheidung zu fordern ist (s. Fn. 27).

29 S. BVerwGE 116, 347, 352; *Möstl* (Fn. 11), S. 189, wo von der „jeder Prävention immanente[n] Ungewißheit" die Rede ist; ferner *Bürmann* (Fn. 24), S. 24. Begriffsimmanent ist dem Gefahrbegriff eine prognostische Ungewissheit nicht, denn auch bei vollständiger Gewissheit darüber, dass ohne Einschreiten ein Schaden einträte, liegt eine Gefahr als Grund zum Tätigwerden vor, vgl. *Schwabe*, GS Martens, 1987, S. 419, 429, 432.

den untersucht werden, welchen Wert er in Aussagen zum Tatbestand der polizeilichen Generalklausel hat. Dazu ist das Verhältnis zwischen der Kategorie des Gefahrverdachts und dem Tatbestandsmerkmal ‚Gefahr' der polizeilichen Generalklausel[30] zu untersuchen. In den hier thematisierten Konstellationen (im Anwendungsbereich des allgemeinen Polizeirechts und außerhalb spezieller Standardbefugnisse) vermag allein die Generalklausel – bzw. eine methodisch zulässige Erweiterung – befugniseröffnend zu wirken.[31]

Dabei soll nach dem Wert der Kategorie des Gefahrverdachts in einem System gefragt werden, das auf dem subjektiv-normativen Gefahrbegriff[32] der ganz herrschenden Meinung[33] aufbaut. Dieser Gefahrbegriff wird im Folgenden zugrunde gelegt, ohne dass Vorzüge und Nachteile dieser Auffassung untersucht werden sollen.[34]

Sollte sich herausstellen, dass in den Situationen des Gefahrverdachts (im soeben umschriebenen Sinne) stets eine Gefahr vorliegt, wäre der Begriff ‚Gefahrverdacht' zwar entbehrlich, hätte allerdings als Merkposten einen heuristischen Wert. Sollte dagegen in den Gefahrverdachtssituationen nie eine Gefahr anzunehmen sein, markierte er das Problem, ob sich die Generalklausel in methodisch vertretbarer Weise so erweitern lässt, dass eingreifende Maßnahmen gleichwohl zulässig sind. Keinen dogmatischen Wert hätte der Begriff auf Tatbestandsseite hingegen, wenn er sich weder einheitlich der Gefahr noch der Nicht-Gefahr zuordnen ließe.

I. Der Meinungsstand

Zu der Frage, inwiefern in den Situationen des Gefahrverdachts eine Gefahr im normativ-subjektiven Sinne vorliegt, existieren die verschiedensten Auffassungen: Teils wird eine Gefahr stets verneint,[35] teils stets bejaht,[36] schließlich wird vertreten, dass in den Fällen des Gefahrverdachts das Vorliegen einer Gefahr nicht einheitlich beurteilt werden könne.[37]

II. Befürwortung der differenzierenden Position

1. Die Ablehnung begrifflicher Exklusivität

Die erstgenannte Auffassung nimmt eine Exklusivität der Begriffe an. Doch vermag dies nicht zu überzeugen: Die Reflexion der eigenen Ungewissheit durch den Beamten rechtfertigt eine Verneinung des Merkmals ‚Gefahr' nicht. Denn eine solche Annahme stünde in einem Spannungsverhältnis zum Grundgedanken des normativ-subjektiven Gefahrbegriffs: Hinter diesem Gefahrverständnis steht die Überlegung, dass polizeiliche Maßnahmen oft unter Zeitdruck und Unsicherheit getroffen werden müssen.[38] Darum, so wird gefolgert, ist es nicht angemessen, die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts vor dem Informationshorizont eines idealen Beobachters[39] zu beurteilen. Vielmehr werden die perspektivischen Beschränkungen des handelnden Beamten insofern anerkannt, als das Urteil eines sorgfältigen Beamten in der Situation des entscheidenden Beamten maßgeblich ist. Gerade ein sorgfältiger Beamter wird aber die Begrenztheit seiner Erkenntnisse reflektieren, so dass die Situation des Gefahrverdachts nicht als seltene Ausnahme, sondern als alltäglicher Fall der Situationseinschätzung erscheint.[40] In diesen Fällen das Vorliegen einer Gefahr stets zu verneinen, bedeutete einen wenig einleuchtenden Bruch mit diesem Grundgedanken.[41] Im Beispiel: Die Polizei erhält Anrufe mehrerer Personen, die von einer Bombe erfahren haben wollen, die in einer halben Stunde in einer vollen Diskothek detonieren wird. Einer Gefahr im subjektiv-normativen Sinn steht nicht entgegen, dass der handelnde Beamte in Erwägung zieht, die Anrufer spielten einen üblen Streich.

Möglicherweise ließe sich begriffliche Exklusivität zwischen der Gefahr und dem Gefahrverdacht aber durch die zusätzliche Annahme herstellen, dass bei einer Gefahr im Sinne der Generalklausel *einzig* die prognostische Komponente ungewiss sein dürfe, während die Diagnose sicher sein müsse.[42]

Doch überzeugt diese Zusatzannahme nicht. Zunächst könnte dieser Schritt allein noch keine begriffliche Exklusivität herstellen, sofern zugleich angenommen würde, auch prognostische Unsicherheiten könnten den Gefahrverdacht begründen.[43] Des Weiteren steht der Annahme, zur Bejahung des Merkmals ‚Gefahr' müsse diagnostische Gewissheit bestehen, das soeben genannte Argument für die Subjektivierung des Gefahrbegriffs (Handlungsnotwendigkeiten trotz unvollständiger Information) entgegen. Drittens verlöre das Merkmal ‚Gefahr' einen Großteil seines Anwendungsbereiches, da Prognoseunsicherheiten häufig eine bloße Folge von Diagnosezweifeln darstellen.[44] Eine Exklusivität des Begriffs ‚Gefahrverdacht' und des Tatbestandsmerkmals ‚Gefahr' ist danach nicht anzunehmen.

---

30 In Hamburg § 3 I SOG.

31 *Ehlers*, DVBl. 2003, 336, 337.

32 Zur Begriffsbestimmung s. oben B.II.

33 S. die umfangr. Nw. aus Rspr. und Lit. bei *Jaeckel* (Fn. 17), S. 91, dortige Fn. 18. **Anders** als die h.M. *Götz* (Fn. 4), § 6 Rn. 16; *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 7), § 4 Rn. 31 ff.; *Poscher* (Fn. 2), S. 127 f. und passim; *Schwabe*, DVBl. 1982, 655 f.; *ders.* (Fn. 29), S. 419, 433 ff.; *Jaeckel* (Fn. 17), zusammenfassend S. 317 ff.: *Jaeckel* fasst ‚Gefahr' als objektive Kategorie auf und stellt ihr das subjektiv geprägte ‚Risiko' gegenüber.

34 S. hierzu die Darstellung bei *Jaeckel* (Fn. 17), S. 91 ff. m. Kritik S. 101 ff.

35 *Petri*, DÖV 1996, 443, 449; vgl. *Breuer* (Fn. 18), S. 317, 345 f.; VG Frankfurt, NVwZ-RR 2002, 269: „grundsätzlich" keine Gefahr.

36 *Brandt/Smeddinck*, Jura 1994, 225, 230; *Classen*, JA 1995, 608 (610, 614); *Denninger* (Fn. 4), E Rn. 50.

37 *Darnstädt* (Fn. 17), S. 96 ff.; *Hansen-Dix* (Fn. 27), S. 66 f.; *Möstl* (Fn. 11), S. 185; *Schenke* (Fn. 5), S. 455, 458; wohl auch *Drews/Wacke/Vogel/Martens* (Fn. 27), S. 227; *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 7), § 4 Rn. 59: Gefahr und Gefahrverdacht seien „einander verwandt und gehen oft ineinander über"; *Knemeyer* (Fn. 27), Rn. 96; unklar Rn. 98. Die in Rn. 98 erfolgende pauschale Zuordnung des durch Tatsachen erhärteten Gefahrverdachts (begründeter Gefahrverdacht) zur Gefahr vermag in dieser Weite nicht zu überzeugen, weil ein (besonnener) Amtswalter stets tatsächlicher Anhaltspunkte bedarf, um einen konkreten Schadenseintritt für möglich zu halten, vgl. a. *Weiß*, NVwZ 1997, 737, 743. – Inkonsistent *Bürmann* (Fn. 24), S. 42 ff. einerseits, S. 53 andererseits. Zu dieser Inkonsistenz tritt die Unklarheit, dass der Gefahrverdacht an zwei Stellen (in jeweils unterschiedlicher Weise) von der Gefahr „abgegrenzt" wird (S. 24, 46), jedoch (teilweise, S. 42 ff.; vollständig, S. 53) der Gefahr unterfallen soll.

38 Vgl. zu dieser Argumentationslinie *Möstl* (Fn. 11), S. 169 ff.

39 Dies ist die Maßstabsfigur des objektiven Gefahrbegriffs, wie ihn *Poscher* vertritt (vgl. oben Fn. 17).

40 Vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 7), § 4 Rn. 59; *Poscher*, NVwZ 2001, 141, 143; *Schenke* (Fn. 5), S. 455, 458.

41 Vgl. *Classen*, JA 1995, 608, 610.

42 *Bürmann* (Fn. 24), S. 24; wohl auch *Petri*, DÖV 1996, 443, 445. Auch BVerwGE 116, 347, 352, ließe sich in diesem Sinne verstehen. Allerdings relativiert das BVerwG die Schärfe dieser Aussage, wenn es ausführt (a.a.O., 356 f.): Es „muss auch dann, wenn ein schwerwiegender Schaden befürchtet wird, aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung oder den Erkenntnissen fachkundiger Stellen zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Eintritt dieses Schadens sprechen. Von solchen (echten) Gefahrenlagen sind diejenigen Fälle zu unterscheiden, in denen – wie hier – wegen *erheblicher* Erkenntnislücken lediglich ein Gefahrenverdacht besteht" (Hervorhebung J.S.). Vgl. zur Position des BVerwG noch unten Teil 2, Fn. 22.

43 S. dazu oben B.III.2. Man müsste also die Zusatzregel einführen, dass bei einer Gefahr keine Unsicherheit über die Validität der Prognoseregel bestehen darf, vgl. oben bei Fn. 28 und 29.

44 S. dazu oben B.III.1. m. Beispiel.

2. Die im Einzelfall mögliche Zuordnung des Gefahrverdachts zur Gefahr

Auch wenn die Ungewissheit, die der Beamte im Falle des Gefahrverdachts empfindet, die Annahme einer Gefahr nicht generell ausschließt, ist noch nicht die Frage beantwortet, auf welche Weise diese Unsicherheit verarbeitet werden soll. Eine plausible Form des Umgangs besteht darin, die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts unter Berücksichtigung der bestehenden Unsicherheit zu ermitteln.[45] Modellhaft im Beispiel[46]: Polizist P beobachtet, dass das Wasser aus einer Wasserquelle Schaum bildet. Ihm ist bekannt: 1. Wenn Wasser Schaum bildet, ist es mit 20%-iger Wahrscheinlichkeit verseucht, mit 80%-iger Wahrscheinlichkeit nicht (die Schaumbildung beruht dann auf harmlosen Algen). 2. Ist es verseucht (was sich chemisch nachweisen lässt), wird derjenige, der es trinkt, mit einer Wahrscheinlichkeit von 90% krank (und mit einer Wahrscheinlichkeit von 10% nicht). 3. Ist es nicht verseucht (was sich chemisch nachweisen lässt), wird niemand davon krank (Schadenswahrscheinlichkeit 0%). 4. A wird ohne polizeiliches Einschreiten aus der Quelle trinken.

Die Möglichkeit, die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu berechnen, liegt darin, die Unsicherheit über das Vorliegen einer objektiv gefährlichen Sachlage bei der Berechnung der Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadens (Erkrankung des A) in Rechnung zu stellen.[47] Man ermittelt die Wahrscheinlichkeit dann wie folgt: 0,2 x 0,9 + 0,8 x 0 = 0,18. Ob dies nun eine Gefahr darstellt, hängt davon ab, ob man die Eintrittswahrscheinlichkeit in diesem Fall als hinreichend ansieht, um von einer Gefahr zu sprechen.[48]

3. Die Ablehnung einer generellen Zuordnung zur Gefahr

Die ebenfalls anzutreffende generelle Zuordnung des Gefahrverdachts zur Gefahr wird mit der Erwägung befürwortet, dass auch bei einem Gefahrverdacht eine Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts – nur eben geringeren Grades – bestehe. Letzteres trifft zu, doch ist damit nicht gesagt, dass stets eine *hinreichende* Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts gegeben ist.

Die ermittelte Wahrscheinlichkeit stets als hinreichend zu behandeln, vermag nicht zu überzeugen, weil dieses Submerkmal seine tatbestandskonturierende Kraft dadurch gänzlich verlöre. Zwar ließe sich erwägen, die Anforderungen an die Gefahr abzusenken, weil bei Gefahrverdacht im Regelfall nur minder eingriffsintensive Gefahrerforschungsmaßnahmen in Betracht kommen. Doch kann auch Gefahrerforschung mit erheblichen Eingriffen einhergehen; es widerspricht dem üblichen Umgang mit Tatbestandsmerkmalen, deren Gehalt in Abhängigkeit von der Schwere der im jeweiligen Einzelfall gewählten Rechtsfolge zu bestimmen.[49] Schließlich würde bei einem solchen Vorgehen die Eingriffsschranke des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes argumentativ zur Ausweitung der Ermächtigungsgrundlage benutzt.[50] Vorläufig lässt sich damit festhalten: Abhängig von der – die Unsicherheit des Beobachters in Rechnung stellenden – Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts ist eine Gefahr entweder gegeben oder nicht.

III. Einwände gegen die im Einzelfall mögliche Zuordnung zur Gefahr

1. Verkennung des „rechtsstaatlichen Koordinatensystems“

Götz macht gegen eine Zuordnung des Gefahrverdachts zur Gefahr (wie sie hier je nach Fallgestaltung für möglich gehalten wird) geltend, eine solche Betrachtung laufe auf eine das rechtsstaatliche Koordinatensystem des Polizeirechts verkennende falsche Gleichsetzung von Verdacht und Gefahr, von Verdächtigem und Störer hinaus.[51] Die in dieser Kritik anklingende kategoriale Entgegensetzung von Gefahr und Verdacht vermag auf dem Boden eines normativ-subjektiven Gefahrbegriffs nicht zu überzeugen. Unsicherheit ist ein typischer Begleiter des Gefahrurteils. Die Kritik von *Götz* kann damit nicht als spezifischer Einwand gegen den Gefahrverdacht, sondern nur als pauschale Verdammung eines subjektiven Gefahrbegriffs verstanden werden.

2. Die Verletzung des Spezifikationsgrundsatzes

Nahe scheint der Einwand zu liegen, eine Begründung der Gefahr unter Berücksichtigung der Unsicherheit des Beamten verletze den Spezifikationsgrundsatz.[52] Der Spezifikationsgedanke fordert, bei der Prognose sämtliche relevanten Merkmale der Sachlage zu berücksichtigen. Auf das Beispiel bezogen ließe sich möglicherweise einwenden: Man müsste erst klären, ob das Wasser verseucht sei, und die dann einschlägige Regel anwenden.

Ob es allerdings für die spezifischste Aussage auf die Umstände ankommt, die ein sorgfältiger Beamter kennt, oder ob ein erweiterter, ggf. konstruierter Wissenshorizont („idealer Beobachter“) maßgeblich ist, ist eine Frage, die vom normativ-subjektiven Gefahrbegriff im erstgenannten Sinne beantwortet wird. Bezogen auf diesen Informationshintergrund berücksichtigt die oben dargestellte Ermittlung der Wahrscheinlichkeit, dass A durch das Wasser erkranken wird, alle relevanten vorhandenen Informationen und genügt dem Spezifikationsgrundsatz.

3. Abweichung von verfahrensrechtlichen Anforderungen an ein Einschreiten

Ein weiterer Einwand gegen die hier befürwortete Auffassung könnte wie folgt lauten: Auch sofern die Gefahrver-

---

45 Vgl. *Schenke* (Fn. 5), S. 455, 460.

46 Angelehnt an *Poscher* (Fn. 2), S. 121.

47 Es ist also ein „doppeltes Wahrscheinlichkeitsurteil“ zu fällen, s. *Hoffmann-Riem* (Fn. 12), S. 327, 328. Zur allgemeinen Beschreibung in einer mathematischen Formel s. *Jaeckel* (Fn. 17), S. 134, dortige Fn. 149; *Poscher* (Fn. 2), S. 158, dortige Fn. 105. Wohl etwas anders geht *Hansen-Dix* (Fn. 27), S. 66, vor, nach der eine Gefahr dann zu bejahen sein soll, „wenn das der Schadensprognose zugrunde liegende diagnostische Wahrscheinlichkeitsurteil ergibt, es sei hinreichend wahrscheinlich, daß die konkrete Sachlage eine solche sei, die nach den genannten Kriterien zur Ausfüllung des Gefahrbegriffs eine Gefahr darstelle“ (ebenso für Prognosezweifel wegen unzulänglicher Erfahrungssätze, S. 70). Zur Darstellung dieser Anforderungen in einer mathematischen Formel s. wiederum *Jaeckel* (Fn. 17), S. 135, dortige Fn. 149.

48 Die Anforderungen, die an die Eintrittswahrscheinlichkeit zu stellen sind, verhalten sich umgekehrt proportional zu Schwere und Ausmaß des Schadens: Je größer der drohende Schaden ist, desto geringer sind die Anforderungen, die an die hinreichende Wahrscheinlichkeit zu stellen sind; vgl. nur *Möstl* (Fn. 11), S. 187 m. umfangr. Nw. in Fn. 118.

49 S. *Schenke* (Fn. 5), S. 455, 461; vgl. auch *Darnstädt* (Fn. 17), S. 76.

50 *Petri*, DÖV 1996, 443, 447, der allerdings sein eigenes Vorgehen auf S. 449 in ganz ähnlicher Weise rechtfertigt.

51 *Götz* (Fn. 4), § 6 Rn. 29. Als Antikritik *ad hominem* lässt sich anführen, dass sich *Götz'* eigene Auffassung (sinngemäß in der Generalklausel enthaltene Ermächtigung, s. dazu unten im Text, Teil 2 bei C.V.3.) in der Sache nicht von den Ergebnissen unterscheidet, die erzielt werden, wenn man eine Gefahr annimmt; die differierende begriffliche Konstruktion von *Götz* bleibt funktionslos, s. *Schenke* (Fn. 5), S. 455, 465 f.

52 Näher zum Spezifikationsgrundsatz (Regel der maximalen Bestimmtheit induktiver Erklärungen) *Darnstädt* (Fn. 17), S. 49-62; *Poscher* (Fn. 2), S. 84 f. jeweils unter Bezugnahme auf den Wissenschaftsphilosophen *Carl G. Hempel* (Aspekte wissenschaftlicher Erklärung, 1977). Der Spezifikationsgrundsatz reagiert auf das Problem der Mehrdeutigkeit statistischer Erklärungen, näher *Poscher* a.a.O. mit anschaulichem Beispiel.

dachtssituation im Einzelfall eine Gefahr darstellt, müssen die verwaltungsverfahrensrechtlichen Anforderungen an ein Einschreiten verfehlt werden. Das Verwaltungsverfahrensrecht verlangt – sofern keine speziellen Regelungen vorliegen – vom Amtswalter, dass er von den tatsächlichen Voraussetzungen einer Ermächtigungsgrundlage überzeugt ist, hier also vom Vorliegen einer Gefahr. ‚Überzeugung' erfordert dabei eine an Sicherheit grenzende subjektive Wahrscheinlichkeit.[53] In der Situation des Gefahrverdachts, so ließe sich argumentieren, sei der Amtswalter vom Vorliegen einer objektiv gefährlichen Sachlage nicht überzeugt, sondern halte eine solche nur für möglich, so dass es an einer verfahrensrechtlichen Voraussetzung des Einschreitens fehle.

Damit würde aber missachtet, dass die Überzeugung auf die Anforderungen des materiellen Rechts bezogen ist. Stellt jenes ausnahmsweise – wie nach h.M. bei dem Begriff der Gefahr – auf eine (innerhalb normativer Grenzen) subjektivierte Perspektive ab, so ist in den Situationen, in denen der sorgfältige Amtswalter eine hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit bejaht, das materiellrechtliche Merkmal sicher erfüllt.[54] Die hierauf bezogene Überzeugung[55] kann der sorgfältige Amtswalter durch „Introspektion" gewinnen, also ohne Kenntnis, ob objektiv ein Schaden droht. Denn es besteht jene „exakte Identität der Wissenshorizonte"[56], die ihm eine Aussage darüber ermöglicht, ob eine Gefahr im normativ-subjektiven Sinne vorliegt oder nicht.[57]

Poscher weist darauf hin, dass auch bei Zugrundelegung eines normativ-subjektiven Gefahrbegriffs der Wissenshorizont des *konkret Handelnden* und der Wissenshorizont der Maßstabsfigur, auf deren Situationseinschätzung es für das Gefahrurteil ankommt, nicht deckungsgleich sein müssen: Der handelnde Beamte könne nicht immer wissen, wie ein pflichtgemäßer Amtswalter die Situation einschätzte.[58] Reflektiert der konkret Handelnde den Umstand, dass seine Lagebeurteilung keine sorgfältige ist (bzw. sein kann)[59], fehlt es an der notwendigen Überzeugung.[60] Doch ist es gar nicht das Ziel des normativ-subjektiven Gefahrbegriffs, auch in diesen Situationen zusätzliche Handlungsspielräume zu eröffnen. Der Umstand, dass in solchen Situationen der konkret Handelnde die verfahrensrechtlich grundsätzlich geforderte Überzeugung nicht bilden kann, mag als Mangel angesehen werden. Denn objektiv droht zuweilen ein Schaden, so dass es lohnenswert erscheint, den Amtswalter in den geschilderten Situationen (und sei es um den Preis vergeblichen Einschreitens) zum Tätigwerden zu motivieren.

Ob sich aus diesem Problem Einwände gegen den normativ-subjektiven Gefahrbegriff ergeben und ob in solchen Situationen ein Einschreiten erlaubt ist, liegt allerdings beides jenseits der untersuchten Fragestellung. Für den hier interessierenden Zusammenhang lässt sich festhalten: Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass in den Fällen des Gefahrverdachts die verfahrensrechtlich geforderte Überzeugung vom Vorliegen einer Gefahr gegeben ist.

IV. Zwischenergebnis

Legt man den Begriff des Gefahrverdachts in der oben umschriebenen Weise zugrunde, kann in den Fällen des Gefahrverdachts eine Gefahr im Sinne der polizeilichen Generalklausel weder einheitlich bejaht noch verneint werden. Es lässt sich festhalten, dass mit ihm auf Tatbestandsseite keine rechtlich relevante Differenzierung markiert wird. ■

Der Beitrag wird fortgesetzt.

---

[53] BVerwG, NJW 1982, 1893; *Clausen*, in: Knack, VwVfG[9], 2009, § 24 Rn. 21; *Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG[7], 2008, § 24 Rn. 20; *Poscher* (Fn. 2), S. 156.

[54] Es liegt auf der Hand, dass dieser Zusammenhang nicht besteht, wenn ein objektiver Gefahrbegriff zugrunde gelegt wird. Dann bedeutete die Forderung, dass der Beamte vom Vorliegen einer Gefahr überzeugt sein müsse, dass „er auf der Grundlage seines subjektiven Wissenshorizonts mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen muß, daß ein Schadenseintritt für einen objektiven Beobachter wahrscheinlich ist", *Poscher* (Fn. 2), S. 157. Der Vorstellungsinhalt eines objektiven Beobachters i.S. des *Poscher*schen Ansatzes („idealer Beobachter", vgl. dazu oben Fn. 17) erschließt sich freilich nicht durch Introspektion. Stets dann, wenn der Beurteilende weiß, dass der objektive Beobachter über Zusatzwissen verfügte, dass die Annahme einer hinreichenden Schadenswahrscheinlichkeit bestätigte oder ausschlösse, fehlt ihm die nötige Überzeugung von einer Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts für den objektiven Beobachter; gleichwohl mag der Beurteilende selbst den Schadenseintritt für hinreichend wahrscheinlich halten, s. *Poscher* (Fn. 2), S. 158. – Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Situationen des Gefahrverdachts für den objektiven Gefahrbegriff ein drängenderes Problem als für den normativ-subjektiven Gefahrbegriff aufwerfen: Wie kann der Amtswalter zum Eingreifen motiviert werden, ohne straf- oder disziplinarrechtliche Folgen befürchten zu müssen? *Poscher* (Fn. 2), S. 147-183, trennt zwischen der Rechtmäßigkeit des staatlichen Aktes (etwa: Gefahrenabwehrverfügung) und dem Verhalten des Amtswalters (S. 168). Dessen Handlungserlaubnis verlange keine Überzeugung vom Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen, vielmehr sei hier eine Beweismaßreduktion angezeigt. Diese Lösung wird mit funktionellen Erwägungen, aber ohne deutliche gesetzliche Aussage entwickelt; zur Kritik s. *Möstl* (Fn. 11), S. 173 f. m. Fn. 78; s. a. *Jaeckel* (Fn. 17), S. 123, und ihre eigene Verteidigung gegen mögliche Kritik S. 137 ff.

[55] Bezugspunkt der Überzeugung („an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit") ist ein Wahrscheinlichkeitsurteil („hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts"). Gefordert ist also ein reflexives Wahrscheinlichkeitsurteil, so *Poscher* (Fn. 2), S. 157 und passim. Da die beiden Wahrscheinlichkeitsurteile auf unterschiedlichen Ebenen liegen, ist es also ungenau, wenn angenommen wird, die Anforderungen des Polizeirechts ersetzten die Anforderungen aus § 24 VwVfG, so aber *Clausen*, in: Knack (Fn. 53), § 24 Rn. 21. Zwar mag es oft gekünstelt erscheinen, neben dem materiellrechtlich geforderten Wahrscheinlichkeitsurteil (hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritt) zusätzlich eine hierauf bezogene Überzeugung zu fordern, doch wird die Trennung immer dann bedeutsam, wenn unterschiedliche Informationshorizonte für die verschiedenen Wahrscheinlichkeitsurteile maßgeblich sind, s. *Poscher* (Fn. 2), S. 155-162.

[56] *Poscher* (Fn. 2), S. 162.

[57] Zu *Poschers* Lösung vgl. o. Fn. 54. – Zur Verfolgung des hier entwickelten Gedankens brauchen diese Fragen nicht vertieft zu werden, da die verfahrensrechtliche Überzeugung vom Vorliegen einer Gefahr (im subjektiv-normativen Sinne) bei der hier befürworteten Behandlung der Unsicherheit jedenfalls nicht stets ausgeschlossen ist; vielmehr wird die Überzeugung vom Vorliegen einer Gefahr (im subjektiv-normativen Sinne) sogar den Regelfall darstellen.

[58] *Poscher* (Fn. 2), S. 163 f.; *ders.*, NVwZ 2001, 141, 144. Beispiel bei *Poscher* (Fn. 2), S. 163: Der Beamte ist in seiner Sehfähigkeit eingeschränkt. Deshalb kann er nicht erkennen, ob der Gegenstand, mit dem die Kinder spielen, ein Spielzeug oder eine Waffe ist. Er weiß, dass ein voll sehfähiger Beamter erkennen könnte, ob das eine oder das andere der Fall ist.

[59] Es gibt nicht „den" unbesonnen Amtswalter, vielmehr geht es stets darum, ob eine konkrete Einschätzung vernünftig ist oder nicht; vgl. die Formulierung bei *Voßkuhle*, JuS 2007, 908: hinreichende Wahrscheinlichkeit „aus Sicht des handelnden Beamten bei verständiger Würdigung der Sachlage".

[60] Denkbar erscheint sogar, dass der Amtswalter, der einen Schaden sorgfältigerweise für ausreichend wahrscheinlich hält, daran zweifelt, ob seine Einschätzung sorgfältig ist. Auch in dieser Situation läge die verfahrensrechtlich erforderliche Überzeugung, welche rein subjektiv gedacht wird, nicht vor, s. *Poscher* (Fn. 2), S. 163 m. dortiger Fn. 109. Doch mutet ein solcher Zweifel arg theoretisch an.

Keine Ausgabe mehr verpassen?

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

Franziska Thörle, Hamburg*

Die EU-Finanzaufsicht über Ratingagenturen

A. Einleitung

"There are two superpowers in the world today in my opinion. There's the United States and there's Moody's Bond Rating Service. The United States can destroy you by dropping bombs, and Moody's can destroy you by downgrading your bonds. And believe me, it's not clear sometimes who's more powerful."[1] Die machtvollen Ratingagenturen standen im Zentrum vergangener sowie der aktuellen Finanzkrise, sie schrieben Schlagzeilen in Insolvenz-Skandalen, sie sind in die Betrugsklage der US-Börsenaufsicht SEC gegen die Investment-Bank Goldman Sachs involviert und ihre Abwertungen ganzer Staaten versetzten die Euro-Zone in ein Finanzchaos. Die grauen Eminenzen sind in das Kreuzfeuer der internationalen Kritik geraten. Kolossales Versagen, Vernachlässigung ihrer Aufgaben, fehlerhafte Bewertungen und Kollaboration mit den zu bewertenden Unternehmen im Namen purer Profitgier lauten die Vorwürfe.[2] Trotz der Empörung gehören Ratingagenturen aber unverändert zu den wichtigsten Finanzmarktakteuren.

Die Verordnung EG 1060/2009 über Ratingagenturen[3] stellt die erste spezifische und verbindliche Regulierung von Ratingagenturen in Europa dar. Nachdem die EU bis in jüngste Zeit jeglichen Regulierungsbedarf verneinte,[4] wendet sie sich nun – beschleunigt durch die Dynamik der globalen Finanzkrise[5] – vom Prinzip der Selbstregulierung ab.

Die folgende Arbeit möchte den neuen Regulierungsansatz erläutern, ihn einer Kritik unterziehen und ihn mit weiteren Regulierungsansätzen vergleichen. Zu diesem Zweck sollen zunächst die Tätigkeit der Ratingagenturen, die dadurch hervorgerufenen Probleme sowie die bisherigen Regulierungsansätze erläutert werden.

B. Funktion und Tätigkeit der Ratingagenturen

Bei Ratingagenturen handelt es sich um private, gewinnorientierte Unternehmen, denen auf dem Finanzmarkt die Schlüsselrolle des Informationsintermediärs und „Gatekeepers" zukommt.[6] Sie geben Stellungnahmen zur Kreditwürdigkeit von Emittenten, Finanzinstrumenten und Staaten ab, indem sie diese ihrer Ausfallwahrscheinlichkeit entsprechend in Klassen innerhalb standardisierter Bonitätsskalen einstufen.[7] Dadurch beseitigen sie zum einen bestehende Informationsasymmetrien zwischen Emittenten und Anlegern.[8] Zum anderen sind Ratings durch ihre Zertifizierungsfunktion teilweise gesetzlich und überwiegend faktisch zur Voraussetzung für eine Fremdfinanzierung am Kapitalmarkt geworden und bestimmen deren Zinssatz.[9] Während Ratings im Normalfall vom Emittenten beauftragt und bezahlt werden, können sie auch auf Initiative der Ratingagentur oder Dritter erfolgen.[10] Ratingagenturen haben sich ferner mit Nebendienstleistungen zu Beratern der Finanzmarktakteure entwickelt.[11]

Weltweit gibt es heute bis zu 150 Ratingagenturen.[12] Beherrscht wird der Markt hauptsächlich von drei Unternehmen. Die US-amerikanischen Agenturen Moody's und Standard & Poor's verfügten 2002 gemeinsam über einen Marktanteil von 80 %, die amerikanisch-britische Agentur Fitch über einen Marktanteil von 15 %.[13]

C. Problemfelder im Rahmen von Ratingagenturen

Unübersehbar sind zunächst die mit einem Oligopol verbundenen Probleme in Form von hohen Markteintrittsbarrieren und der Gefahr des Machtmissbrauchs. Erstere entstehen insbesondere durch die Bedeutung von Reputation. Der Machtmissbrauch der Ratingagenturen wird dadurch möglich, dass die selbstregulativen Kräfte des Marktes in der Konstellation eines Oligopols keine angemessene Qualität und Preis-Leistungs-Relation sichern.[14]

Als eines der größten Problemfelder werden der Unabhängigkeit abträgliche Interessenkonflikte genannt. In den 1970er Jahren gingen Ratingagenturen von einer Bezahlung durch Anleger zu einer Bezahlung durch Auftraggeber über,[15] was vorteilhafte Benotungen im Interesse langfristiger Geschäftsbeziehungen förmlich provoziert.[16] Dieser Konflikt potenziert sich, wenn die Ratingagentur im Vorfeld beratend tätig wird.[17]

Hinzu kommt mangelnde Haftung für fehlerhafte Ratings, da aufgrund Intransparenz eine Überprüfung kaum möglich ist.

Kritisch ist ferner das sogenannte „rating shopping", das Phänomen, dass ein Emittent die Ratingagentur sucht, die das vorteilhafteste Rating erstellt.[18]

Ratingagenturen wird außerdem in diversen Fällen – so der strukturierten Finanzprodukte und der Krise Griechenlands –

---

* Studierende im Fach Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School.

1 *Friedman, Thomas*, NewsHour Online, 13.2.1996, URL: http://www.pbs.org/newshour/gergen/friedman.html, Abruf 2.6.2010.

2 *Pitzke*, Rating-Agenturen, Die heimlichen Herrscher der Wall Street, in: Spiegel, Online, 6.7.2009, URL: http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518, 634103,00.html, Abruf 2.6.2010; *Straubhaar*, Warum Rating-Agenturen verramscht werden müssen, in: Spiegel, Online, 5.5.2010, URL: http://www.spiegel.de/ wirtschaft/unternehmen/0,1518,692607,00.html, Abruf 2.6.2010; *Balzli/Schiessl/Schulz*, Finanzkrise, Trio Infernale, in: Der Spiegel, Nr. 47/, 6.11.2009, S. 72 – 78.

3 VO (EG) Nr. 1060/2009 v. 16.9.2009 über Ratingagenturen, ABl. Nr. L 302, S. 1.

4 Mitteilung der Europäischen Kommission über Ratingagenturen v. 11.3.2006, ABl. Nr. C 59/02.

5 Siehe auch Erwägungsgrund 10.

6 *Reidenbach*, Aktienanalysten und Ratingagenturen – Wer überwacht die Überwacher?, 2006, S. 31; *Schön/Cortez*, IRZ 2009, S. 17.

7 *Bauer*, Ein Organisationsmodell zur Regulierung der Ratingagenturen, 2009, S. 23.

8 *Reidenbach* (Fn. 6), S. 34 ff.

9 *Fischer*, Haftungsfragen des Ratings, 2007, S. 19; Mitteilung der Europäischen Kommission über Ratingagenturen v. 11.3.2006 (ABl. Nr. C 59/02).

10 *Blaurock*, ZGR 2006, S. 2, 3; *Reidenbach* (Fn. 6), S. 281 f.

11 *Becker*, Der Betrieb 2010, S. 941; *Reidenbach* (Fn. 6), S. 290.

12 *Reidenbach* (Fn. 6), S. 275 f.

13 *Bauer* (Fn. 7), S. 34; Kapitalmarkt-Wächter in der Kritik, in: Manager-Magazin, Online, 10.3.2010, URL: http://www.manager-magazin.de/finanzen/artikel/ 0,2828,265077,00.html, Abruf 2.6.2010.

14 *Bauer* (Fn. 7), S. 34.; *Becker*, Der Betrieb 2010, S. 942; Mitteilung der Europäischen Kommission über Rating-Agenturen v. 11.3.2006, ABl. Nr. C 59/02.

15 *Reidenbach* (Fn. 6), S. 335 ff.

16 *Bauer* (Fn. 7), S. 29; *Fischer* (Fn. 9), S. 39; *Peters*, Die Haftung und die Regulierung von Ratingagenturen, 2001, S. 40.

17 *Becker*, Der Betrieb 2010, S. 942; *Möllers*, ZJS 2009, S. 229, 230; *Reidenbach* (Fn. 6), S. 338.

18 *Bauer* (Fn. 7), S. 28; *Reidenbach* (Fn. 6), S. 332 ff.

vorgeworfen, Bewertungen zu spät anzupassen und nach Ausbruch einer Krise selbige durch radikale Abstufungen zu verschärfen.[19]

Bedenklich ist zudem, dass Investoren dazu tendieren, Ratings eher als absolute Investitionsempfehlung denn als Indikator anzusehen.[20] Verstärkt wurde dies durch politische Entscheidungen: So akzeptiert die Europäische Zentralbank (EZB) nur Staatsanleihen mit bestimmten Bonitätsnoten als Sicherheit[21] Die Eigenkapitalausstattung gem. der 2004 verabschiedeten zweiten Baseler Eigenkapitalrichtlinie (Basel II)[22] wurde von Ratings abhängig gemacht.[23]

D. Bisherige internationale, US-amerikanische und europäische Regulierungsansätze

Trotz Involvierung in spektakuläre Skandale konnten sich die Ratingagenturen lange Zeit zwingenden Regelungen entziehen. Im Jahr 2003 veröffentlichte die internationale Vereinigung der Wertpapieraufsichtsbehörden (IOSCO) 2004 einen Verhaltenskodex für Ratingagenturen, aktualisiert 2008, dem sich u.a. die großen Agenturen unterworfen haben[24] und dessen Einhaltung in Europa vom Ausschuss der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden (CESR) beobachtet wird. Der Kodex leidet jedoch an einem hohen Abstraktionsniveau und seiner Unverbindlichkeit.

In den USA führten 2002 die beim Zusammenbruch Enrons und Worldcoms zutage getretenen Defizite des Ratingwesens mit dem Sarbanes Oxley Act zur Einführung eines Selbstprüfungsverbots und weiteren Auflagen zur Vermeidung von Interessenkonflikten.[25] Zudem stellte der CRA Reform Act[26] 2006 den Anerkennungsprozess auf eine rechtliche Grundlage, die erstmals konkrete gesetzliche Anforderungen und Aufsichtsbefugnisse begründete.[27] Im Mai 2010 verabschiedete der US-Senat einen Zusatz zum Finanzmarktreformgesetz, der eine strengere Aufsicht über die Ratingagenturen und Wettbewerbsstärkung durch Schaffung einer staatlichen Clearingstelle vorsieht, deren Richtlinien verpflichtend sein sollen.[28]

Auf europäischer Ebene gab es bisher keine auf Ratingagenturen zugeschnittenen Regelungen, sie wurden lediglich von bestimmten Regelungen miterfasst, so der Marktmissbrauchsrichtlinie und ihren Durchführungsrichtlinien,[29] den auf der Grundlage von Basel II erlassenen Eigenkapitalrichtlinien,[30] sowie der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente.[31]

E. Die neue Verordnung über Ratingagenturen (EG) Nr. 1060/2009

Während das Registrierungsverfahren für Ratingagenturen den formellen Kern der VO bildet, enthält der materielle Kern von den Agenturen einzuhaltende Vorgaben. Der IOSCO-Kodex ist weiterhin anzuwenden.[32]

I. Gegenstand und Geltungsbereich

In Anklang an eine prinzipienorientierte Rechtssetzung nennt Art. 1 als Gegenstand der Regulierung einen reibungslos funktionierenden Binnenmarkt sowie hohen Verbraucher- und Anlegerschutz.

Die VO gilt gem. ihrem Art. 2 für Ratings, die von in der Gemeinschaft registrierten Ratingagenturen abgegeben und der Öffentlichkeit bekannt gemacht oder an Abonnenten weitergegeben werden. Abgesehen von in Art. 5 normierten Ausnahmen hinsichtlich Gleichwertigkeit dürfen Kredit- und weitere aufgeführte Institute gem. Art. 4 für aufsichtsrechtliche Zwecke nur Ratings von Agenturen mit Sitz in der Gemeinschaft und Registrierung gem. der VO verwenden, sowie diese Agenturen in Drittländern abgegebene Ratings nur bei Erfüllung festgelegter Voraussetzungen und Verantwortlichkeit für Inhalte verwenden.

II. Vermeidung von Interessenkonflikten

1. Inhalt

Laut Art. 6 Abs. 1 hat eine Ratingagentur alle erforderlichen Schritte zu unternehmen, um sicherzustellen, dass die Abgabe von Ratings nicht von Interessenkonflikten oder Geschäftsbeziehungen beeinflusst wird. Dazu sind die organisatorischen und operationellen Anforderungen des Anhang I Abschn. A und B zu erfüllen.

Abschn. A fordert als Kontrollmechanismen in der Unternehmensorganisation u.a. eine Mindestzahl nicht in Ratingtätigkeiten eingebundener und unabhängig vom Geschäftserfolg vergüteter Mitglieder des Verwaltungs- und Aufsichtsorgans (Abs. 2), eine Compliance-Funktion (Abs. 5, 6) und Stellen zur regelmäßigen Überprüfung der Ratingmethoden und -modelle (Abs. 9).

Die operationellen Anforderungen nach Abschn. B bezwecken die Beseitigung oder Offenlegung von Interessenkonflikten. Dazu hat eine Agentur die Namen bewerteter Unternehmen anzugeben, von denen sie mehr als 5 % ihrer Jahreseinnahmen erhält (Abs. 2), im Konfliktfall ein Rating zu verweigern oder diesen sofort mitzuteilen (Abs. 3) und außer Nebendienstleistungen keine Beratungsleistungen für zu bewertende Unternehmen zu erbringen (Abs. 4).

---

19 *Deipenbrock*, RIW 2010; *Möllers*, ZJS 2009, S. 228 f.; JZ 2009, S. 862; *Reidenbach* (Fn. 6), S. 327 ff.

20 *Schön/Cortez*, IRZ 2009, S. 17.

21 *Sleegers*, Söldner der EZB, in: Frankfurter Rundschau, Nr. 93, 29.4.2010, S. 4.

22 Basel Committee on Banking Supervision, International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards – A Revised Framework, 2004.

23 *Cluse-Göttgens*, in: Büschgen/Everling (Hrsg.), Handbuch Rating[2], 2007, S. 70 ff.; *Oelerich*, Robuste Ratingverfahren – zur Steigerung der Prognosequalität quantitativer Ratingverfahren, S. 63 ff.; *Rudolph*, ZGR 2010, S. 41, 42; *Deipenbrock*, WM 2005, S. 266 ff.; WM 2006, S. 2237; WM 2007, S. 2217.

24 IOSCO Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies, 2008, URL: http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD271.pdf, Abruf 2.6.2010; dazu *Deipenbrock*, WM 2009, S. 1166.

25 *Möllers*, ZJS 2009, S. 230; JZ 2009, S. 865.

26 Credit Rating Agency Reform Act of 2006, Publ. L. Nr. 109 – 291, 120 Stat. 1327 (2006).

27 *Blaurock*, ZGR 2006, S. 616 f.; *Deipenbrock*, WM 2007, S. 2219 ff.; *Kruse*, in: Achtleitner/Everling (Hrsg.), Rechtsfragen im Rating, 2005, S. 5; *Emmenegger*, SZW/RSDA 2006, S. 37 f.

28 US-Senat will Ratingagenturen Grenzen setzen, in: Handelsblatt, Online, 13.5.2010, URL: http://www.handelsblatt.com/politik/international/reformzu-satz-us-senat-will-ratingagenturen-grenzen-setzen;2580465, Abruf 2.6.2010.

29 EG-RL 2003/6/EG v. 28.1.2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch), ABl. Nr. L 096, S. 16; dazu Mitteilung der Europäischen Kommission über Ratingagenturen v. 11.3.2006, ABl. Nr. C 59/02.

30 EG-RL 2006/48/EG und EG-RL 2006/49/EG v. 14.6.2006 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl. Nr. L 177, S. 201.

31 EG-RL 2004/39/EG v. 21.4.2004, ABl. L 145, S. 1. Dazu Mitteilung der Europäischen Kommission über Ratingagenturen v. 11.3.2006, ABl. Nr. C 59/02 *Leker/Botterweck* (Fn. 23), S. 595.

32 Siehe Erwägungsgrund 8.

Ferner haben die Ratingagenturen gem. Art. 7 nicht nur sicherzustellen, dass an den Ratings beteiligte Mitarbeiter über angemessene Kenntnisse verfügen (Abs. 1), sondern auch von Zahlungsverhandlungen mit zu bewertenden Unternehmen ausgeschlossen werden. Zusätzlich haben die Mitarbeiter die in Anhang I Abschn. C normierten Vorgaben zu erfüllen, welche die Vermeidung persönlicher Interessenkonflikte aufgrund wirtschaftlicher Beteiligungen oder sonstiger Bindungen an zu bewertende Unternehmen fokussieren. So werden Beratungsverbote (Abschn. C Abs. 2) und ein Verbot der Vorteilsannahme (Abschn. C Abs. 4) statuiert. Gem. Art. 7 Abs. 4 i.V.m. Abschn. C Abs. 8 muss darüber hinaus ein Rotationssystem für Ratinganalysten eingeführt werden, nach dem der Zeitraum der Ratingtätigkeit für ein Unternehmen je nach Position beschränkt wird.

2. Stellungnahme

Uneingeschränkt positiv zu beurteilen ist das Verbot der gleichzeitigen Beratung zu bewertender Unternehmen. Dies ist eine auch für Wirtschaftsprüfer geltende unumgängliche Grundvoraussetzung seriöser Ratings[33] die ferner neue Marktsegmente schafft.[34] Ob die Definition und Offenlegungspflicht der ausgenommenen Nebendienstleistungen jedoch genügt, Umgehungen zu verhindern, wird sich zeigen.

Das Verbot der Vorteilsannahme sowie die Rotationspflicht sind notwendig und zweckgerichtet und harmonisieren mit US-amerikanischem Recht. Die Pflicht zur Offenlegung größerer Kunden war ursprünglich – wie in den USA ab 10 % – als Ratingverbot intendiert. Letzteres hätte jedoch dadurch, dass Agenturen vom ersten Tag an mindestens 20 Kunden hätten haben müssen, die Eintrittsbarrieren noch verschärft,[35] sodass ein Verbot nur mit Einschränkungen sinnvoll, dann jedoch vorzugswürdig gewesen wäre.

Trotz aller positiven Elemente bleibt aber eine zentrale Wurzel für Interessenkonflikte bestehen: Die Beauftragung und Bezahlung durch Kunden. Jedoch ist die Alternative der auftragslosen Ratings nicht frei von Nachteilen, da diese erstens – auch aufgrund fehlender Kommunikation – oft schlecht ausfallen und so einen Druck zur Auftragsvergabe auslösen können[36] und zweitens eine Bezahlung durch Anleger aufgrund der einfachen Verbreitung von Informationen heutzutage schwierig ist. Möglicherweise könnten diese Ratings aber zunehmen. So bietet die Egan-Jones Rating Company bereits nur noch solche an und wirbt mit Unabhängigkeit.[37] Garantierten, auch bedingt durch die aktuelle Krise, ausreichend zahlungswillige Anleger als Abonnenten die Profitabilität solcher und fände eine wohl allseits unterstützte Kommunikation mit zu bewertenden Unternehmen statt, so würden Motivation und Mittel zur Druckerzeugung entfallen und diese Variante einen vielversprechenden Lösungsansatz darstellen. Ein weiterer Weg wäre eine Beauftragung der Agenturen von Aufsichtsbehörden, wie dies auch zur Kontrolle von Wertpapierunternehmen durch Wirtschaftsprüfer praktiziert wird.[38] Bezahlung wäre dann über eine Pflichtabgabe der betroffenen Unternehmen möglich.

III. Grundlagen für Ratings

1. Inhalt

In Art. 8 ist die Pflicht der Ratingagenturen normiert, ihre verwendeten Methoden, Modelle und grundsätzlichen Annahmen zu veröffentlichen (Abs. 1). Sie haben geeignete Verfahren und gründliche Analyse zu gewährleisten, sowie dafür zu sorgen, dass Informationen von ausreichender Qualität sind und aus zuverlässigen Quellen stammen (Abs. 2). Zusätzlich sind Ratings und Methoden mindestens jährlich zu überprüfen und interne Vorkehrungen zur Reaktionsfähigkeit auf gesamtwirtschaftliche Entwicklungen zu treffen (Abs. 5). Ändert eine Agentur ihre Methoden, hat sie dies unverzüglich bekanntzugeben und betroffene Ratings zu überprüfen und zu aktualisieren (Abs. 6).

2. Stellungnahme

Insbesondere die geforderte ständige Überprüfung der Ratings und Reaktionsfähigkeit auf Krisen ist den negativen Erfahrungen aus der Finanzkrise geschuldet und wird hoffentlich künftige verspätete Abwertungen verhindern. Die im Sinne von Transparenz sinnvolle Offenlegung von Modellen könnte allerdings, auch wenn keine Geschäftsgeheimnisse preisgegeben werden sollen,[39] durchaus zu Schwierigkeiten führen, da eben diese das Potential der Agenturen bilden.

IV. Informationspflichten

1. Inhalt

Ratingagenturen haben laut Art. 10 Ratings und Abbruch solcher rechtzeitig bekanntzugeben und sich bei der Präsentation an die in Anhang I Abschn. D normierten Anforderungen zu halten. Diese statuieren u.a. eine Nennung des führenden Ratinganalysten (I Abs. 1), der Quellen und Methoden, eine Erläuterung des Risikos (I Abs. 2) und einen Verzicht auf Abgabe eines Ratings bei Informationsmangel (I Abs. 4). Für strukturierte Finanzinstrumente, die Ratingagenturen durch ein Symbol kenntlich zu machen haben (Art. 10 Abs. 3), gelten dabei verschärfte Transparenzpflichten (II). Ferner sind unbeauftragte Ratings zu kennzeichnen und offenzulegen, inwieweit das bewertete Unternehmen involviert war (Abs. 5).

Der Öffentlichkeit sind allgemeine Angaben zu Interessenkonflikten, Nebendienstleistungen, Vergütung, Methoden und einem eventuellen Verhaltenskodex zu machen (Anhang I Abschn. E) und Informationen über bisherige Ergebnisse einem zentralen Datenspeicher des CESR zur Verfügung zu stellen (Art. 11). Art. 12 verpflichtet zu einem jährlichen Transparenzbericht.

2. Stellungnahme

Die umfangreichen Informationspflichten sind zur Förderung bisher mangelnder Transparenz und Ermöglichung der Evaluierung durch Anleger sehr zu begrüßen. Besonders notwendig war die Kennzeichnungspflicht für strukturierte Finanzinstrumente. Moody's hatte hiergegen argumentiert, zu detaillierte Gesetzgebung rufe als förmliche „Versicherung" falsches Sicherheitsgefühl hervor.[40] Dem ist jedoch entgegenzu-

---

[33] Art. 22 der RL 2006/43/EG v. 17.5.2006 über die Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen (ABl. Nr. L 157/87), S. 97.

[34] So auch *Möllers*, ZJS 2009, S. 230.

[35] *Möllers*, ZJS 2009, S. 230 f.

[36] *Bauer* (Fn. 7), S. 31.

[37] *Möllers*, ZJS 2009, S. 231.

[38] So *Möllers*, ZJS 2009, S. 231.

[39] Siehe Erwägungsgrund 25.

[40] Moody's Investors Service Ltd., Stellungnahme zum Entwurf einer Richtlinie/Verordnung über Ratingagenturen, 5.9.2008, S. 7, URL: http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?l=/financial_services/credit_agencies/citizens/moodyspdf/_EN_1.0_&a=d, Abruf 2.6.2010.

halten, dass Ratings zwar nur Empfehlungen sind, aber gerade den Zweck haben, insbesondere dort, wo Anlegern Kompetenz fehlt, Risiken aufzuzeigen. In diesem Sinne ist eine Kennzeichnung unverzichtbar, denn strukturierte Finanzprodukte sind – wie sich spätestens in der Finanzkrise gezeigt hat – deutlich risikoreicher als andere Finanzprodukte, da im Sinne eines Wasserfallprinzips Verluste immer zunächst der untersten Tranche zugerechnet werden, wodurch höhere Tranchen Bestnoten erhielten, einzelne Tranchen wiederum gemischt und zusammengefasst werden und schon minimale Änderungen der Annahmen zu drastischen Wertverlusten führen. Verstärkt durch die Neuartigkeit dieser Produkte resultiert dies in fast vollkommener Intransparenz und folglich kaum belastbaren Ratings.[41] Dies legitimiert also nicht nur eine Kenntlichmachung, sondern auch ein Ratingverbot bei Informationsmangel. Eine frühere Etablierung eines solchen Verbots hätte den Erfolg zahlreicher undurchsichtiger Finanzprodukte und die letztlich daraus resultierenden Schäden für die Gesamtwirtschaft abschwächen können.

Zu bedenken bleibt jedoch, dass Pflichtinformationen ohne Aussagegehalt bleiben oder sogar zu Verwirrung und einem vom durchschnittlichen Anleger nicht zu bewältigenden „information overkill“ führen können, wenn die Daten nicht ausgewertet werden.[42] Der zentrale Datenspeicher des CESR stellt einen guten Anfang dar, muss jedoch dementsprechend noch fortentwickelt werden.

V. Beaufsichtigung der Ratingtätigkeit

1. Registrierung

Art. 14 Abs. 1 begründet eine Registrierungspflicht: Für die Zwecke von Art. 2 Abs. 1 muss eine Ratingagentur mit Sitz in der Gemeinschaft eine Registrierung beantragen. Diese gilt im gesamten Gemeinschaftsgebiet (Art. 14 Abs. 2).

Gem. Art. 15 hat eine Ratingagentur ihren Antrag an CESR zu richten (Abs. 1). Anschließend überprüfen die zuständige Behörde des Herkunftsstaates und die Mitglieder des zuständigen Kollegiums – gem. Art. 29 Abs. 1 – 3 bestehend aus den zuständigen nationalen Behörden des Herkunftsstaats oder mehrerer Herkunftsstaaten – den Antrag unter Berücksichtigung einer Empfehlung des CESR zunächst auf Vollständigkeit (Art. 15 Abs. 4, 5), dann innerhalb von 60 Werktagen inhaltlich (Art. 16 Abs. 1 – 4). Scheitert eine Einigung, folgt erneut eine Empfehlung des CESR; es entscheidet jedoch die nationale Behörde (Art. 16 Abs. 5, 6) und unterrichtet die Ratingagentur (Art. 18 Abs. 1). Die Kommission führt ein öffentliches Verzeichnis der Registrierungen (Art. 18 Abs. 3).

Gem. Art. 20 kann die Registrierung von der zuständigen Behörde des Herkunftsmitgliedsstaats – im Falle mehrerer beteiligter Mitgliedsstaaten nach Abstimmung mit dem zuständigen Kollegium (Abs. 2) – widerrufen werden, u.a. sofern die Voraussetzungen der Registrierung weggefallen sind oder schwerwiegend bzw. wiederholt gegen die VO verstoßen wurde (Abs. 1).

2. Aufsicht und Sanktionen

Die zuständigen Behörden sind gem. Art. 23 mit allen notwendigen Überwachungs- und Ermittlungsbefugnissen ausgestattet, sofern diese im Einklang mit nationalem Recht stehen. Dazu gehören ein Einsichts- und Auskunftsrecht und das Recht auf Aufzeichnung von Telefongesprächen und Datenübermittlungen. Auf Inhalt und Methoden der Ratings darf kein Einfluss genommen werden.

In Art. 24 Abs. 1 sind eine Reihe von Maßnahmen aufgeführt, die die zuständige Behörde im Falle eines Verstoßes gegen die VO ergreifen kann. Dazu gehören neben dem Widerruf der Registrierung der Erlass eines vorübergehenden Verbots und die öffentliche Bekanntmachung des Verstoßes. Vor Ergreifung von Maßnahmen ist das Kollegium zur Erzielung einer Einigung zu konsultieren (Art. 24 Abs. 3) und bei Scheitern eine Empfehlung des CESR einzuholen. Ein europaweiter zivilrechtlicher Haftungsanspruch wird lediglich für wünschenswert erklärt.[43]

Gem. Art. 36 haben ferner die Mitgliedsstaaten wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen festzulegen und erforderliche Maßnahmen zu ergreifen. Sanktionen sind öffentlich bekanntzugeben, es sei denn, es droht Finanzmarktinstabilität oder unverhältnismäßig hoher Schaden.

3. Zusammenarbeit

Die nationalen Behörden haben durch stetigen Informationsaustausch, Amtshilfe und Zusammenarbeit mit Drittländern umfangreich zu kooperieren (Art. 26 ff.). Der CESR fungiert dabei als Berater, Vermittler und Herausgeber von Leitlinien (Art. 21, 31).

4. Stellungnahme

Eine längst überfällige Registrierung ist nicht nur aufgrund der möglichen Qualitätssicherung von Ratings für aufsichtsrechtliche Zwecke zu befürworten, sondern auch zur Aufbrechung des Oligopols. So kann durch ein staatliches „Gütesiegel“ die Markteintrittsbarriere der Reputation gesenkt werden. Zwar ist die Nutzung von Ratings nicht registrierter Agenturen nicht gänzlich ausgeschlossen, jedoch werden zusätzlich zur teils britischen Agentur Fitch auch die amerikanischen Bonitätswächter eine Registrierung beantragen und sich deren Regelungen unterwerfen müssen, um gerade die lukrativen zentralen Geschäftsbereiche zu bewahren. Dieser faktische Zwang ist essentiell, um auf dem globalen Markt mehr Wettbewerbsgleichheit zu erzielen. Die VO etabliert ein antragsstellerfreundliches Registrierungsverfahren,[44] welches trotz Einbindung aller Akteure einem straffen Zeitrahmen unterliegt. Jedoch kritisierten sowohl die EZB[45], als auch der Ausschuss für Wirtschaft und Währung des Europäischen Parlaments[46] und der Larosière-Bericht[47] die Aufsichtsstruktur als zu komplex. Der CESR besitzt im Gegensatz zur US-amerikanischen Finanzaufsichtsbehörde SEC keine Kompetenz für verbindliche Regelungen und vereint eine Vielzahl nationaler Positionen unter sich. Diese Kritik betrifft die grundlegende Balance zwischen Eurozentrismus und nationaler Souveränität. Ähnlich wie im Kartellrecht wäre eine Reduzierung der Souveränität im Namen der Effizienz auf dem – wie die aktuelle Krise erneut bewies – ebenso zen-

---

41 Dazu *Möllers*, ZJS 2009, S. 232; *Rudolph*, ZGR 2010, S. 12.

42 *Möllers*, ZJS 2009, S. 233.

43 Erwägungsgrund 69.

44 So auch *Deipenbrock*, RIW 2010.

45 *Kafsack*, in: FAZ, Nr. 48, 26.2.2009, S. 11.

46 Ausschuss für Wirtschaft und Währung, Bericht über den Rating-VO-Vorschlag v. 1.4.2009, KOM (2008) 704, Änderungsantrag 30.

47 Larosière Group, Report of the High-Level Group on Financial Supervision in the EU v. 25.2.2009, Recommendation 3, URL: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf, Abruf 2.6.2010.

tralen wie brisanten Finanzmarkt empfehlenswert.[48] Auch bzgl. der Sanktionen wäre im Sinne der Harmonisierung und zur nötigen Durchsetzung der bis jetzt eher zahnlosen zivilrechtlichen Behelfe bei fehlerhafter Bewertung ein europaweiter Haftungsanspruch förderlich. Die verstärkte Transparenz dürfte jedoch durch mögliche Überprüfung auch national zu mehr Erfolg zivilrechtlicher Klagen führen.

VI. Umsetzung in Deutschland

Als nach Art. 22 Abs. 1 bis zum 7.6.2010 zu bestimmende und angemessen auszustattende zuständige Behörde nennt der deutsche Entwurf eines Ausführungsgesetzes[49] in einem neuen § 17 WpHG-E die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Diese kann neben eigenen Prüfungen Wirtschaftsprüfer beauftragen und die Prüfung in einer Rechtsverordnung konkretisieren. Gem. eines neuen § 39 II a WpHG-E werden diverse Verstöße gegen die VO mit Bußgeldern von bis zu 1 Million Euro verfolgt. Nur durch solch hohe Summen – ähnlich wie im Kartellrecht – kann die erforderliche Abschreckung erreicht werden. Das sogenannte „shaming“ ist bereits in § 40 b WpHG angelegt.[50] Daneben stehen die Insiderregeln des WpHG und zivilrechtliche – vertragliche und deliktische – Haftung.[51] Während letztere noch immer der Schwierigkeit begegnet, dass Ratings eine grundgesetzlich geschützte Meinungsäußerung darstellen,[52] dürfte mit dem in Art. 1 VO genannten Anlegerschutz zumindest der Streit um den Schutzgesetzcharakter i.R.d. § 823 Abs. 2 BGB beendet sein.

F. Weitere Ansätze und Ausblick

I. Europäisches Finanzaufsichtssystem (ESFS)

Die durch die Rating-VO etablierte Aufsichtsstruktur wird wohl nicht von Dauer sein.[53] Nach langer Blockade nahm das EU-Parlament am 22.10.2010 in erster Lesung Vorschläge der Kommission für ein Finanzaufsichtssystem (ESFS) an,[54] welches ein Netz aus den nationalen Finanzaufsichtsbehörden und den europäischen Aufsichtsbehörden (ESA) bilden soll und von einem europäischen Ausschuss für Systemrisiken (ESRB) ergänzt wird.[55] Die ESA untergliedert sich – in Nachfolge der bisherigen drei Ausschüsse – in drei EU-Behörden mit nun eigener Rechtspersönlichkeit: Die Europäische Bankaufsichtsbehörde (EBA),[56] die Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (EIOPA)[57] und die Europäische Wertpapieraufsichtsbehörde (ESMA),[58] welche die Ratingagenturen als Nachfolgerin des CESR direkt beaufsichtigt. Diese Struktur dehnt die Eingriffskompetenzen der EU erheblich aus. So könnte die ESMA gegenüber nationalen Behörden Empfehlungen aussprechen, die Kommission zu Entscheidungen veranlassen und bei Nichtbefolgung gegenüber einzelnen Marktakteuren direkte Einzelentscheidungen erlassen.[59]

Insbesondere angesichts der Abstimmungsschwierigkeiten und der daraus resultierenden Ineffizienz der nationalen Behörden im Zuge der Finanzkrise, aber auch zur Vermeidung eines Abwärts-Wettlaufs, ist eine konsistente, grenzüberschreitende „Allfinanzaufsicht“, die sich mit dem gesamten Finanzmarktsystem auseinandersetzt, sowie mehr Eurozentrismus in diesem globalen Markt zu begrüßen. Zwar behält das System durch die Teilung der Kompetenzen eine gewisse Komplexität, reduziert diese jedoch auf notwendige Bedürfnisse des Marktes, nämlich Berücksichtigung nationaler Anliegen bei gleichzeitiger zentraler Interventionsbefugnis im Krisenfall.

II. Etablierung einer europäischen Ratingagentur

Die Idee einer europäischen Ratingagentur ist kein Produkt der aktuellen Finanzkrise. Bereits in den 1980er Jahren scheiterte ein Vorstoß[60] ebenso wie eine 1988 gegründete Projektgesellschaft Rating mbH.[61] Dennoch verstummen weder die Klagen, den US-amerikanischen Agenturen würde es an Respekt vor und Kenntnis von Rechts- und Wirtschaftsstrukturen der europäischen Kapitalmärkte mangeln[62] und „Wirtschafts- und Industriepolitik durch die Hintertür“ betreiben,[63] noch die politischen Initiativen. Union und FDP vereinbarten die Schaffung einer europäischen Ratingagentur in ihrem Koalitionsvertrag, Frankreich fordert sie und auch in Brüssel wird über eine solche nachgedacht.[64]

Laut der deutschen Regierung sowie einiger Finanzexperten des Europaparlaments sei eine unabhängige Stiftung nach dem Vorbild der Stiftung Warentest denkbar, die jeweils zu einem Drittel von der EU-Kommission, den Euro-Finanzministern und der EZB getragen und nur Staatspapiere benoten würde.[65] Dies hätte den Vorteil, dass ein eigenes marktimmanentes Kontrollinstrument etabliert würde[66] und zugleich das mächtige Oligopol eine Alternative erhielte. Jedoch müsste eine solche neue Agentur nicht nur die hohe Eintrittsbarriere mangelnder Reputation überwinden und entsprechende Kompetenz besitzen, um abweichende Urteile legitimieren zu können, sondern es ist auch fraglich, ob eine

---

48 *Möllers*, ZJS 2009, S. 234.

49 Regierungsentwurf eines Ausführungsgesetzes zur EU-Rating-VO v. 22.1.2010, BR-Dr 33/10.

50 *Möllers*, NZG 2010, S. 287.

51 *Eisen*, Haftung und Regulierung internationaler Rating-Agenturen, 2007 S. 165; *Lemke* (Fn. 23), S. 614 ff., 619; *Krämer*, in: Bankenrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Internes und externes Rating, 2005, S. 29.

52 *Blaurock*, ZGR 2006, S. 127 f.; *Lemke* (Fn. 23), S. 619; *Krämer* (Fn. 51), S. 27.

53 Siehe Erwägungsgrund 51.

54 Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. September 2010, COD/2009/0144.

55 Mitteilung der Europäischen Kommission über die Europäische Finanzaufsicht v. 27.5.2009, KOM (2009) 252; Vorschlag des Parlaments und des Rates für eine Verordnung über die gemeinschaftliche Finanzaufsicht auf Makroebene und zur Einsetzung eines europäischen Ausschusses für Systemrisiken v. 23.9.2009, KOM (2009), 499.

56 European Banking Authority (EBA)-VO Vorschlag v. 23.9.2009, KOM (2009), 501.

57 European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA)-VO Vorschlag v. 23.9.2009, KOM (2009), 502.

58 European Securities and Markets Authority (ESMA)-VO Vorschlag v. 23.9.2009, KOM (2009), 503.

59 *Deipenbrock* RIW 2010; *Lehmann/Manger-Nestler*, EuZW 2010, S. 1 ff.; *Möllers*, NZG 2010, S. 288 ff.

60 *Breuer*, WM 1991, S. 1109; *Balzli/Schiessl/Schulz* (Fn. 2), S. 72 – 78.

61 EuZW 2004, S. 198; *v. Randow*, ZBB 1995, S. 141.

62 *v. Randow*, ZBB 1995, S. 141.

63 *Häring*, Ratings nach Maß, in: Handelsblatt, Nr. 81, 28.4.2010; *von der Hagen*, So schrecklich mächtig, in: SZ, Online, 30.4.2010, URL: http://www.sueddeutsche.de/finanzen/721/509848/text/print.html, Abruf 25.5.2010.

64 *Schiessl*, Wer kontrolliert die Kontrolleure, in: Der Spiegel, Nr. 18, 3.5.2010, S. 66; Europäische Ratingagentur: Merkel drängt zur Eile, in: Handelsblatt, Online, 10.5.2010, URL: http://www.handelsblatt.com/politik/ deutschland/europaeische-ratingagentur-merkel-draengt-zur-eile;2578264, Abruf 2.6.2010.

65 *Berschens/Cünnen/Landgraf/Osman*, Was eine neue Ratingagentur für Europa bringt, in: Handelsblatt, Nr. 88, 7.5.2010, S. 46.

66 *Däubler*, NJW 2003, S. 1097.

zentrale europäische Institution förderlich wäre. Zwar mag die Jurorenmacht in staatlichen Händen verlässlicher anmuten als in privaten, jedoch wäre eine von Regierungen eingesetzte Agentur gerade betreffend Länderratings keineswegs unabhängig, sondern massivem Druck ausgesetzt.

Zu fordern ist darum viel eher die Erleichterung europäischer privater Neugründungen, um so erstens mehr Agenturen mit europäischem Verständnis und zweitens Qualitätssteigerung durch mehr Wettbewerb zu schaffen. In diese Richtung gehen französische Vorschläge.[67] So sollen Kreditversicherer wie die Allianz-Tochter Euler-Hermes, die französische Coface und die spanisch-schweizerische Atradius in das Ratinggeschäft einsteigen. Diese verfügen aufgrund interner Ratingtätigkeiten nicht nur über nötiges Fachwissen, Datenbanken und Reputation, sondern müssten als Versicherer im Falle zu guter Beurteilungen zahlen. Geplant ist zudem eine Vergütung durch Anleger. Sollten Aufsichtsbehörden Ratings dieser Kandidaten wie intendiert nutzen und wie von der Rating-VO gefordert keine Ratings für Versicherte erbracht werden, wären Eintrittsbarrieren leicht überwunden und dieser Vorschlag mithin ein idealer Weg zum Abbau der Defizite.

III. EZB als Ratingagentur

Seit der Finanzkrise sind die Bonitätskriterien der Zentralbank aufgeweicht,[68] um nicht durch Ratings an der politisch gewünschten Annahme von Staatsanleihen gehindert zu sein. Fraglich ist, ob nicht eine Eingliederung der Kernaufgabe des Ratings angemessen wäre. Auch diese Lösung provoziert jedoch Interessenkonflikte, denn den Interessen der EZB ist gleichzeitig der größte Investor in strukturierte Finanzprodukte.[69] Zudem ist fraglich, ob die EZB die durch Spezialisierung mögliche Kompetenz der Ratingagenturen ersetzen könnte. Möglich wären allenfalls eigene Länderratings, um die in Verruf gekommne alleinige Steuerung der Anleihenpolitik durch Private zu verhindern. Die unabhängige EZB wäre durch ihre umfangreichen Daten hierzu geeignet.[70]

G. Fazit

Die neue Rating-VO ist durchweg als positiver und notwendiger Schritt in der Regulierung zu beurteilen. Eine solche hat die schwierige Gratwanderung zwischen staatlicher Intervention zur Sicherstellung ausreichender Schutzmechanismen und bewusster Zurückhaltung zur Wahrung des freien Wettbewerbs und verfassungsrechtlicher Grenzen wie der Meinungsfreiheit ebenso zu meistern wie genügend Flexibilität, um auf ständig wechselnde Anforderungen effizient zu reagieren.[71] Beides hat die Rating-VO insbesondere ergänzt durch das ESFS im Grundsatz erfüllt und – während eine gänzlich globale Regelung zwar optimal, aber wohl kaum realisierbar wäre – zumindest Konsistenz in der EU und Harmonisierung mit den auf dem Finanzmarkt dominierenden USA erreicht. Nur solch ein internationaler Ansatz, der wohl bald auch Asien einzubinden hat, vermag auf einem globalen Markt zu wirken.

Trotz dieser richtigen Schritte besteht jedoch noch Handlungsbedarf. Dieser betrifft die Vermeidung von aus der Bezahlungsstruktur resultierenden Interessenkonflikten und die Stärkung des Wettbewerbs, die allein selbstregulative Kräfte wiederbeleben kann. Darüber hinaus sollte die Politik bedächtig mit gesetzlichen Anknüpfungen an Ratings umgehen, um diese nicht über ihren Status als Werturteil zu erheben. Dabei ist zu beachten, dass diese Aspekte nicht einzeln lösbar sind. So hat beispielsweise eine Zerschlagung des Oligopols nur Erfolg bei veränderter Bezahlungsstruktur, da andernfalls ein Oligopol mangels Abhängigkeit von Kunden eher noch Objektivität zu fördern und einen Abwärts-Wettlauf zu verhindern vermag.[72] Angesichts der noch zunehmenden Bedeutung der Bonitätswächter, sollten die vielversprechenden Ansätze mit politischer Einigkeit implementiert werden, um zumindest zur Prävention künftiger Krisen beizutragen. ■

---

67 Dazu *Berschens/Alich/Kurm-Engels/Riedel/Sigmund*, Der Europapräsident, in: Handelsblatt, Nr. 104, 2.5.2010, S. 1, 4, 5.

68 *Sleegers* (Fn. 21), S. 4.

69 *Kunz*, Ratingagenturen: Weil sie es nicht besser können, in: WiWo, Online, 30.4.2010, URL: http://www.wiwo.de/finanzen/ratingagenturen-weil-sie-es-nicht-besser-koennen-429164/, Abruf 2.6.2010.

70 So auch *Bayer/Ehrlich* , EZB will Ratingagenturen beschneiden, in: FTD Online, 3.3.2010, URL: http://www.ftd.de/finanzen/maerkte/anleihen-devisen/:griechenland-krise-ezb-will-ratingagenturen-beschneiden/50083093.html, Abruf 2.6.2010.

71 *Bauer* (Fn. 7), S. 19; *Peters* (Fn. 16), S. 162 ff., 183.

72 *Eisen* (Fn. 51), S. 378; *Reidenbach* (Fn. 6), S. 339; *Storbeck*, Die Inflation der guten Noten, in: Handelsblatt, Nr. 201, 18.10.2010, S. 14.

Lutz Morgenstern, LL.B., Hamburg*

Das „ZuhauseKraftwerk“

– Energierechtlicher Klärungsbedarf für ein neues Konzept –

I. Einleitung

Die Stromversorgung in Deutschland wird traditionell überwiegend durch Großkraftwerke sichergestellt, aus denen ungefähr drei Viertel des produzierten Stroms stammen.[1] Erst mit dem in den letzten zehn Jahren zu verzeichnenden Boom der erneuerbaren Energien gewannen kleinere, dezentrale Erzeugungsanlagen mehr Bedeutung. Neben dieser Entwicklung sorgt seit Kurzem ein neues Konzept zur dezentralen Energieerzeugung für Aufmerksamkeit. Unter dem Titel „Zuhausekraftwerk“ will der Hamburger Ökostromanbieter Lichtblick in Kooperation mit Volkswagen eine Vielzahl kleiner, hocheffizienter Kraft-Wärme-Kopplungs(KWK)-Anlagen in fremden Gebäuden installieren und zu einem virtuellen Kraftwerk vernetzen. Hierdurch sollen die bereits bestehenden Vorteile der Energieerzeugung in kleinen KWK-Anlagen – der effiziente Energieeinsatz und der entsprechend geringere CO_2-Ausstoß gegenüber konventionellen Großkraftwerken – mit einem weiteren Vorteil, nämlich der planbaren Bereitstellung von Energie in größerem Umfang, kom-

---

* Der Autor hat Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School in Hamburg studiert und ist derzeit Rechtsreferendar am OLG Hamburg. Er verfolgt sowohl den internationalen Klimaschutzprozess (UNFCCC) als auch nationale Klimaschutzbelange.

1 *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU)*, Energie dreifach nutzen, Leitfaden für kleine Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen (Mini-KWK), 2009, S. 6.

biniert werden. Nach einer Darstellung der Hintergründe dieses Konzepts sollen im Folgenden die energierechtlichen Fragen, die sich in seinem Zusammenhang stellen, näher analysiert werden.

II. Hintergründe

1. Kraft-Wärme-Kopplung

Als Kraft-Wärme-Kopplung wird der Prozess bezeichnet, einen Energieträger gleichzeitig in elektrische Energie und in Nutzwärme umzuwandeln.[2] Kraft-Wärme-Kopplung kommt insbesondere bei der Stromerzeugung aus Brennstoffen zum Einsatz. Die am weitesten verbreiteten KWK-Anlagen basieren auf einem Verbrennungsmotor, der mit Erdgas betrieben wird.[3] Indem KWK-Anlagen auch Nutzwärme produzieren, erreichen sie Wirkungsgrade von 80-95% und arbeiten somit deutlich effizienter als konventionelle Großkraftwerke, welche die bei der Stromerzeugung anfallende Abwärme nicht nutzen und daher oft nur Wirkungsgrade von 30-40% realisieren.[4] Aufgrund ihres Wirkungsgrads sollen hocheffiziente KWK-Anlagen bis zu 38% der eingesetzten Primärenergie einsparen und gleichzeitig bis zu 34% weniger CO_2 ausstoßen können.[5] Zu beachten ist jedoch, dass die Berechnung des Umweltnutzens wesentlich vom Bezugsrahmen abhängt. Zum Teil wird darauf verwiesen, dass sich bei der Berechnung des prozentualen Minderungspotentials deutlich geringere Werte ergeben können, wenn nicht ein individueller Vergleich von Einzelanlagen, sondern die Funktion der Anlagen in einem größeren Energiesystem betrachtet wird.[6]

2. Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung

Vor diesem Hintergrund strebte die Bundesregierung in den vergangenen Jahren einen deutlichen Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung an. 2007 wurde in den sog. „Meseberger Beschlüssen“ das konkrete Ziel formuliert, den Anteil der KWK-Stromerzeugung bis 2020 auf 25% zu verdoppeln.[7] Dieses Ziel wird seit 2009 auch in § 1 Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetz (KWKG)[8] als Zweck des Gesetzes postuliert – dort allerdings ohne Angabe einer genauen Jahreszahl. In dem am 28. September 2010 beschlossenen Energiekonzept der neuen Bundesregierung wird dieses Ziel nicht erneut aufgegriffen. Die fortbestehende Bedeutung dieser Technik ergibt sich indes beispielsweise aus der Ankündigung, zur Verbesserung der Wettbewerbssituation kleinerer Anbieter auf dem Strommarkt „den Neubau hocheffizienter und CCS-fähiger fossiler Kraftwerke zu fördern“, und zwar „vorrangig Kraftwerke mit Kraft-Wärme-Kopplung.“[9]

3. Mini-KWK

Um die in KWK-Anlagen entstehende Wärme möglichst umfassend nutzen zu können, wird vielfach die Wahl von dezentralen Standorten in unmittelbarer Nähe zum Abnehmer oder direkt integriert im jeweiligen Versorgungsobjekt als vorteilhaft angesehen. Die Terminologie zur Bezeichnung der dafür erforderlichen Klein- oder Kleinstanlagen ist uneinheitlich. Nach § 3 III KWKG sind „kleine KWK-Anlagen“ definiert als „Anlagen (…) mit einer elektrischen Leistung von bis zu zwei Megawatt.“ Einige Vorschriften des KWKG knüpfen jedoch tatbestandlich an eine Obergrenze von nur 50 Kilowatt (kW) an.[10] Entsprechend dieser Unterscheidung werden die Anlagen mit einer Leistung zwischen 50 kW und 2 Megawatt (MW) in der Literatur zum Teil als „Mini-KWK“ und die Anlagen mit einer Leistung unter 50 kW als „Mikro-KWK“ bezeichnet.[11] Im Folgenden soll für alle KWK-Anlagen mit einer Leistung bis 2 MW einheitlich die Bezeichnung „Mini-KWK“ verwendet werden.[12]

4. Die Vernetzung zum virtuellen Kraftwerk

Als virtuelles Kraftwerk bezeichnet man den Ansatz, eine Vielzahl von kleinen, dezentralen Energieerzeugungsanlagen informationstechnisch zu vernetzen und von einer externen, zentralen Stelle aus gemeinsam zu regeln.[13] Dadurch soll ein elektrizitätswirtschaftlicher Nutzen erzielt werden, der über den der Einzelanlagen im Falle ihres isolierten Betriebs hinausgeht. Zum einen kann ein virtuelles Kraftwerk durch die Bündelung der Einzelkapazitäten die Größe und Leistungsfähigkeit eines mittleren oder sogar großen konventionellen Kraftwerks erreichen.[14] Der Betreiber des virtuellen Kraftwerks verfügt dadurch über ausreichend große Strommengen, um beispielsweise am Stromgroßhandel teilzunehmen.[15] Die Betreiber einzelner Mini-KWK hingegen können weder die auf dem Stromgroßhandel üblichen Handelsmengen produzieren, noch die mit dem Handel verbundenen Transaktionskosten[16] sinnvoll tragen.

Zum anderen führt die aus der Vernetzung und dem koordinierten Betrieb resultierende Steuerbarkeit der Einspeisung dazu, dass das virtuelle Kraftwerk „stromgeführt“ betrieben werden kann. Dies bedeutet, dass die Anlagen gerade dann betrieben werden, wenn eine hohe Nachfrage nach dem produzierten Strom besteht, der Betreiber also einen hohen Preis erzielen kann. Die während des Betriebs produzierte Wärme wird bei Bedarf an das Versorgungsobjekt abgegeben und ansonsten in der Anlage selbst oder einem externen Wärmespeicher für den späteren Verbrauch gespeichert. Im Unter-

---

2 *Jacobshagen*, ZUR 2008, 449.

3 *von Roon/Steck*, UmweltWirtschaftsForum (uwf) 2009, 313, 314.

4 *BMU*, Energie dreifach nutzen (Fn. 1), S. 6.

5 *BMU*, Energie dreifach nutzen (Fn. 1), S. 7.

6 Instruktiv hierzu *Groscurth*, Diskussionspapier Kraft-Wärme-Kopplung, arrhenius Institut für Energie- und Klimapolitik, 2010, http://www.arrhenius.de/uploads/media/2010-04-27_arrhenius_KWK_Final.pdf.

7 *Bundesregierung*, Eckpunkte für ein integriertes Energie- und Klimaprogramm, 2007, S. 9. Vgl. auch *BMU*, Das Integrierte Energie- und Klimaprogramm der Bundesregierung, 2007, S. 2.

8 BGBl. I 2002, S. 1092, zuletzt geändert durch Gesetz zur Beschleunigung des Ausbaus der Höchstspannungsnetze, BGBl. I 2009, S. 2870.

9 *Bundesregierung*, Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung, 2010, S. 19.

10 Vgl. etwa §§ 7 IV, VI KWKG.

11 Dahingehend etwa *Droste-Franke/Berg/Kötter/Krüger/Mause/Pielow/Romey/Ziesemer*, Brennstoffzellen und Virtuelle Kraftwerke, 2009, S. 62. Ähnlich *Jacobshagen*, ZUR 2008, 449, 452, der Anlagen mit einer elektrischen Leistung zwischen 50 kW und 2 MW als „kleine KWK-Anlagen“ und solche mit einer Leistung bis zu 50 kW als „kleinste KWK-Anlagen“ bezeichnet.

12 Dahingehend auch *Lippert*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht[65], 2010, Kap. VIIIa Rn. 94; *BMU*, Energie dreifach nutzen (Fn. 1), S. 6.

13 Vgl. *Droste-Franke/Berg/Kötter/Krüger/Mause/Pielow/Romey/Ziesemer* (Fn. 11), S. 81. Siehe auch *Fickers*, ZNER 2009, 17.

14 Lichtblick und Volkswagen kündigten sogar an, die vernetzten Zuhausekraftwerke erreichten langfristig die Kapazität zweier Atomkraftwerke, vgl. *Lichtblick und Volkswagen*, Presseinformation vom 9.9.2009, http://www.lichtblick.de/uf/090909_PM_ZuhauseKraftwerk.pdf.

15 Genauer zu den Mindestgebotsgrößen auf dem Regelenergiemarkt und für Transaktionen an der Strombörse European Energy Exchange (EEX) *Droste-Franke/Berg/Kötter/Krüger/Mause/Pielow/Romey/Ziesemer* (Fn. 11), S. 248.

16 Ausführlich zu diesen Kosten *Droste-Franke/Berg/Kötter/Krüger/Mause/Pielow/Romey/Ziesemer* (Fn. 11), S. 247.

schied dazu werden herkömmliche Mini-KWK überwiegend „wärmegeführt“ betrieben.[17] Dabei richtet sich der Betrieb der Anlage nach dem jeweils aktuellen Wärmebedarf des Versorgungsobjekts; der Strom wird mangels Speichermöglichkeiten unabhängig von der Nachfragesituation und dem erzielbaren Preis sofort in das Netz eingespeist.

Aus der Möglichkeit des stromgeführten Betriebs ergeben sich mehrere neue Einsatzmöglichkeiten für Mini-KWK. Anders als bei der unkoordinierten Einspeisung aus wärmegeführten Anlage können mit dem virtuellen Kraftwerk Systemdienstleistungen übernommen werden. So kann der Strom den Netzbetreibern als Regelenergie[18] in der Form von Sekundärregelleistung oder Minutenreserve angeboten werden.[19] Auch ein gezielter Einsatz zum Ausgleich von wetterbedingten Schwankungen bei der Wind- und Solarenergie bietet sich an.[20] Schließlich können Stromlieferanten Lastspitzen in ihrem eigenen Stromportfolio ausgleichen, indem sie diese mit dem Strom eines selbst betriebenen virtuellen Kraftwerks abdecken („peak shaving“).[21] Somit kommen letztlich ähnliche Einsatzmöglichkeiten wie bei einem klassischen Spitzenlastkraftwerk, etwa einem großen Gaskraftwerk oder einem Pumpspeicherkraftwerk, in Frage.[22] Aufgrund dieser Einsatz- und Vermarktungsmöglichkeiten hat der produzierte Strom insgesamt einen höheren Wert. Dies macht den Betrieb eines virtuellen Kraftwerks attraktiv. Doch auch die Netzbetreiber, die aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und der Netzstabilität ein Interesse an planbaren und koordinierten Einspeisungen haben, können von diesem Konzept profitieren.[23] Ihnen kommt außerdem entgegen, dass sie mit dem Betreiber eines größeren virtuellen Kraftwerks deutlich einfacher kommunizieren und gegebenenfalls Vereinbarungen über Fahrplanlieferungen treffen können als mit einer Vielzahl einzelner Betreiber individueller Mini-KWK.[24] Sollte es ferner gelingen, das Potential virtueller Kraftwerke zur Optimierung der Netzabläufe und bis zu einem gewissen Grad zur Vermeidung des Netzausbaus abzurufen, könnte auch der Verbraucher von geringeren Kosten profitieren.[25]

5. Die Vertragsbeziehungen zwischen Kunden und Betreiber

Im Falle des Zuhausekraftwerks, des ersten groß angelegten Projekts zur Bündelung vieler Mini-KWK in einem virtuellen Kraftwerk,[26] sind die Vertragsverhältnisse zwischen den Kunden und Lichtblick in der Art eines Contracting-Vertrags ausgestaltet.[27] Dies bedeutet, dass der Anlagenkauf und –betrieb, der Brennstoffbezug, die Wartung und Instandhaltung, der Abschluss der erforderlichen Netzanschluss- und Anschlussnutzungsverträge und die Stromeinspeisung von Lichtblick übernommen werden.[28] Die Anlage bleibt im Eigentum des Unternehmens, das dem Kunden und Eigentümer der Immobilie eine Miete für die zur Verfügung gestellte Fläche bezahlt. Der Kunde selbst zahlt einen festen Betrag für die Standardinstallation sowie eine monatliche Pauschale für Wartung, Reparaturen und Versicherung. Außerdem schließen die Parteien einen Wärmelieferungsvertrag ab, im Rahmen dessen der Kunde für die tatsächlich verbrauchte Wärme einen bestimmten Wärmepreis bezahlt. Schließlich erhält der Kunde von Lichtblick eine Bonuszahlung pro ins Netz eingespeister Kilowattstunde Strom.[29] Abgesehen von dieser Zahlung soll sich das Zuhausekraftwerk für den Kunden nach Angaben des Unternehmens dadurch rentieren, dass er für einen vergleichsweise niedrigen Betrag eine hocheffiziente und damit kostenarme Heizanlage nutzen kann. An der Steuerung und dem Betrieb des Zuhausekraftwerks ist er grundsätzlich nicht unmittelbar beteiligt; ihm wird jedoch eine lückenlose Wärmeversorgung zugesichert.[30] Nur bei einer Kommunikationsstörung zwischen der zentralen Leitstelle und den dezentralen Anlagen schalten diese auf Eigenbetrieb um.[31]

III. Energierechtlicher Klärungsbedarf

Aus energierechtlicher Sicht wirft das dargestellte Konzept einige Fragen auf, die im Folgenden näher analysiert werden sollen. Die Fragen resultieren insbesondere daraus, dass mit dem Konzept des virtuellen Kraftwerks ein neuer Ansatz verfolgt wird, der von den bisherigen Einsatzformen und der Betriebsweise von Mini-KWK abweicht. Um die rechtlichen Herausforderungen aufzuzeigen, soll im Folgenden hinsichtlich aller in Blick zu nehmenden Aspekte zunächst stets die rechtliche Situation für ein einzelnes, isoliert betriebenes Mini-KWK dargestellt werden. Im Anschluss wird jeweils auf die Besonderheiten eingegangen, die sich bei einem nach dem Konzept des Zuhausekraftwerks betriebenen virtuellen Kraftwerk ergeben.

1. Anwendbarkeit der Privilegierungstatbestände des KWKG

Das KWKG sieht verschiedene Privilegierungen für KWK-Anlagen vor, sofern diese den in § 5 KWKG aufgelisteten Kategorien unterfallen . Die Mini-KWK, die im Rahmen des vorliegenden Konzepts eingesetzt werden sollen, werden durch § 5 II Nr. 1, II 2 KWKG erfasst.[32] Daneben sind auch hocheffiziente Brennstoffzellen-Anlagen und hocheffiziente größere KWK-Anlagen mit einer Leistung von über zwei MW privilegierungsberechtigt.[33] Die wohl wichtigste

---

17 *von Roon/Steck*, uwf 2009, 313, 316.

18 Regelenergie ist in § 2 Nr. 9 StromNZV definiert als „diejenige Energie, die zum Ausgleich von Leistungsungleichgewichten in der jeweiligen Regelzone eingesetzt wird“.

19 Ausführlich hierzu *Fickers*, ZNER 2009, 17 ff.; *von Roon/Steck*, uwf 2009, 313, 316 f. Die Zulässigkeit der Bündelung von Einzelanlagen im Regelenergiemarkt ergibt sich aus § 6 IV 4 StromNZV.

20 *von Roon/Steck*, uwf 2009, 313, 316 f.

21 *von Roon/Steck*, uwf 2009, 313, 317.

22 Näher zu den unterschiedlichen Einsatzarten von Grund-, Mittel- und Spitzenlastkraftwerken vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, Energie in Deutschland - Trends und Hintergründe zur Energieversorgung, 2010, S. 18.

23 Näher *Droste-Franke/Berg/Kötter/Krüger/Mause/Pielow/Romey/Ziesemer* (Fn. 11), S. 253.

24 *von Roon/Steck*, uwf 2009, 313, 316.

25 *von Roon/Steck*, uwf 2009, 313, 316.

26 Mittlerweile haben andere Anbieter ähnliche Projekte angekündigt, beispielsweise der Energiedienstleister EnVersum mit seinen als „MiniVersum“ bezeichneten Anlagen, vgl. http://www.enversum.de/WasisteinMiniversum.html.

27 Allgemein zu dieser sowie anderer Ausgestaltungsmöglichkeiten *BMU*, Energie dreifach nutzen (Fn. 1), S. 22 ff.

28 Zu dieser Aufgabenverteilung beim Contracting auch *BMU*, Energie dreifach nutzen (Fn. 1), S. 29.

29 Zum Ganzen – dort mit Angabe der genauen Geldbeträge – *Lichtblick*, Schwarmstrom – die Energie der Zukunft, 2009, S. 7, http://www.lichtblick.de/uf/090909_LichtBlick-Info_SchwarmStrom.pdf.

30 *Lichtblick* (Fn. 29), S. 6 f.

31 *Lichtblick* (Fn. 29), S. 6 f.

32 Mit § 5 II 2 KWKG wurde für ab dem 1.1.2009 in Betrieb genommene Anlagen als weiteres Erfordernis eingeführt, dass diese hocheffizient sein müssen. Hierzu auch *Jacobshagen*, ZUR 2008, 449, 452.

33 Vgl. § 5 II 1 Nr. 2 bzw. § 5 III KWKG.

Privilegierung besteht darin, dass Netzbetreiber nach § 4 I KWKG verpflichtet sind, den Strom aus den privilegierten Anlagen vorrangig abzunehmen. Diese Privilegierung gilt für alle in § 5 KWKG genannten Anlagentypen. Daneben enthält das KWKG noch zwei weitere wichtige Privilegierungstatbestände, die jedoch von der genauen Größe der entsprechenden Anlage abhängig sind. Bei diesen beiden kommt es somit – anders als bei der Verpflichtung zur vorrangigen Abnahme – auf die Frage an, ob die Kapazität aller zum virtuellen Kraftwerk gebündelten Anlagen oder die der jeweiligen Einzelanlage die maßgebliche Bezugsgröße ist. Vor der Klärung dieser Frage sollen zunächst die beiden Privilegierungstatbestände näher dargestellt werden.

a) KWK-Zuschlag nach § 4 III 1 i.V.m § 7 KWKG

Nach § 4 III 1 KWKG ist der Netzbetreiber verpflichtet, zusätzlich zu dem Preis für den aufgenommenen KWK-Strom einen Zuschlag zu entrichten, dessen genaue Höhe und Dauer sich nach § 7 KWKG richtet. Im Falle von kleinen, hocheffizienter Anlagen mit einer elektrischen Leistung bis 50 kW, die nach dem 1. Januar 2009 und bis zum 31. Dezember 2016 in Dauerbetrieb genommen werden, beträgt der Zuschlag gemäß § 7 IV KWKG 5,11 Cent pro Kilowattstunde. Knüpft man die Förderungshöhe an die Kapazität der Einzelanlagen, könnte dieser höchste Zuschlagswert verlangt werden, da ein Zuhausekraftwerk nur über eine elektrische Leistung von ca. 20 kW verfügen soll.[34] Ein deutlich geringerer Betrag ergibt sich hingegen, wenn man als maßgebliche Bemessungsgröße die Gesamtkapazität aller gebündelten Anlagen heranzieht. Bei dieser Betrachtungsweise wären die in § 7 festgelegten Obergrenzen für kleine und kleinste KWK-Anlagen schnell überschritten. Für den Großteil des eingespeisten Stroms wäre gemäß § 7 VIII 1, 2 i.V.m. § 7 IV 2 KWKG lediglich ein Zuschlag von 1,5 Cent statt 5,11 Cent pro Kilowattstunde zu zahlen.

b) Vergütungsregel des § 4 III 3 KWKG

Eine vergleichbare Fragestellung tritt im Rahmen des § 4 III 3 KWKG auf, der für Mini-KWK mit einer elektrischen Leistung bis zu 2 MW eine besondere Vergütungsregelung einführt. Die Norm fingiert, dass für diese Anlagen der durchschnittliche Preis für Grundlaststrom an der Strombörse EEX in Leipzig im jeweils vorangegangenen Quartal als „üblicher Preis“ gilt. Dies ist für den Betreiber eines Mini-KWK vorteilhaft, weil sein produzierter Strom im Normalfall wegen der fehlenden Planbarkeit und Stetigkeit für den Netzbetreiber einen geringen Wert hat und demnach auch nur zu einem geringeren Preis als dem jeweiligen Börsenpreis vergütet würde.[35] Letztlich führt die Regelung also zu einer Art „Mindestvergütung“[36] für Strom aus Mini-KWK.

Da die Vergütungsregel des § 4 III 3 KWKG nur für Mini-KWK mit einer elektrischen Leistung bis zu 2 MW gilt, hängt ihre Anwendbarkeit ebenfalls davon ab, ob die Gesamtleistung aller im virtuellen Kraftwerk gebündelten Anlagen oder die entsprechenden Einzelleistungen für ausschlaggebend angesehen werden. Auf den ersten Blick könnte man zwar annehmen, diese Frage werde sich in der Praxis nicht stellen, da der Betreiber eines virtuellen Kraftwerks aufgrund der lukrativen Einsatz- und Vermarktungsmöglichkeiten für seinen Strom ohnehin nicht auf die Vergütungsregel des § 4 III 3 KWKG zurückgreifen würde, der ihm lediglich den durchschnittlichen Preis für Grundlaststrom in Aussicht stellt. Indes erscheint es wahrscheinlicher, dass der Betreiber dennoch ein Interesse daran hat, sich die Vergütung nach dieser Norm als Sicherheit offen zu halten, etwa für Situationen, in denen andere Vermarktungsoptionen kurzfristig platzen oder in denen aufgrund eines extrem hohen Windaufkommens am Stromgroßmarkt kurzfristig nur sehr geringe Preise gezahlt werden oder sogar negative Preise entstehen.[37]

c) Stellungnahme

Mit der Frage, ob die Gesamtleistung des virtuellen Kraftwerks oder die Leistung der Einzelanlagen ausschlaggebend ist, entscheidet sich sowohl die Höhe des KWK-Zuschlags als auch die Anwendbarkeit der speziellen Vergütungsregelung für Mini-KWK. Aus dem Wortlaut der maßgeblichen Normen (§ 4 III 3 und § 4 III 1 i.V.m. § 7 KWKG), lässt sich diese Frage nicht zweifelsfrei beantworten. Gegen ein Abstellen auf die Gesamtleistung des virtuellen Kraftwerks spricht jedoch unter systematischen Gesichtspunkten ein e-contrario-Schluss aus der Regelung des § 3 III 2 KWKG, nach der „[m]ehrere *unmittelbar miteinander verbundene* kleine KWK-Anlagen *an einem Standort* (…) in Bezug auf die in Satz 1, in § 5 und in § 7 genannten Leistungsgrenzen als eine KWK-Anlage [gelten].“ Nach der Gesetzesbegründung soll eine unmittelbare Verbindung im Sinne dieser Vorschrift insbesondere dann vorliegen, „wenn mehrere Einzelaggregate (Module) in ein gemeinsames Wärmenetz einspeisen und/oder stromseitig miteinander verbunden sind.“[38] Die Klausel soll somit klarstellen, dass „modular aufgebaute Anlagen“[39] an einem Standort als eine einzige Anlage zu behandeln sind. Zur Bestimmung des Merkmals „an einem Standort“ wird in der Kommentarliteratur auf Kriterien wie eine gemeinsame Steuerungsanlage, gemeinschaftliche Abgasanlage, gemeinsame Strom- und Wärmesammelschiene und Baugleichheit verwiesen.[40] Zum Teil wird auch argumentiert, die von der Formulierung erforderte räumliche Nähe liege nur vor, wenn die Anlagen sich im selben Gebäude befinden.[41]

Bei den zu einem virtuellen Kraftwerk gebündelten Mini-KWK handelt es sich jedoch gerade nicht um Anlagen im selben Gebäude, die die genannten technischen Vorrichtungen gemeinsam nutzen und daher als an einem Standort miteinander verbunden anzusehen sind. Vielmehr besteht die Verbindung zwischen den Anlagen in der Regel nur „virtuell“ über die informationstechnische Vernetzung und die zentrale Steuerung. Daraus, dass § 3 III 2 KWKG nur die an einem Standort verbundenen Anlagen als eine einzige Anlage

---

34 *Lichtblick* (Fn. 29), S. 6.

35 *Droste-Franke/Berg/Kötter/Krüger/Mause/Pielow/Romey/Ziesemer* (Fn. 11), S. 257.

36 *Droste-Franke/Berg/Kötter/Krüger/Mause/Pielow/Romey/Ziesemer* (Fn. 11), S. 258.

37 Zum Auftreten negativer Strompreise vgl. *Oschmann*, ZNER 2010, 117, 124; *Andor/Flinkerbusch/Janssen/Liebau/Wobben*, Zeitschrift für Energiewirtschaft 2010, 91 ff.

38 BT-Drs. 14/7024, S. 10. Vgl. auch BT-Drs. 16/8305, S. 16 über die Hintergründe des späteren Zusatzes „in Bezug auf die in Satz 1, in § 5 und in § 7 genannten Leistungsgrenzen“.

39 BT-Drs. 14/7024, S. 10.

40 *Schultz*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht[65], 2010, Kap. XVII, § 3 Rn. 4; *Topp*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, 2004, § 3 KWKModG, Rn. 35.

41 *Rosin/Burmeister*, in: Büdenbender/Rosin (Hrsg.), KWK-AusbauG, 2003, § 3 Rn. 88 ff.

einstuft, lässt sich mithin der Gegenschluss ziehen, dass Anlagen, die bloß virtuell verbunden sind, nicht als eine einzige Anlage angesehen werden sollen. Demnach wäre im Rahmen der maßgeblichen Privilegierungsvorschriften nicht auf die Gesamtleistung aller Anlagen abzustellen, sondern auf die jeweiligen Einzelleistungen.

Für diese Auslegung spricht auch ein Seitenblick auf die detaillierte Regelung dieser Frage im EEG. Um der insbesondere bei Biomasseanlagen[42] aufgetretenen Problematik des Anlagensplittings Rechnung zu tragen, wurden in § 19 EEG vier Voraussetzungen festgelegt, bei deren gemeinsamem Vorliegen mehrere Anlagen bei der Vergütung als eine einzige Anlage behandelt werden. Zu den Voraussetzungen zählt, dass sich die Anlagen „auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden" (§ 19 I Nr. 1 EEG). Anders als bei § 3 III 2 KWKG ist die Literatur im Falle des § 19 EEG wiederholt auf die Frage des Gesetzeszwecks eingegangen. Ungeachtet sonstiger Meinungsverschiedenheiten im Hinblick auf die Norm – etwa hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift[43] – wurde dabei stets einhellig angenommen, dass der Regelungszweck in erster Linie darin liege, ein willkürliches Anlagensplitting zu verhindern, mit dem allein die niedrigere Vergütung für größere Anlagen umgangen werden soll.[44]

Orientiert man sich auch bei § 3 III 2 KWKG an dieser gesetzgeberischen Intention, sind die Mini-KWK nicht als eine gemeinsame Anlagen anzusehen. Denn bei einem virtuellen Kraftwerk ist es unabhängig von dem späteren KWK-Zuschlag bereits zentraler Bestandteil des Konzepts, dass die Mini-KWK dezentral in vielen verschiedenen Versorgungsobjekten installiert werden, um eine verbrauchernahe Wärmeversorgung zu ermöglichen. Es handelt sich also gerade nicht um eine Konstellation, in der ein Investor eine geplante größere Anlage allein aufgrund der KWK-Vergütung in kleinere Einheiten unterteilt. Demnach liegt auch kein Fall des willkürlichen Anlagensplittings vor, das im Falle erneuerbarer Erzeugungsanlagen von § 19 EEG und im Falle von KWK-Anlagen von § 3 III 2 KWKG unterbunden werden soll.

Im Ergebnis erscheint es mithin überzeugender, auf die Leistung der Einzelanlagen abzustellen, so dass die untersuchten Privilegierungstatbestände uneingeschränkt anwendbar sind.

2. Anspruch auf und Umfang der vermiedenen Netznutzungsentgelte

Weiterhin stellt sich die Frage, ob der Betreiber der zu einem virtuellen Kraftwerk gebündelten Mini-KWK einen Anspruch auf Zahlung vermiedener Netznutzungsentgelte hat. Mit vermiedenen Netznutzungsentgelten werden Kostenersparnisse des Betreibers eines Elektrizitätsverteilernetzes gemeint, die sich daraus ergeben, dass er aufgrund des aus den dezentralen Erzeugungsanlagen eingespeisten Stroms weniger Strom aus den vorgelagerten Netz- oder Umspannebenen bezieht und daher deren Betreibern entsprechend weniger Netznutzungsentgelte bezahlen muss.[45] Den Betreibern einzelner Mini-KWK wird ein solcher Anspruch allgemein zugestanden, auch wenn er im KWKG nur für den Fall ausdrücklich geregelt ist, dass keine Vereinbarung zwischen Anlagenbetreiber und Netzbetreiber zustande kommt.[46]

Ob sich diese Kostenersparnisse der Netzbetreiber auch bei einer größer angelegten Einspeisung aus einem virtuellen Kraftwerks ergeben, hängt jedoch von verschiedenen Faktoren ab, etwa ob der produzierte Strom im Verteilnetz verbleibt oder auf eine höhere Netzebene zurückgespeist wird. Zum Teil wird daher kritisiert, dass die derzeitige Berechnung der vermiedenen Netzentgelte einem „Briefmarkentarif" gleiche, der im Falle eines virtuellen Kraftwerks die tatsächlichen Kostenfaktoren wie etwa die Netzebene der Einspeisung und die räumliche Entfernung zwischen dem Ort der Einspeisung und dem der Entnahme nicht ausreichend berücksichtige.[47] Angesichts der momentanen Regelungslage der §§ 17, 18 StromNEV erscheint es jedoch kaum möglich, dieser Kritik ohne gesetzgeberische Änderungen Rechnungen zu tragen. Der Anspruch auf vermiedene Netznutzungsentgelte steht demnach auch dem Betreiber eines virtuellen Kraftwerks zu.

3. Weitergehende Förderung der Mini-KWK durch Einzelprogramme

Neben den im KWKG geregelten Privilegierungen wurden Mini-KWK bis zu einer Größe von 50 kW in der Vergangenheit durch mehrere Einzelprogramme gefördert, mit denen die Bundesregierung zusätzliche Investitionszuschüsse bereitstellte.[48] Zuletzt musste das „Förderprogramm für kleine Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung (Mini-KWK)" im Mai 2010 rückwirkend gestoppt werden, weil schon mit den bereits bewilligten Anträgen das für 2010 zur Verfügung stehende Fördervolumen voll ausgeschöpft worden war.[49] Sollte die Förderung jedoch wieder aufgenommen oder ein neues Programm aufgelegt werden, wird sich auch hier die Frage stellen, ob und in welchem Umfang der Betreiber der zu einem virtuellen Kraftwerk zusammengeschlossenen Mini-KWK förderberechtigt ist. Dabei wird insbesondere zu klären sein, wie die Förderung beihilfenrechtlich zu bewerten ist. Im Rahmen des kürzlich gestoppten Förderprogramms wurde unter Verweis auf die De-minimis-Regel der Europäischen Kommission in den Förderrichtlinien deutlich auf die regelmäßige Förderhöchstgrenze von 200.000 € in einem Zeitraum von drei Steuerjahren hingewiesen.[50] Nach der De-minimis-Regel gelten die einem Unternehmen gewährten Beihilfen bis zu dieser Grenze nicht als unionsrechtswidrig und unterliegen nicht der Anmeldepflicht nach Art. 108 III AEUV (ex-Art. 88 III EG-V).[51] Falls für jedes der in einem virtuellen Kraftwerk

---

42 Vgl. *Richter*, NVwZ 2010, 1007.

43 Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung BVerfGE 122, 374 ff. Näher dazu und zu der späteren Regelung des § 66 Ia EEG, der die kritiserte Rückwirkung des § 19 EEG wieder einschränkte, *Richter*, NVwZ 2010, 1007 ff.; *Schomerus*, NVwZ 2010, 549 ff.

44 Deutlich hierzu auch *EEG-Clearingstelle*, ZUR 2009, 389.

45 Vgl. § 18 I 1, 2 StromNEV.

46 Vgl. § 4 III 2 KWKG. Zur Anerkennung vermiedener Netznutzungsentgelte für KWK-Anlagen vgl. *Jacobshagen*, ZUR 2008, 449, 457; *Droste-Franke/Berg/Kötter/Krüger/Mause/Pielow/Romey/Ziesemer* (Fn. 11), S. 232 f. Anders noch *Rosin*, in: Büdenbender/Rosin (Fn. 41), § 4 Rn. 79.

47 *Droste-Franke/Berg/Kötter/Krüger/Mause/Pielow/Romey/Ziesemer* (Fn. 11), S. 263.

48 Vgl. etwa zum 2008 durchgeführten „Impulsprogramm für Mini-KWK-Anlagen" *Lippert*, in: Danner/Theobald (Fn. 12), Rn. 94 und *Jacobshagen*, ZUR 2008, 449, 452.

49 *Schütte*, ZUR 2010, 388, 389.

50 Vgl. Richtlinien zur Förderung von Mini-KWK-Anlagen vom 1. Januar 2009, Zf. 4, http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_ 05122008_ KII34220612 .htm#ivz15.

51 Vgl. Art. 2 II Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis"-Beihilfen, ABl. EU L 379/5.

gebündelten Mini-KWK eine Förderung begehrt werden sollte, wäre diese Schwelle für den Betreiber des virtuellen Kraftwerks schnell überschritten.

Dennoch müssten weitergehende Förderanträge aus beihilfenrechtlicher Sicht nicht versagt werden. Denn nach Art. 22 I der Gruppenfreistellungsverordnung der Kommission vom 6.8.2008[52] sind „Umweltschutzbeihilfen für Investitionen in hocheffiziente Kraft-Wärme-Kopplung“ mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und von der Anmeldepflicht befreit, soweit die in Art. 22 II - IV aufgezählten Voraussetzungen erfüllt sind. Die dort genannten Maßgaben zur Höhe der beihilfefähigen Kosten, der Beihilfeintensität und zur Optimierung des Primärenergieverbrauchs werden im Falle der Mini-KWK regelmäßig erfüllt sein. Somit steht das unionsrechtliche Beihilfenverbot einer künftigen Gewährung von Investitionszuschüssen für die in einem virtuellen Kraftwerk gebündelten Mini-KWK nicht entgegen.

4. Mögliche Bündelung von Vertragsbeziehungen in Rahmenverträgen

Betrachtet man die Vertragsbeziehungen zwischen dem Betreiber eines virtuellen Kraftwerks und den jeweils betroffenen Netzbetreibern, stellt sich die Frage, ob es möglich ist, die erforderlichen Einzelverträge aus Effizienzgründen zu bündeln. Ohne eine solche Bündelung müssten in der Regel für jedes einzelne Mini-KWK mehrere Verträge abgeschlossen werden: Ein Netzanschlussvertrag, der die Modalitäten des anfänglichen Anschlusses der Anlagen an das Stromnetz regelt, ein Anschlussnutzungsvertrag und entweder (falls der produzierte Strom entsprechend der neuen Vermarktungsmöglichkeiten direkt vertrieben wird) ein Netznutzungsvertrag gemäß § 20 Ia 1 EnWG[53] oder (im Falle der traditionellen KWK-Strom-Vermarktung) ein Einspeisevertrag nach § 4 III 1 KWKG über die Abnahme und Vergütung.[54] Selbst wenn die im Falle des Zuhausekraftwerks angekündigte Gesamtzahl von 100.000 Anlagen nicht erreicht wird, würde das Konzept den Abschluss einer enorm hohen Anzahl von Einzelverträgen erfordern. Dies würde allen Beteiligten einen erheblichen Verwaltungsaufwand verursachen.[55]

Das EnWG und das KWKG stellen jedoch bislang keine Moderationshilfe für den Abschluss von gebündelten Verträgen für Erzeugungsanlagen bereit. § 20 Ia 2 EnWG sieht lediglich die Möglichkeit sogenannter „Lieferantenrahmenverträge“ vor, die „sich nicht auf bestimmte Entnahmestellen zu beziehen [brauchen].“ Gemäß § 24 I 2 StromNZV macht der Lieferantenrahmenvertrag den Abschluss einzelner Netznutzungsverträge zwischen dem Netzbetreiber und dem Letztverbraucher entbehrlich. Damit wird indes nur die Entnahmeseite für das Massengeschäft vereinfacht, nicht aber die Seite der Einspeisung.

Vor dem Hintergrund des § 20 I 4 EnWG, der die Massengeschäftstauglichkeit der Netzzugangsregelungen postuliert, erscheint es jedoch angebracht und erforderlich, auch im Falle eines virtuellen Kraftwerks, das aus einer großen Anzahl baugleicher Mini-KWK besteht, Rahmenverträge zu ermöglichen, die den Abschluss zahlreicher Einzelverträge entbehrlich machen. Dies würde beispielsweise bedeuten, dass der Betreiber des virtuellen Kraftwerks mit jedem der Netzbetreiber, in dessen Netzgebiet einzelne Anlagen installiert werden sollen, jeweils nur einen einzelnen Netzanschluss-, Anschlussnutzungs- und Netznutzungsvertrag abschließt, um den Rahmen und die Modalitäten für den Netzzugang aller betroffenen Anlagen festzulegen. Sollte dies im Rahmen der Vertragsverhandlungen zwischen den beteiligten Unternehmen nicht umzusetzen sein, müsste über eine entsprechende gesetzliche Regelung im EnWG oder im KWKG ähnlich der Bestimmung des EnWGs zu den Lieferantenrahmenverträgen nachgedacht werden.[56]

5. Emissionshandelsrechtliche Einordnung

Schließlich stellt sich die Frage, wie die in einem virtuellen Kraftwerk gebündelten Mini-KWK emissionshandelsrechtlich einzuordnen sind. Grundsätzlich unterfallen auch KWK-Anlagen gemäß § 2 II 1 i.V.m. Anhang 1 TEHG dem EU-weiten, in Deutschland durch das TEHG umgesetzten Handel mit Emissionsberechtigungen. Konkret lässt sich dies beispielsweise der Regelung des § 9 IV ZuG 2012[57] entnehmen, der explizit auf „Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen“ Bezug nimmt. Demnach müssen grundsätzlich auch die Betreiber von KWK-Anlagen gemäß § 6 I TEHG eine den verursachten Emissionen entsprechende Anzahl von Emissionsberechtigungen vorweisen und an die zuständige Behörde entsprechend der verursachten Emission abgeben. Mini-KWK liegen jedoch für sich genommen mit ihrer Leistung weit unterhalb der Schwellenwerte von 50 bzw. 20 MW, ab denen nach § 3 III i.V.m. Anhang 1 TEHG Energieanlagen emissionshandelspflichtig sind. Erst durch die Bündelung einer Vielzahl von Einzelanlagen in einem virtuellen Kraftwerk werden die maßgeblichen Schwellenwerte überschritten. Daher stellt sich erneut die Frage, ob – diesmal im Hinblick auf die Emissionshandelspflicht – die Leistung der Einzelanlagen oder die kumulierte Leistung aller Anlagen entscheidend ist. Die entscheidenden Gesichtspunkte ergeben sich insofern aus § 2 III 1 TEHG. Danach liegen „(d)ie in Anhang 1 bestimmten Voraussetzungen (…) auch vor, wenn mehrere Anlagen derselben Art in einem engen räumlichen und betrieblichen Zusammenhang stehen und zusammen die maßgebenden Leistungsgrenzen oder Anlagengrößen erreichen oder überschreiten werden.“ Ein enger räumlicher und betrieblicher Zusammenhang ist gemäß § 2 III 2 Nr. 1 - 3 TEHG dann gegeben, wenn die Anlagen auf demselben Betriebsgelände liegen, mit gemeinsamen Betriebseinrichtungen verbunden sind und einem vergleichbaren technischen Zweck dienen. Legt man diesen Maßstab an, können die zu einem virtuellen Kraftwerk zusammengeschlossenen Mini-KWK im Bereich des Emissi-

---

52 Verordnung (EG) Nr. 800/2008 der Kommission vom 6. August 2008 zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag (allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung), ABl. EU L 214/3.

53 Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf Kraftwerksbetreiber ergibt sich nicht aus dem begrifflich ungenauen Gesetzeswortlaut, wohl aber aus Zusammenhang und Zweck der Norm, vgl. *Hartmann*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht[65], 2010, Kap. I, § 20 Rn. 20 f.

54 Näher zu diesen erforderlichen Verträgen *Droste-Franke/Berg/Kötter/Krüger/Mause/Pielow/Romey/Ziesemer* (Fn. 11), S. 226 ff., 261 f.; *BMU*, Energie dreifach nutzen (Fn. 1), S. 24 f. Allgemeiner auch *Hartmann*, in: Danner/Theobald (Fn. 53), § 20 Rn. 27.

55 Darauf hinweisend *Droste-Franke/Berg/Kötter/Krüger/Mause/Pielow/Romey/Ziesemer* (Fn. 11), S. 262.

56 Dahingehend auch *Droste-Franke/Berg/Kötter/Krüger/Mause/Pielow/Romey/Ziesemer* (Fn. 11), S. 262, mit dem Vorschlag einer Änderung des § 20 EnWG und der StromNVZ, um die Möglichkeit eines „Netzzugangsrahmenvertrags“ zu schaffen.

57 Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012, BGBl. I 2007, S. 1788.

onshandelsrechts in der Regel nicht als gemeinsame Einheit betrachtet werden, da sie sich dadurch auszeichnen, dass sie nicht auf einem einzelnen Betriebsgelände gebündelt, sondern an vielen verschiedenen Einzelstandorten aufgebaut und betrieben werden. Somit ist auch ein aus Mini-KWK zusammengeschlossenes virtuelles Kraftwerk nicht emissionshandelspflichtig.

6. Genehmigungs- und Anzeigeerfordernisse

Neben den untersuchten energierechtlichen Fragen ist überdies die Genehmigungsbedürftigkeit virtueller Kraftwerke zu klären. Für den Bau eines einzelnen Mini-KWK wird in der Regel keine Baugenehmigung erforderlich sein.[58] In Hamburg ergibt sich die Baugenehmigungsfreiheit etwa aus § 60 HBauO i.V.m. Anlage 2 I Nr. 2.3 („sonstige Anlagen der technischen Gebäudeausrüstung“) oder Nr. 3.2 (Anlagen, die der öffentlichen Versorgung mit Telekommunikation, Elektrizität, Gas, Öl oder Wärme dienen, mit einer Höhe bis zu 5,0 m und einer Bruttogrundfläche bis zu 10 m²). Dennoch müssen gegebenenfalls maßgebliche bauplanungsrechtliche Vorgaben beachtet werden, soweit Mini-KWK als bauliche Anlage i.S.d. Bauplanungsrechts angesehen werden.[59] In gleicher Weise sind Mini-KWK auch nach Immissionsschutzrecht zwar genehmigungsfrei,[60] müssen aber den Anforderungen nicht genehmigungsbedürftiger Anlagen gemäß §§ 22 ff. BImSchG entsprechen.

Wenn der Betreiber eines Mini-KWK den im KWKG vorgesehen Zuschlag erhalten will, ist jedoch nach § 6 KWKG eine behördliche Zulassung erforderlich. Diese Zulassung ist gemäß § 6 Abs. 1 S. 2 zu erteilen, wenn die erforderlichen Voraussetzungen des KWKG vorliegen; es handelt sich also um eine gebundene Entscheidung.[61] Andere als die spezifischen Voraussetzungen des KWKG werden im Rahmen der Zulassung nicht geprüft. Für Anlagen mit einer elektrischen Leistung von maximal 10 kW kann die Zulassung gemäß § 6 VI KWKG im Wege einer Allgemeinverfügung erfolgen.

Werden einzelne Mini-KWK zu einem virtuellen Kraftwerk zusammengeschlossen, führt dies nicht zu einer anderen Bewertung der Genehmigungsbedürftigkeit. Da sowohl das Baurecht als auch das Immissionsschutzrecht an individuelle Vorhaben oder Anlagen anknüpfen, sind nur die bereits dargestellten, für einzelne Anlagen bestehende Maßgaben zu beachten.[62] Außerdem muss für jedes der zusammengeschlossenen Mini-KWK eine behördliche Zulassung nach § 6 KWKG erwirkt werden, damit der Betreiber für alle Anlagen den KWK-Zuschlag geltend machen kann. Die erwähnte Möglichkeit der Zulassung im Wege der Allgemeinverfügung nach § 6 VI KWKG bringt hier nur in Fällen eine Erleichterung, in denen die Leistung der Einzelanlagen unter 10 kW liegt. Die nach dem Konzept des Zuhausekraftwerks geplanten Mini-KWK liegen jedoch mit ihrer Leistung von ca. 20 kW schon oberhalb dieser Schwelle, so dass diese Vereinfachung entfällt.

IV. Schlussbemerkung

Das mit dem Zuhausekraftwerk verfolgte Konzept, eine Vielzahl von Mini-KWK zu vernetzen und als virtuelles Kraftwerk zu betreiben, stellt einen neuen Ansatz dar, dem das bestehende Energierecht kaum Rechnung trägt. Dementsprechend bringt das Konzept vielfältigen rechtlichen Klärungsbedarf mit sich. Insgesamt hat sich aber gezeigt, dass dem Konzept keine unüberwindbaren Hindernisse entgegenstehen. Lediglich die fehlenden gesetzlichen Vorgaben zum Abschluss von Rahmenverträgen mit den Netzbetreibern, mit denen der Netzanschluss der Mini-KWK und die Netznutzung gebündelt geregelt würden, könnten sich bei einer Realisierung des Konzepts in größerem Stil als hinderlich erweisen. Zu Gute kommt dem Konzept hingegen, dass sowohl im Rahmen der Privilegierungstatbestände des KWKG als auch bei der Beurteilung der Emissionshandelspflichtigkeit die Leistung der Einzelanlagen und nicht die des gesamten virtuellen Kraftwerks maßgeblich ist. Auch das Ergebnis, dass ein Anspruch auf Zahlung vermiedener Netznutzungsentgelte besteht und dass eine weitergehende Förderung durch Einzelprogramme nicht gegen Beihilfenrecht verstoßen würde, kann sich für das Konzept als positiv erweisen. Im Sinne der Rechtssicherheit wäre eine gesetzliche Präzisierung der untersuchten Fragen aber durchaus wünschenswert. ■

[58] Vgl. auch *BMU*, Energie dreifach nutzen (Fn. 1), S. 13.

[59] Für eine solche Einordnung *Droste-Franke/Berg/Kötter/Krüger/Mause/Pielow/Romey/Ziesemer* (Fn. 11), S. 198.

[60] Umkehrschluss aus § 4 Abs. 1 S. 3 BImSchG i.V.m. der 4. BImSchV; dazu auch *Droste-Franke/Berg/Kötter/Krüger/Mause/Pielow/Romey/Ziesemer* (Fn. 11), S. 211.

[61] Vgl. auch *Lippert*, in: Danner/Theobald (Fn. 12), Rn. 96.

[62] So auch *Droste-Franke/Berg/Kötter/Krüger/Mause/Pielow/Romey/Ziesemer* (Fn. 11), S. 245.

International

Rechtsanwältin Dr. Marion Schmid-Drüner, LL.M. (London)*

Legal professional privilege after *Akzo* – case closed?

– On companies’ struggle against legal uncertainty –

A. Introduction

Lawyer-client communication in the area of competition law can be risky for two reasons:

First, it contains neatly compiled factual elements outlining the potentially anti-competitive behaviour and possibly even proving the infringement of competition law. If the communication falls in the hands of a competition authority during a dawn raid[1], it lessens the authority’s workload considerably. Second, lawyer-client communication provides proof that the client both knew of and obtained legal advice about discontinuing such behavior.

* The author is an Associate at Howrey LLP in Brussels working in the Antitrust Practice Group.

[1] The word “dawn-raid” includes the element of surprise if competition authority officials arrive early in the morning to search for further evidence at the premises of the undertaking concerned, see Art. 20 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ EU L 1, p. 1.

If lawyer-client communication were open for seizure, a client would face a Catch-22 situation:[2] either he decides not to resort to legal advice to prevent seizure of such documents, with the downside of not being able to defend himself properly. Or he decides to hire an external lawyer and has to fear an investigation, which would yield documents proving his culpability.

Therefore, all European legal systems recognize a rule of law according to which certain lawyer-client communication need not be disclosed in legal proceedings such as competition investigations – the legal professional privilege.[3] Recently, the extent of this privilege was controversially debated in the *Akzo* case before the Court of Justice of the European Union ("CoJ")[4]: Should communication not only with external counsel, but also with in-house counsel also be privileged? The CoJ came to the conclusion that the communication with in-house counsel was not privileged.

Has *Akzo* settled the issue of legal professional privilege for good? Yes – on the protection of communication with in-house counsel.

No – on providing undertakings with the requisite legal certainty so that they can properly organize their internal and external communication channels for obtaining legal advice.

This article will therefore

- explain the principles of legal professional privilege ("LPP") in the EU (part B.);
- recapitulate the principle of LPP in Germany as a country with a lower protection scope (part C.); and finally
- analyze the main problem remaining in the realm of LPP: legal uncertainty for companies in the EU in case of different protection standards on EU and national level and what can be done to remedy that situation (part D.).

B. The principle of legal professional privilege in EU law

Common law jurisdictions have far-reaching discovery obligations. This means that one party of a dispute can ask the judge to order the other party to disclose any documents, whether good or bad, as long as they are relevant to the first party's claim. To counterbalance these wide discovery obligations, all confidential communication between lawyer and client for the purpose of giving or receiving legal advice is protected, in order to preserve the right of access to a lawyer without constraint.[5] The UK, for example, is a country with a very broad privilege, encompassing the pre-investigative phase as well as communication with in-house lawyers. The privilege is the client's and only he can waive it.[6]

Conversely, civil law jurisdictions do not have discovery obligations. LPP in these jurisdictions derives from the professional obligation to secrecy of lawyers and the ensuing right to refuse to give evidence. Consequently, protection only applies to the documents in the custody of the lawyer as the holder of this right.[7] The right to refuse to give evidence protects the relationship of confidentiality between lawyer and client,[8] which is indispensable to maintain the right of defense.

The rules on European LPP as developed by the CoJ in its cases *AM&S*, *Hilti*, and now *Akzo* reflect these different traditions.

I. AM&S

In *AM&S*, the CoJ pronounced itself for the first time on the protection of lawyer-client communication.[9] The CoJ allowed the Commission to demand production of business documents including written communication with the lawyer in so far as it has a bearing on the issue in question. However, it held that certain communications between lawyer and client are protected from scrutiny, namely if the communication

- is made for the purpose and in the interest of the client's right to defense, and
- emanates from an independent lawyer, thus a lawyer who is not bound to the client by a relationship of employment.[10]

The CoJ based these requirements on the "*conception of a lawyer's role as collaborating in the administration of justice by the courts and as being required to provide, in full independence, and in the overriding interests of that cause, such legal assistance as the client needs.*"[11]

The CoJ further detailed the scope of protection: LPP encompasses all written communication that is exchanged after the Commission has initiated the administrative procedure – pro-

---

2 *Fournier*, Fordham J.Int'l Law, Vol. 28, Book 4 (2005), downloadable at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=635963, p. 36.

3 *Fournier* (footnote 2), p. 4. If a privileged communication is disclosed against the will of the client, it is inadmissible as evidence in the proceedings, *idem* p. 9. See also CoJ, case 155/79 - *AM&S*, ECR 1982, 1575, paras 18 and 23; GC, case T-125/03 – *Akzo/Akcros*, ECR 2007, II-3523, para 77: "*every person must be able, without constraint, to consult a lawyer whose profession entails the giving of independent legal advice to all those in need of it*." AG Kokott, opinion of 29 April 2010 in case C-550/07 – *Akzo/Akcros*, not yet reported, para 47 expressly held that protection of legal professional privilege has the status of a general legal principle in the nature of a fundamental right, referring to this principle in all 27 Member States.

4 The former European Court of Justice (ECJ) is called Court of Justice (CoJ) since the coming into force of the Lisbon Treaty on 1 December 2009.

5 See Lord Philips in *Re McE* [2009] UKHL 15: "*The rationale underlying LPP is the fundamental requirement that a man should not be inhibited in speaking freely and frankly to his lawyer by concern that what he says may subsequently be disclosed to his prejudice*."

6 *R v Central Criminal Court Ex p. Francis and Francis* [1989] 1 QA.C. 346. See also *Kübler/Pautke*, BB 2007, 390, 392.

7 *Kübler/Pautke*, BB 2007, 390, 392.

8 *Meyer-Gossner*, Strafprozessordnung[49], 2006, § 53 para 1.

9 The CoJ deduced LPP from the common criteria in the laws of the Member States regarding confidentiality of written correspondence between lawyer and client, CoJ, *AM&S* (footnote 3), paras 18, 21.

10 CoJ, *AM&S*, (footnote 3) para 21, defining „independence" negatively „*not bound to the client by a relationship of employment*". See *Fournier* (footnote 2) p. 45 who deduces therefrom that the court did not consider bar membership alone enough to guarantee the appropriate level of independence. This protection applies to any lawyer entitled to practice in any one of the Member States, para 25. Therefore, there is a common understanding of the profession of independent lawyer in the EU, which has allowed mutual trust in the level of national regulation to develop. However, these common rules and mutual recognition do not exist in the case of in-house lawyers, see *Fournier* (footnote 2), p. 47. Similarly, in case C-550/07, *Akzo/Akcros*, AG Kokott rejected the argument that third-country lawyers should be included in the scope of LPP because there is no adequate basis for mutual recognition of legal qualifications and professional obligations, (footnote 3) paras 189/190.

11 CoJ, *AM&S* (footnote 3), para 24. This requirement of "full independence" is also reflected in the Community legal order by Art. 19 of the Statute of the Court of Justice, see GC, case T-357/05 – *Comunidad Autónoma de Valencia*, ECR 2006, II-2015 paras 8/9. The CoJ however in *AM&S idem* left open the door for the later *Akzo* ruling by continuing: "*the counterpart of that protection lies in the rules of professional ethics and discipline which are laid down and enforced in the general interest by institutions endowed with the requisite powers for that purpose*".

vided it is made for the purpose and in the interest of the client's right to defense.[12] LPP even includes communications made before the initiation of proceedings, if they relate to the subject-matter of the procedure, and thus concern the probability of a procedure.[13] As all written communication is protected, LPP also applies to documents in the custody of the undertaking.

However, the CoJ held that communication with in-house lawyers was not protected by LPP. In doing so, the court decided against the opinion of Advocate General Lord Gordon Slynn,[14] who had proposed the inclusion of in-house lawyers into the scope of LPP. His opinion followed the example of the UK, where in-house lawyers are protected if they are "*professionally qualified and subject to professional discipline*".[15]

II. Hilti

In *Hilti*, the CoJ extended the scope of protection of LPP: Notes internal to the undertaking are also protected, but only if they are confined to reporting the content of advice received from the external lawyer.[16] If it were not possible to distribute the legal advice within the undertaking to inform the relevant personnel, the principle of protection of lawyer-client communication would be frustrated.

III. Akzo/Akcros

1. The General Court's ruling in *Akzo/Akcros*

a) Background of the case

The *Akzo/Akcros* case, until recently a seemingly never-ending story on LPP, drew to a close in September 2010 with the CoJ's final ruling.[17] Through the years, the case has contributed to three different questions: First, whether preparatory documents are included in the scope of LPP; second, how LPP can be protected in practice during a dawn-raid;[18] and third, whether the communication with in-house counsel is also protected under LPP. The case therefore merits to shed some light on its background.

The *Akzo* saga dates back to a Commission investigation into the plastic additives market in the UK in 2003. The Commission conducted a search at *Akzo* and *Akcros*'s premises in February 2003. The documents seized included documents *Akzo*'s representatives considered confidential as lawyer-client communication. A lengthy discussion ensued, and finally the Commission, after briefly examining the documents, decided on the following actions: On the one hand they preliminarily sealed certain preparatory documents for obtaining outside legal advice and took them away pending a decision on their protection under LPP. On the other hand, the Commission decided not to consider as confidential two e-mail exchanges between the *Akcros*' general manager and *Akzo*'s competition law coordinator. This competition law coordinator was employed by *Akzo*, but was also a member of the Netherlands bar. Accordingly, the Commission included these exchanges in its case file, thus making it part of the evidence against *Akzo* and *Akcros*.

Akzo and *Akcros* lodged an action for annulment against the ensuing Commission decision to refuse granting LPP to these documents and applied for interim relief.

The General Court ("GC") handed down a judgment in September 2007.[19] It recalled the importance of confidentiality of written communication between lawyer and client as essential corollary to the effective exercise of the right of the defense.[20]

b) Extending the protection of preparatory documents

The court further extended the scope of protection of LPP by including documents prepared in order to seek legal advice.[21] It held that a lawyer needs to understand the context, nature and scope of the facts of the case to be able to provide effective assistance. Thus, preparatory documents are also privileged if they are drawn up exclusively for the purpose of seeking legal advice. While it is of no regard whether a document in the end is exchanged with the lawyer, conversely, the mere fact that a document has been discussed with a lawyer is not enough to give it such protection.[22] As an exception to the Commission's power of investigation, the scope of protection for preparatory documents must be construed restrictively. Therefore it is up to the undertaking to prove that the

---

[12] A new Pandora's box has been opened with Commission decision of 23 July 2010 in case No COMP/E-1/39.612 – *Perindopril (Servier)*, C(2010)5044final, with the question what „the client's right to defense" includes. In its decision, the Commission did not extend LPP to a letter which the lawyer of the opposing party in a patent dispute sent to Servier's external lawyer, threatening to file an antitrust complaint against the firm if it did not settle the running dispute. Servier's external lawyer later forwarded this letter to his client, where the Commission found it during its inspection. The Commission rejected LPP on the grounds that the letter did not emanate from Servier's own external lawyer, but from the external lawyer of the opposing party and could thus not be deemed to be made for the purpose and in the interest of Servier's right to defense. The Commission thereby leaves aside the fact that Servier's external lawyer forwarded the opposing party's letter to his client, and that this already constitutes a communication between lawyer and client according to the CoJ case law. Thus, the Commission's rather formalistic approach negates that safeguarding the client's right of defense not only encompasses giving legal advice, but also keeping the client informed on what is happening in his case to be then able to discuss appropriate measures with him.

[13] Therefore, also an external lawyer's opinion on competition law compatibility or on the need to file a merger as well as a prognosis on a prospective fine would fall under this pre-investigatory stage, see *Pfromm/Hentschel*, EWS 2005, 350, 351; *Kapp*, WuW 2003, 142, 143; *Kapp/Schröder*, WuW 2002, 555; *Gronemeyer/Sobodenjuk*, EWS 2010, 308, 310.

[14] Opinion of AG Gordon Slynn in case 155/79 – *AM&S*, ECR 1642, 1655. He based his argument on the fact that a lawyer in private practice may act for long periods of time for only one client and is still protected by LPP; this protection should therefore extend to an employed lawyer who is also serving one client – his employer – for a long period of time.

[15] Despite seemingly restrictive concerning in-house lawyers, the CoJ's *AM&S* judgment went far beyond the standard of protection of lawyer-client communication in most of the – then nine – Member States: First by protecting not only documents in the possession of the lawyer, but also the client, and second by including communications made before the initiation of proceedings, see *Fournier* (footnote 2) p. 69.

[16] GC, case T-30/89 – *Hilti*, ECR 1990, II-163, para 18.

[17] CoJ, case C-550/07 P – *Akzo/Akcros*, judgment of 14 September 2010, not yet reported.

[18] In this respect, the judgment makes it unequivocally clear that the undertaking concerned has an interest in bringing proceedings as long as the Commission has copies of the documents the undertaking considers as privileged; an infringement of LPP is not made good by not relying on those documents for the fining decision, see CoJ – *Akzo/Akcros* (footnote 17) para 25; more elaborate AG Kokott, opinion in *Akzo/Akcros*, (footnote 3), para 41. For more information on the procedure to be followed during a dawn-raid if the Commission wants to seize documents which the undertaking considers confidential, see *Weiß*, EuR 2008, 546 – 557.

[19] GC, case T-125/03 – *Akzo/Akcros*, ECR 2007, II-3523. For an overview see *Seitz*, EuZW 2008, 204- 208.

[20] GC, *Akzo/Akcros* (footnote 19) para 120.

[21] For a quick and complete overview see *Weiß*, EuR 2008, 546, 551/552.

[22] GC, *Akzo/Akcros* (footnote 19) para 123.

document was drawn up with the sole aim of seeking legal advice. The content of the documents or the context in which they were prepared must make it unambiguously clear that they were drawn up for that purpose.[23]

c) No LPP for in-house counsel

In-house counsel had some reason to hope for a better outcome through *Akzo*,[24] since the president of the GC had pronounced himself in October 2003 on the interim relief application.[25] He *i.a.* discussed the issue of communication with in-house counsel. In line with earlier case law, he held that communication with an in-house lawyer is not privileged, but acknowledged that the legal orders of the Member States might have developed since 1982. This might warrant inclusion into European LPP of written communication with a lawyer employed by the undertaking.[26]

The GC, however, refused to grant privilege to communication with in-house counsel, referring to the seminal judgment in *AM&S*, and considered no need to depart.[27]

2. The Court of Justice's *Akzo* decision: communication with in-house lawyers not protected under EU law

After Advocate General Kokott had followed the same course of action in her opinion in April 2010[28] and recommended that the CoJ dismiss the appeal, the CoJ acquiesced. On 14 September 2010, it finally handed down the long-awaited *Akzo* judgment: It maintained the requirement that the lawyer be independent from the undertaking under investigation to have his communication with the client privileged. The CoJ refused on the one hand to construe the concept of "independence" differently from the 1982 *AM&S* ruling, and, on the other hand, refused to extend the scope of protection of European LPP.

The court refuted the appellants' different arguments, following the path AG Kokott had prepared.

a) Application of AM&S – does "independent" need to be construed differently?

The court stressed the role of the lawyer as collaborating in the administration of justice. This role requires full independence, meaning the absence of any employment relationship.

It upheld the *AM&S* ruling:

- Despite – positive – professional ethical obligations as member of a bar and far-reaching employer guarantees to safeguard this independence,[29] an employed lawyer cannot ignore the commercial strategies of his employer. He is also economically dependent on his employer and thus does not enjoy the same degree of independence as does an external lawyer in relation to his client.
- As in-house lawyers are in a fundamentally different position than external lawyers, the refusal to grant privilege to in-house communication does not qualify as unequal treatment.[30]

b) The need to extend the scope of LPP

The court also refused to extend the scope of LPP to include in-house lawyers:

- The court refused to extend the scope of protection of European LPP as it cannot discern a predominant trend towards protection of in-house communication in the legal systems of the Member States.[31]
- While the court acknowledged the difficulty of self-assessment under the new Council Regulation 1/2003, this alone does not warrant a change in the scope of privilege rules, as Reg. 1/2003 only deals with an extension of the Commission's power of investigation.[32]
- The court did not follow *Akzo*'s arguments as to the violation of fundamental rights: the **right of the defense** is not violated, as anyone seeking advice from a lawyer must respect the restrictions and conditions applicable.[33] Accordingly, in-house lawyers in most Member States cannot represent their employer before court.[34] Similarly, the court held that **legal certainty** is not endangered as the undertaking during an investigation will know whether the search is conducted under national or EU law and will thus be able to determine the defense position best suiting its interests. The court therefore did not see a requirement to apply identical criteria in European and national proceedings.[35]

---

23 GC, *Akzo/Akcros* (footnote 19) para 124.

24 Countless authors have made the case for inclusion of in-house-counsel in LPP, with the following main arguments: First, any other decision puts all in-house counsel under suspicion of failing to provide independent legal advice, *Seitz*, EuZW 2008, 204, 208. Second, there might not be much difference between an in-house counsel and an external counsel who is relying on one client to keep his business going, see already AG Slynn, *AM&S*, (footnote 14) p. 1655; *Wohlmann*, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) 2008, 293, 294. Third, seeing in-house counsels' role in only providing training in the framework of a compliance culture is not adequate to their role, which also encompasses identifying areas with risk of competition law infringement. For this, information from commercial departments needs to flow – and this is easier with a legal department commercial employees know well instead of with an external lawyer. See most recently *Seitz*, EuZW 2010, 524, 526; *Wohlmann*, GPR 2008, 293, 295 and *Buntscheck*, WuW 2007, 229, 233.

25 GC, order of the president in case T-125/03 R and T-253/03 R – *Akzo/Akcros*, ECR 2003, II-4771.

26 GC, order in *Akzo/Akcros* (footnote 25), paras 119-130.

27 GC, *Akzo/Akcros*, (footnote 19), para 170 ssq.

28 AG Kokott, *Akzo/Akcros*, (footnote 3). For a quick overview on the opinion see *Seitz*, EuZW 2010, 524 and *Sorinas/Jorns*, Competition Law Insight (CLI), 1 June 2010, 3.

29 Even the far reaching guarantees in Dutch law did not convince the court. Dutch law explicitly exempts enrolled in-house lawyers from instructions by their employer in the context of the provision of legal advice, and prohibits disciplinary measures towards the in-house lawyer in case of differences of opinion, see *Sorinas/Jorns*, CLI, 1 June 2010, 3, 4.

30 According to AG Kokott in *Akzo/Akros* (footnote 3) para 83, followed by the CoJ – *Akzo/Akcros* (footnote 17) para 57, the fact that national legislature accords the same treatment in law to external and enrolled in-house lawyers, does not eliminate the difference between the two: the legislative framework does not alter the economic dependence of the in-house lawyer and his personal identification with his employer.

31 CoJ – *Akzo/Acros* (footnote 17) paras 71-74.For an overview on LPP for in-house counsel in the Member States see AG Kokott, *Akzo/Akcros* (footnote 3) para 103.

32 For AG Kokott, *Akzo/Akcros* (footnote 3) para 118, the closeness of the in-house lawyer to his employer proves a "*double-edged sword*", as exactly that special proximity calls into question his independence, lacking the necessary distance from his employer. On the extension of the Commission's power of investigation, the GC, *Akzo/Akcros* (footnote 19) para 173 had also argued that "*such exercises of self-assessment and strategy definition may be conducted by an outside lawyer in full cooperation with the relevant departments of the undertaking, including its internal legal department*."

33 CoJ, *Akzo/Akcros* (footnote 17) paras 95/96.

34 See in European law GC, *Comunidád Autónoma de Valencia*, (footnote 11), para 8-9; in German law BGH, BB 1999, 978, 980.

35 CoJ, *Akzo/Acros* (footnote 17) paras 104/105.

- Finally, the court did not agree that the question of privilege is a question of national procedural autonomy. In *Akzo*, the Commission based its decision on a European legal act[36] that is part of a comprehensive European competition law system and thus does not refer back to national law.[37] Relying on national notions of LPP would endanger the unity of European Union law: The scope of investigatory powers of the Commission may not depend on the place of inspection with its specific privilege rules.

3. Reactions

Strong reactions to the judgment ensued, especially from the side of English-speaking bar associations.[38] They consider that the only hope for change lies in legislative proposals for a harmonized European approach[39] - and potentially in the fact that the European Court of Human Rights ("ECHR") in Strasbourg gets a say. However, this will only happen after the EU joins the European Convention on Human Rights.[40] As yet, the ECHR has not pronounced itself on the protection of in-house counsel;[41] therefore, help from that side is uncertain.

After all, as some commentators rightly observed, the CJ's *Akzo* judgment has not brought about a major change in the interpretation of the law on protection of in-house counsel. Their communication with their employer has not been privileged the last few decades, and will not be privileged in the foreseeable future. As disappointing as this might be for various interest groups, in essence, the song remains the same as in the last 20 years.[42]

C. The principle of legal professional privilege in German law

I. The scope of LPP in Germany

Not all Member States provide as broad a protection as the UK. In Germany, the scope of LPP is smaller even than in EU law.[43] Following the right of professional secrecy according to § 53(1) no. 3 Strafprozessordnung (StPO), all written documents from the client to the lawyer and *vice versa* are barred from seizure, as long as they are in the custody of the lawyer,[44] § 97(1) no. 1, (2) StPO.

However, documents in the custody of the client are only protected under very narrow circumstances, namely if proceedings have already been initiated and lawyer and client have established a defense relationship, § 148(1) StPO. A defense relationship is only deemed to exist if official proceedings have been initiated, client and lawyer have become aware of this, and the lawyer has been mandated for the defense.[45] Thus, any pre-investigation communication with an external lawyer can be seized at the undertaking's premises, even if it concerns the subject of the later investigation.[46]

In recent years, some courts have tried to extend the scope of the privilege. The AG Bonn argued in 2001 that German LPP should encompass confidential documents in the custody of the client drawn up for a future defense.[47] Otherwise, the confidential lawyer-client relationship would be endangered.[48]

The LG Bonn overturned this decision in 2002, relying on the purpose of § 97 StPO which supposedly only protects the lawyer's right to refuse to disclose evidence, but does not protect the client.[49] Contrary to the Bundeskartellamt, who had refused to apply European LPP, the LG Bonn held that it could in principle apply it;[50] however, it considered that the connection with the "subject-matter of the procedure" was not fulfilled: it stressed the "procedure" part of the CoJ phrase[51] instead of the "subject-matter" part as many legal commentators.[52] As the lawyer-client correspondence was not linked to the BKartA proceeding but a parallel procedure be-

---

36 Regulation No 17 First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, OJ 013 of 21.02.1962, p. 204 – 211, Art. 14 III. Since 1 May 2004, Regulation (EC) No 1/2003 (footnote 1) replaces Regulation No 17.

37 CoJ, *Akzo/Acros* (footnote 17) para 114.

38 See the statement of the president of the American Bar Association of 16 September 2010, http://www.abanow.org/2010/09/court-decision-damages-attorney-client-privilege-says-zack/; Heine, LegalWeek of 14.9.2010, see http://www.legalweek.com/legal-week/news/1732957/europes-court-rejects-house-privilege . See also as reaction to AG Kokott's opinion *Seitz*, EuZW 2010, 524, 526; *Michael Peel*, Financial Times of 4 May 2010, EU Competition news: Legal Professional Privilege: In-house lawyers fear EU strictures.

39 This does not seem a very promising option, as the EP had proposed amendments to protect communication with in-house lawyers during the legislative procedure of Regulation 1/2003 and 139/2004-to-be, but the amendment had been rejected: on Regulation 1/2003 see EP, Evans-report of 21 June 2001, document A5-0229/2001, amendment 10, where the Parliament as a whole did not support the amendment of its Committee, and on regulation 139/2004 EP, Della Vedova-report of 9 July 2003, document A5-0257/2003, amendment 5, which was approved by Parliament but rejected by the Council.

40 Since the coming into force of the Treaty of Lisbon, Art. 6 II TEU provides for this possibility, and the Commission on 17 March 2010 proposed negotiation directives for the Union's accession to the European Convention on Human Rights (ECHR). Official talks on the EU's accession to the ECHR started on 7 July 2010.

41 AG Kokott, *Akzo/Akcros* (footnote 3) para 141; *Weiß*, EuR 2008, 546, 555.

42 *Boylan/Woodd-Walker*, CLI, 19 October 2010, 3; *Lumsden*, Mlex of 14 September 2010, who rightly observes that it is now up to the legal department to put in place the appropriate protocols and channels to allow for protected communication between the commercial and the legal department. Tip-offs about illegal behavior could e.g. only be allowed orally, and any subsequent written communication would have to be properly addressed to external counsel with a request for legal advice.

43 For an elaborate but concise overview see *Buntscheck*, WuW 2007, 229, 233-237.

44 Lawyers are only protected if they are admitted to a German bar according to § 12 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), or, in case of lawyers from other EU Member States, the EEA or Switzerland, if they are admitted as European lawyers under § 2 ssq Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG). Non-European lawyers have to be admitted to any European bar as a precondition to claim protection, *Meyer-Gossner*, (footnote 8), § 53 para 15. A document from a lawyer not admitted to a German bar can only be privileged if a lawyer admitted to a German bar has redrafted and sent it to the client, *Kübler/Pautke*, BB 2007, 390, 393.

45 LG Bonn, WuW 2006, 1037, 1039.

46 See *Pfromm/Hentschel*, EWS 2005, 350, 352.

47 The AG Bonn thus relied on the principles on European LPP in fact but not explicitly, see *Kapp*, WuW 2003, 142, 143.

48 AG Bonn, order from 14.11.2001 – 50 Gs 948/01b2, downloadable under http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe2/index.php

49 LG Bonn, WuW 2002, 869, 870. Thus, the undertaking can neither renounce this protection, nor sue the lawyer if he decides to reveal confidential information despite his right to refuse to give evidence, see *Meyer/Gossner* (footnote 8), § 97 para 26.

50 *Pfromm/Hentschel*, EWS 2005, 350, 353.

51 CoJ, *AM&S*, (footnote 3) para 23: „*It must also be possible to extend [the protection of confidentiality of written communication between lawyer and client] to earlier written communications which have a relationship to the subject-matter of that procedure.*"

52 See *i.a. Burrichter*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 2[4], 2007, Vorbemerkungen zu Art. 17-22 VO 1/2003, paras 59-61; *Kapp/Roth*, RIW 2003, 946-949 and *Kapp*, WuW 2003, 142, 145 on the definition of „relationship"; *Meyer/Kuhn*, WuW 2004, 880, 886.

fore the administrative courts (even if on the same factual issues), it refused to apply the *AM&S* ruling.[53]

In 2004, the LG Frankfurt/Main made a new attempt, relying on Art. 6(3) ECHR to protect a strategy paper drawn up before the criminal proceedings were started. It argued that both the preliminary investigation and the following criminal proceedings – if the preliminary investigation yields a concrete suspicion of criminal behavior – were based on the same facts. If the strategy paper, the basis of defense also for the later criminal proceeding, were not protected during the preliminary investigation, this would render protection in a later phase nugatory.[54]

However, the LG Bonn in 2005 gave a more restrictive ruling, refusing to apply European law and relying exclusively on the restrictive German rules.[55] It held that the right to refuse to give evidence serves to protect the relationship of confidentiality during the defense of the client but does not cover the completely different issue of providing legal advice geared at preventing competition law infringements.[56] It did not qualify European LPP as a European fundamental right and therefore did not consider it in the case at hand.[57] It also refuted allegations of unequal treatment as it compared the situation of the defendant to other undertakings in Germany who were also subject to a BKartA investigation, but not to undertakings investigated by the Commission.[58]

The protection of LPP in German therefore remains very limited and, furthermore, is interpreted differently between several lower courts.

II. Protection of in-house lawyers in Germany

The protection is even more limited when it comes to in-house counsel. Regarding in-house communication between the employed lawyer and his employer, on which the law itself does not have clear rules, German court rulings paint a disparate picture.[59] The LG Bonn held in 2005 that an in-house lawyer does not act with the necessary independence in his employment relationship to collaborate independently in the administration of justice, and therefore his communication with his employer does not fall under the German LPP. Conversely, he can claim protection only if acting as "outside lawyer" for third parties.[60]

In 2006, the LG Berlin developed a different approach: it considered whether a special relationship of mutual trust had developed between the in-house counsel and his employer. As an undertaking has to be free to seek outside or internal legal advice, the undertaking has to prove actual instruction of the in-house counsel for that specific case in order to claim privilege for related legal advice documents.[61] The condition of actual instruction for specific cases will not be deemed fulfilled if in-house counsel – as is usual in Germany – typically act as legal clerks, dealing with any matter coming on their desk.[62]

Accordingly, the ruling of the BGH of 1999 still shapes the picture of in-house counsel in Germany. It examined § 46(2) BRAO and held that permanent employment runs counter to lawyerly independence. Therefore, a lawyer can only act as a lawyer in cases he has not yet dealt with in his function as in-house counsel for his employer.[63]

As a consequence of this unclear legal situation, prudent companies should contract external legal counsel as quickly as possible if they suspect competition law infringements. The documents the legal department exchanges with the external counsel before the official investigation is started should also not be stored in the undertaking, where they are open to seizure by the BKartA, but should be kept in the custody of the external lawyer. The latter could e.g. set up an extranet on his server, on which both parties can upload and keep documents – safe from the reach of the Bundeskartellamt.[64]

D. Still not settled: the case of legal uncertainty

Different protection standards arbitrarily produce different results: one and the same document from the pre-investigative stage might be protected at a Commission investigation while a national competition authority would seize it (such as in Germany). Conversely, the Commission might seize a document emanating from in-house counsel that would be protected if the Dutch or UK competition authority did the dawn raid.[65] In both cases a company will never know which agency will later take up the investigation. How then should the company decide which letters to which counsel to send, or not?

Neither AG Kokott's opinion nor the GC's recent judgment tackles this problem. At the moment of the investigation, companies know well which protection standard they can expect.[66] But they are faced with the question beforehand. They wonder whether preparing a leniency application is a good course of action – this might not be the case if later the BKartA seizes all these preparatory documents during an investigation,[67] but might result in savings in the realm of millions of Euros if the Commission takes up the case. Accordingly, there is a high level of legal uncertainty for undertakings trying to plan their strategy.

I. The Dutch case of better national protection standards

In the Netherlands, one and the same document exchanged with in-house counsel can be protected if the Dutch competition authority takes up the case, but not if the Commission does. Companies can therefore never be sure whether the employment of an in-house counsel will backfire on them later. They are accordingly not able to discuss relevant compliance issues with their legal department any more, but, to prevent any risks, have to resort to outside legal advice once

---

53 *Meyer/Kuhn*, WuW 2004, 880, 885/886.

54 LG Frankfurt/Main, StraFo 2004, 239.

55 LG Bonn, WuW 2006, 1037-1046.

56 LG Bonn, WuW 2006, 1037, 1040.

57 LG Bonn, WuW 2006, 1037, 1043.

58 LG Bonn, WuW 2006, 1037, 1043.

59 See LG Berlin, wistra 2006, 158 para 8; *Buntscheck*, WuW 2007, 229, 237/238; *Gronemeyer/Slobodenjuk*, EWS 2010, 308, 311.

60 LG Bonn, WuW 2006, 1037, 1043; LG Frankfurt/Main, WM Nr.1/1995, 47, 48. See also *Fournier* (footnote 2) p. 76.

61 LG Berlin, wistra 2006, 158 para 15/16.

62 LG Berlin, wistra 2006, 158 para 15/16.

63 BGH, BB 1999, 978, 980.

64 *Kübler/Pautke*, BB 2007, 390, 393.

65 *Sorinas/Jorns*, CLI, 1 June 2010, 3,4; *Forelle*, Wall Street Journal Europe (WSJe) 19.4.2010.

66 This is in essence the reasoning of the CoJ, *Akzo/Akcros* (footnote 17) para 104 and AG Kokott, *Akzo/Akcros* (footnote 3) para 127, 128 on legal certainty.

67 Using this example *Gronemeyer/Slobodenjuk*, EWS 2010, 308, 313.

they discern a risk of competition law infringements in their undertaking. This happens despite the fact that national law protects communication with in-house counsel. The European law thus in fact precludes more favorable national provisions.

AG Kokott in her opinion in the *Akzo* case discussed three possible paths to remedy this situation.

For one, it is clear that the scope of national protection cannot be extended to the European level on a case-by-case basis as the uniform interpretation of EU law precludes such a step.[68]

Further, she considers EU and national law as two different spheres of competence that are not related. Thus, European LPP applies only within the scope of application of EU law and national LPP cannot encroach upon the European sphere.[69] This is no solution to the problem at hand as it merely reiterates a legal reasoning for a dissatisfactory state of affairs.

Finally, one can agree with AG Kokott that there is no solution in this kind of case that the European courts could provide. For the time being, there are discrepancies in the protection of in-house lawyers and only a harmonisation on European level could remedy the situation. This applies in all cases of better national protection. For such a harmonisation, only the European legislature is competent.[70]

Therefore, for the time being, companies in countries with better national LPP protection are best advised to prepare for the lower level of protection of European law to avoid negative surprises if the Commission officials come knocking.

II. The German case of lesser national protection

As has been shown above, German LPP has a narrower scope: Documents in the custody of the undertaking are not protected if stemming from pre-investigation communication with an external lawyer. If a purely national competition law system still existed, this would pose no problem. In many substantive areas which are not harmonized EU-wide, national solutions exist which, in one country, might be not as beneficial as in the neighboring country.

However, competition law is a multilevel system nowadays, where Commission and national competition authorities share responsibilities and both apply the European rules against cartels and abuse of dominance, Artt. 101/102 TFEU. Often, it is completely arbitrary whether the national authority or the Commission opens a proceeding.

Making the level of legal protection of lawyer-client communication dependent on this arbitrary incidence generates fourfold problems:

- First, it entails the danger of a "race to the bottom": if undertakings want to be sure that their communication with an external lawyer is protected, they have to adhere to the lower level of German LPP, even if later the Commission investigates the case. This renders the wider scope of European LPP nugatory as companies cannot rely on it.[71]
- Second, there is also a danger of by-passing Union protection standards if the investigating BKartA later passes on to the Commission information it obtained under the narrower German LPP rules under Art. 12(1) Reg. 1/2003.[72]
- Third, the restrictive scope of protection for pre-investigative communications works to the disadvantage of cautious and forward-looking undertakings who employ outside legal advice to detect cartel infringements early and to prevent future occurrences.[73]
- Finally, it is paradoxical that undertakings restricting their behavior to the German market with its lower level of LPP are at a disadvantage to those who expand their wrongdoing to the whole of the European market and can reckon that the Commission will take up the case.[74]

We have to differentiate two cases here: one where the Commission is involved in the investigation and one where the BKartA is investigating on its own.

1. Commission involvement in the investigation

If the Commission investigates the undertaking's premises on its own, it naturally remains responsible for conducting the search and accordingly applies the European LPP.

If the Commission searches the premises of a German undertaking with the assistance of the BKartA[75], national procedural rules apply.[76] However, the CoJ has made it clear in the *Hoechst* judgment[77] that Member States, while applying national procedural law, have to respect the general principles of Union law. These contain *i.a.* fundamental rights such as the rights of the defense, including the right to legal representation and the privileged nature of correspondence between lawyer and client, applying as from the preliminary inquiry stage.[78] The BKartA thus has to apply the standards of European LPP, even if applying its national procedural law.[79]

2. The BKartA investigates on its own

If, however, the BKartA investigates a case on its own accord, either under Artt. 101/102 TFEU or based on national law (GWB), it applies German procedural law with its more restrictive scope of LPP.

a) Decision based on Artt. 101/102 TFEU

The BKartA will usually apply Artt. 101/102 TFEU in parallel with the GWB provisions to an anticompetitive behavior,

---

68 See above B.III. 2. b) and see AG Kokott, *Akzo/Akcros* (footnote 3) para 133.

69 See AG Kokott, *Akzo/Akcros* (footnote 3) para 133, footnote 108.

70 See AG Kokott, *Akzo/Akcros* (footnote 3) para 134.

71 *Kapp/Schröder*, WuW 2002, 555, 557.

72 *Pfromm/Hentschel*, EWS 2005, 350, 354/355; *Kapp/Schröder*, WuW 2002, 555, 562.

73 *Kapp/Schröder*, WuW 2002, 555- 566, footnote 58; *Pfromm/Hentschel*, EWS 2005, 350, 356.

74 *Kapp/Schröder*, WuW 2002, 555, 564.

75 Art. 20 (5) Regulation (EC) No 1/2003, (footnote 1), p. 15.

76 *Kapp/Schröder*, WuW 2002, 555, footnote 22 and 23.

77 CoJ, joined cases 46/87 and 227/88 - *Hoechst*, ECR 1989, 2859 paras 12, 16, 33.

78 CoJ, *Hoechst* (footnote 77) para 16. This should apply *mutatis mutandis* for Art. 22 (2) Reg. 1/2003 cases, where national competition authorities undertake investigations for the Commission at its request, see *Buntscheck*, WuW 2007, 229, 240; *Gronemeyer/Slobodenjuk*, EWS 2010, 308, 314.

79 Likewise *Pfromm/Hentschel*, EWS 2005, 350, 352; *Gronemeyer/Slobodenjuk*, EWS 2010, 308, 314. AG Kokott, *Akzo/Akcros* (footnote 3) para 172 and the CoJ, *Akzo/Akcros* (footnote 17) para 119 are dissenting on the reasoning to achieve the application of European LPP: national procedural law is only applicable in so far as the Member State authorities lend their assistance e.g. by the use of direct coercion; the decision which business records to investigate or to spare rests with the Commission. Similarly *Kapp/Schröder*, WuW 2002, 555, footnote 24.

except if there is no cross-border element apparent.[80] When applying Artt. 101/102 TFEU, the BKartA fulfills its duty deriving from Art. 3 I Reg. 1/2003 and is thus implementing Union law.[81] In principle, the national competition authorities apply national procedural law even if the material law is European. However, the COJ has since long ruled that national rules that fall within the scope of Union law, meaning that they implement Union law,[82] have to respect the fundamental rights of Union law.[83] The BKartA therefore, when applying Artt. 101/102 TFEU with the help of national procedural rules, has to respect European LPP, being a fundamental right of Union law.[84]

b) Decision based on GWB

If the case entails no cross-border aspects at all, the BKartA applies purely national law.

Thus, it applies national procedural law as well – except that arbitrariness comes into play again: it is not uncommon that a case is opened based on national rules and later expanded to include Artt. 101/102 TFEU. However, the undertaking's procedural rights cannot be dictated by the arbitrary incidence whether a procedure was opened under national or directly under EU law.[85]

Even more relevant is the fact that this BKartA approach negates the protection scope of European LPP for German undertakings as they can never be sure who will take up the case, and if it is the BKartA, on which legal basis.[86] In a multi-level competition law system which is so intertwined that "anything goes"[87], the legalistic BKartA approach to only rely on German LPP breaches the European law principle of effectiveness as developed in the *Courage/Crehan* case:[88]

> *"In the absence of Community rules governing the matter, it is for the domestic legal system of each Member State to apply their procedural rules, provided that such rules are not less favorable than those governing similar domestic actions (principle of equivalence) and that they do not render practically impossible or excessively difficult the exercise of rights conferred by Community law (principle of effectiveness)."*

The restrictive BKartA approach makes it in fact impossible for German undertakings to ever rely on European LPP as they will never know who will investigate their case on which legal basis. Thus, even if the Commission later takes up the case, the undertaking could not communicate with its lawyer properly in the pre-investigative stage according to the protection standard of European law.

It remains to be seen whether the Commission recognizes these infringements of Union fundamental rights through the BKartA practice of sticking with the German notion of LPP. The Commission could become active here to prevent further infringements of EU law, e.g. by starting an infringement proceeding against Germany. In this sense, European LPP would serve as a minimum standard of protection. National competition authorities could grant better protection for purely national cases (although this proves difficult, as the broader Dutch protection of in-house lawyers exemplifies), but cannot fall behind the European standard, even in purely national cases.[89]

E. Conclusion

The hitherto disputed issue of protection of communication with in-house lawyers has been settled since the *Akzo* ruling. As the further-reaching Dutch protection of in-house lawyers exemplifies, for the time being, undertakings in countries with better national LPP protection are best advised to adhere to the stricter European standard as it takes precedence over national law. Things could only change if LPP in the EU were harmonized.

However, one battlefield of European legal professional privilege remains, namely the problem of narrower national LPP. In countries such as in Germany, it is up to the Commission to guarantee that the scope of European LPP is not eroded, namely by making sure that the *Hoechst* and *ERT* rulings are adhered to.

European legal professional privilege – a downgrading for Dutch companies and an upgrading for German companies?

It is up to the Commission to decide! ■

---

80 Art. 3 (1) Regulation (EC) No 1/2003 (footnote 1), p. 8.

81 *Buntscheck*, WuW 2007, 229, 240.

82 CoJ, case C-12/86 - *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, ECR 1987, 3719, para 28.

83 CoJ, case C-276/01- *Steffensen*, ECR 2003, I-3735, para 60, 71; CoJ, case C-260/89- *ERT*, ECR 1991, I-2925, para 42.

84 Recital (5) of Regulation 1/2003 (footnote 1), p. 2: [When ensuring the Community competition rules], "*this Regulation affects neither national rules on the standard of proof nor obligations of competition authorities and courts of the Member States to ascertain the relevant facts of a case, provided that such rules and obligations are compatible with general principles of Community law*." This also follows *a contrario* from CoJ, case C-60/92 - *Otto v Postbank*, ECR 1993, I-5683, para 17. See also *Pfromm/Hentschel*, EWS 2005, 350, 354; *Kapp/Schröder*, WuW 2002, 555 footnote 40; *Gronemeyer/Slobodenjuk*, EWS 2010, 308, 314 and *Buntscheck*, WuW 2007, 229, 239, who calls it a "*minimum fundamental right standard*". Dissenting *Meyer/Kuhn*, WuW 2004, 880, 888.

85 *Pfromm/Hentschel*, EWS 2005, 350, 355.

86 *Gronemeyer/Slobodenjuk*, EWS 2010, 308, 314; *Pfromm/Hentschel*, EWS 2005, 350, 355; *Kapp/Schröder*, WuW 2002, 555, 558.

87 In many cases different possibilities exist: The Commission takes up the cases on its own, or with the assistance of the national competition authority for the investigation. Or the national competition authority investigates based on European law plus national law, or it only applies national competition law.

88 CoJ, case C-453/99 - *Courage/Crehan*, ECR 2001, I-6297, para 29. See for this argument *Kapp/Schröder*, WuW 2002, 555 footnote 49.

89 Dissenting *Buntscheck*, WuW 2007, 229, 241, who only wants to oblige national competition authorities to apply European LPP if they apply European and national competition rules in parallel; in a case which is purely national, national LPP could continue to be applied.

Streitgespräch

Prof. Dr. Richard Giesen, Prof. Dr. Eva Kocher

Zukunft des Normalarbeitsverhältnisses
– Abschied oder Reform? –

Das Bucerius Law Journal veranstaltete am 24. Januar 2011 ein Streitgespräch zum Thema „Zukunft des Normalarbeitsverhältnisses". Es diskutierten Professor Dr. Eva Kocher von der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder) und Professor Dr. Richard Giesen von der Ludwig-Maximilians-Universität München. Die Veranstaltung wurde von der Kanzlei Morgan Lewis gesponsert.

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht an der Bucerius Law School, hielt zur Einstimmung auf die Diskussion einen Kurzvortrag, der im Folgenden dem Streitgespräch vorangestellt ist.

Das Thema des heutigen Streitgesprächs knüpft an die Diskussion in der arbeits- und sozialrechtlichen Abteilung des 68. Deutschen Juristentags im September des vergangenen Jahres in Berlin an, der das Thema zugrunde lag: „Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?" Das Gutachten hat *Raimund Waltermann* von der Universität Bonn erstattet.

Im Kern geht es bei diesem Thema um die auch gesellschaftspolitisch ganz wichtige Frage, mit welchem Modell der Arbeitsbeziehungen Deutschland vor dem Hintergrund einer alternden Gesellschaft und der Globalisierung in den nächsten Jahren und Jahrzehnten weiter wirtschaftlich erfolgreich sein kann. Ist es das Normalarbeitsverhältnis, also das unbefristete Vollzeitarbeitsverhältnis mit einem existenzsichernden Einkommen, das allenfalls mit wenigen Unterbrechungen und oft beim selben Arbeitgeber bis zum gesetzlichen Renteneintrittsalter dauert? Oder ist es das sogenannte atypische Beschäftigungsverhältnis in Form von Teilzeitarbeit (oft in Form geringfügiger Beschäftigung), von Leiharbeit, befristeter Beschäftigung oder sogenannter ertragsschwacher Beschäftigung im Niedriglohnbereich?

Das atypische Beschäftigungsverhältnis entspricht zwar dem Effizienz- und Flexibilisierungsbedürfnis vieler Arbeitgeber und hat dadurch vermutlich auch beschäftigungsfördernde Wirkungen. Es ist aber für die betroffenen Arbeitnehmer und für die Gesellschaft möglicherweise nur die zweitbeste Form der Arbeitsbeziehungen. Es bringt nämlich typischerweise weniger Ertrag – fast die Hälfte der atypisch Beschäftigten arbeitet im Niedriglohnbereich – , bietet weniger arbeits- und sozialrechtlichen Schutz und passt auch nicht zu unserem sozialen Sicherungssystem, dessen Funktionsfähigkeit die Tätigkeit in einem Normalarbeitsverhältnis voraussetzt.

Diese Weichenstellung greift das heutige Streitgespräch auf und fragt: „Zukunft des Normalarbeitsverhältnisses – Abschied oder Reform?" Auf den ersten Blick deutet vieles auf Abschied hin. Das Normalarbeitsverhältnis hat in den vergangenen zwanzig Jahren erheblich an Bedeutung verloren. In Deutschland ist heute mit steigender Tendenz schon etwa ein Drittel der Arbeitnehmer – überwiegend übrigens Frauen und Jüngere – in einem atypischen Beschäftigungsverhältnis tätig. In den vergangenen zwölf Jahren ist ihre Zahl um fast 50 Prozent gestiegen.

Hört man dagegen auf den Gutachter *Waltermann* und den DJT, ist der Abschied nicht zwingend. Beide plädieren für eine Reform derjenigen arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen, die in den vergangenen Jahren zur skizzierten Ausweitung atypischer Beschäftigungsverhältnisse geführt haben. Auf einige der diskutierten Punkte möchte ich beispielhaft hinweisen.

Ein erster Streitpunkt ist die Abgabenprivilegierung geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse – im europäischen Vergleich ohnehin ein Sonderweg. Sie ist – wie schon angedeutet – ein beträchtlicher Nachteil für die Sozialversicherung, deren Funktionieren davon abhängt, dass genügend Beitragszahler ausreichend Beiträge einzahlen. Die Abgabenprivilegierung passt dazu nicht. Sie verschiebt gegenwärtige Lasten auf den Steuerzahler in der Zukunft. Seltsamerweise sieht der Koalitionsvertrag trotzdem eine Ausweitung geringfügiger Beschäftigung vor. *Waltermann* regt dagegen an, über ihre Beseitigung nachzudenken. Der DJT empfiehlt sogar ihre komplette Aufgabe.

Ein zweites Problem und derzeit besonders heiß diskutiert ist die Leiharbeit. Seit den Hartz-Gesetzen von 2002 soll Leiharbeit beschäftigungsfördernd wirken. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz wurde deshalb liberalisiert. *Ein* Streitpunkt ist der sogenannte Gleichbehandlungsgrundsatz. Zwar haben Leiharbeitnehmer einen Anspruch darauf, zu gleichen Arbeitsbedingungen wie Stammarbeitnehmer beschäftigt zu werden. Davon kann aber durch Tarifvertrag, für dessen Geltung die arbeitsvertragliche Bezugnahme genügt, nach unten abgewichen werden. Das Einkommen von Leiharbeitnehmern liegt deshalb nicht nur beträchtlich unter demjenigen vergleichbarer „Normalarbeitnehmer". Die Abweichung nach unten, die durch den aktuellen Gesetzentwurf zur Änderung des AÜG nicht grundsätzlich in Frage gestellt wird, ist auch praktisch der Regelfall. *Waltermann* erwägt, die Möglichkeit der Abweichung durch arbeitsvertragliche Bezugnahme zu streichen. Im Übrigen müssten solche Tarifverträge wenigstens einen Mindestschutz bieten. Der DJT geht in seinen Beschlüssen deutlich darüber hinaus. Er plädiert für eine Streichung der gesetzlichen Öffnungsklausel. Ob das sinnvoll ist, kann man bezweifeln, da sich die Leiharbeit für den Verleiher dann nicht mehr rechnet. Ich persönlich sympathisiere deshalb mit dem Drei-Phasen-Modell von Richard Giesen, das er vielleicht selbst gleich noch vorstellen mag.

Eine ähnliche Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses ist bei der Befristung von Arbeitsverhältnissen

zu beobachten. Das Gesetz verlangt für die Befristung an sich einen sachlichen Grund. Praktisch weit verbreitet ist jedoch die sachgrundlose Befristung, die aber nur als Ausnahme gedacht ist, zum Beispiel in den ersten beiden Jahren nach Aufnahme der Beschäftigung und bei der Einstellung von Arbeitslosen, die das 52. Lebensjahr vollendet haben. *Waltermann* empfiehlt dem Gesetzgeber generell Zurückhaltung beim Absehen vom Sachgrund und regt konkret an, die sachgrundlose Befristung nach der Einstellung Arbeitsloser vom Alter abzukoppeln. Der DJT geht darüber wieder hinaus und möchte die sachgrundlose Befristung in diesen Fällen gar nicht mehr zuzulassen.

Wichtige Fragen stellen sich schließlich in Bezug auf ertragsschwache Arbeitsverhältnisse, also Arbeitsverhältnisse im Niedriglohnbereich. Der Ertrag des Normalarbeitsverhältnisses soll die Existenz des Arbeitnehmers sichern: in Zeiten aktiver Erwerbstätigkeit und darüber hinaus. Beide Funktionen können Arbeitsverhältnisse im Niedriglohnbereich nicht erfüllen. Zwar gibt es seit 2009 branchenbezogene Mindestlöhne, die auf Tarifverträge gestützt sind. Sie erreichen jedoch nicht alle Branchen und divergieren zum Teil auch in der Entgelthöhe erheblich, ohne dass für die Differenzierungen immer ein sachlicher Grund ersichtlich wäre. *Waltermann* und der DJT sprechen sich deshalb für die Einführung eines einheitlichen gesetzlichen Mindestlohns aus. *Waltermann* denkt an einen Stundenlohn von 7,50 EUR, dem DGB schweben beispielsweise 8,50 EUR vor.

Sie sehen: Geht es nach *Waltermann* und dem DJT, müssen wir uns auf zahlreiche, zum Teil sehr weitreichende Reformen im Arbeits- und Sozialrecht einstellen. Wie stehen Sie dazu? Eine Entscheidungshilfe bietet das nun folgende Streitgespräch mit zwei außerordentlich kompetenten Gesprächspartnern, auf das ich mich sehr freue.

BLJ: *Professor Jacobs* hat die abnehmende Bedeutung des Normalarbeitsverhältnisses und die Zunahme der atypischen Beschäftigung geschildert. Worauf ist diese Entwicklung zurückzuführen?

Kocher: Dass empirisch die Zahl der atypischen Beschäftigungsverhältnisse angestiegen ist, hat viel damit zu tun, dass der Gesetzgeber in dem, was er sich an Leitbildern für das Arbeitsrecht vorgestellt hat, geschwankt ist und nach wie vor schwankt. Bestimmte atypische Arbeitsverhältnisse stellen mittlerweile einen empirischen Normalzustand dar, der sich von Leitbildern, die der Gesetzgeber an anderen Stellen vertritt, unterscheidet. Der Gesetzgeber müsste einerseits eine einheitliche Vorstellung vom gewünschten Leitbild haben, sich andererseits aber auch klar machen, welch begrenzte Wirkungen ein solches gesetzgeberisches Leitbild auf die empirische Wirklichkeit ausüben kann.

BLJ: Ist der Gesetzgeber also Getriebener bestimmter Entwicklungen, etwa der Globalisierung oder des zunehmenden Wettbewerbsdrucks, so dass er durch die Formulierung von Leitbildern schlechterdings keinen Einfluss auf den Bestand des Normalarbeitsverhältnisses nehmen kann?

Kocher: Ich denke, der Einfluss, den der Gesetzgeber auf das empirische Vorkommen des Normalarbeitsverhältnisses nehmen kann, ist tatsächlich begrenzt. Man muss sich darüber im Klaren sein, dass die Anforderungen an die Erwerbsarbeit nicht ausschließlich durch das Recht beeinflusst werden. Allerdings hat der Gesetzgeber z.B. im Befristungs- oder im Leiharbeitsrecht durch einzelne, wenige gesetzliche Veränderungen enormen empirisch wahrnehmbaren Einfluss genommen. Insbesondere der Anstieg der Leiharbeit ist unmittelbare Folge gesetzgeberischer Änderungen. Das heißt nicht, dass es generell einfach ist, durch Gesetz Einfluss zu nehmen, aber es gibt in bestimmten Bereichen schon deutlich wahrnehmbare Wirkungen.

Giesen: Es gibt natürlich einen Widerspruch zwischen Anspruch und Wirklichkeit. Der problematische Punkt ist eigentlich schon der Begriff des „Normalarbeitsverhältnisses“. *Professor Jacobs* hat es eingangs beschrieben: Unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis bei einem Arbeitgeber bis zum Ruhestand. Und man kann ergänzen: gut bezahlt. Und das führt mich zu einem großen Gefälle, das wir im Arbeitsleben beobachten können: In großen Unternehmen der Industrie, die unter starkem Gewerkschaftseinfluss stehen und die betriebsverfassungsrechtlich, vielleicht auch gesellschaftsrechtlich mitbestimmt sind, existiert ein anderer arbeitsrechtlicher Standard, was die Höhe der Bezahlung und den Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses betrifft. Der Gesetzgeber sieht aber andererseits, dass er sich mit den Standards, die dort vorgehalten werden, nicht überall durchsetzen kann. Das führt zu einer auch von *Professor Kocher* angedeuteten Inkonsequenz. Durch reichlich komplizierte Sondergesetze werden Ventile geöffnet, mit denen soziale Standards, die an vielen Stellen existieren und funktionieren, an anderen Stellen – sozusagen hinter dem Rücken und mit wenig Konsequenz – wieder abgebaut werden.

Ein Beispiel ist das der befristeten Arbeitsverhältnisse: Dort wird in § 14 III TzBfG erlaubt, dass Arbeitslose über 52 Jahren befristet eingestellt werden. Es ist auch widersprüchlich, dass man überhaupt auf zwei Jahre befristen darf, wenngleich doch der Kündigungsschutz sonst schon ab 6 Monaten eingreift. Ein anderes Beispiel ist die Zeitarbeit: Dort ist zunächst erlaubt worden, dass anhand von Tarifverträgen das Niveau beim Entleiherbetrieb unterschritten werden kann, was bisher die christliche Gewerkschaft gemacht hat – jetzt kann sie es wohl nicht mehr tun. Das hat dazu geführt, dass in großen Unternehmen, bei BMW beispielsweise, Teile der Belegschaft Zeitarbeiter waren, die ein niedrigeres Entgelt hatten, was natürlich sofort beschäftigungsfördernd war, aber ein niedrigeres Niveau gebracht hat. Das gleiche gilt für ertragsarme Arbeitsverhältnisse: In manchen Bereichen, wo die Gewerkschaften stark sind, besteht ein wahnsinnig hohes Entgeltniveau. Dort, wo sie schwach sind, hingegen ein ganz niedriges.

Man tut sich aber wahnsinnig schwer, dagegen anzukämpfen und gegenzuhalten – vielleicht auch mit einem allgemeinen Mindestlohn, der gerade dort helfen könnte, wo die Kraft des Normalarbeitsverhältnisses nicht eingreifen würde. Insgesamt sehe ich also ein großes Gefälle zwischen dem anscheinend so normalen Normalarbeitsverhältnis, dessen Normalität sich in Wirklichkeit in vielen Bereichen der Wirtschaft gar nicht mehr vorhalten lässt, und einer reichlich unehrlichen Gegenstrategie, die scheinbar den Kündigungsschutz aufrecht erhält, ihn aber mit Befristungsstrategien zu umgehen hilft und damit auch beschäftigungswirksam ist. Das heißt, das Normalarbeitsverhältnis ist so hoch, dass viele schon gar nicht mehr ran kommen, während das so genannte atypische Ar-

beitsverhältnis zwar beschäftigungswirksam ist, die Wirtschaft in Schwung bringt und die Leute von der Straße nimmt, aber extrem unbeliebt ist. Da sollte man sich dann doch überlegen, ob man nicht das große soziale Gefälle zwischen Arbeitnehmer und Arbeitnehmer ein wenig in den Blick nehmen und von zwei Extremen aus zusammen kommen sollte.

BLJ: Welche Normgeber sind es, die den Ausbau der atypischen Beschäftigung forcieren? Ist das der Bundesgesetzgeber, die europäische Union oder sind auf unterschiedlichen Ebenen auch ganz verschiedene Regelungsmodelle und Methoden feststellbar?

Kocher: Ich glaube, wenn man sich allein daran orientiert, wer formal bestimmte Regelungen erlässt, erfasst man dieses Regelungsgeflecht, das wir vor uns haben, nicht richtig. Lassen Sie uns dafür den Bereich, über den wir reden, um ein Phänomen erweitern, das *Professor Jacobs* schon angesprochen hat: die Teilzeitarbeit. Die Teilzeitarbeit wird zum Teil noch als atypische Beschäftigung verstanden. Wenn man sich aber die Definition ansieht, die *Professor Waltermann* in Anlehnung an das Statistische Bundesamt verwendet, dann sieht man, dass die Teilzeitarbeit schon weithin als normal begriffen wird: Dort wird das Normalarbeitsverhältnis als ein Arbeitsverhältnis definiert, das unbefristet ist, das auf lange Sicht beim selben Arbeitgeber angelegt ist und entweder in Vollzeitarbeit stattfindet oder mindestens mit der Hälfte der üblichen Arbeitszeit. Die Teilzeitarbeit wirft die Frage auf, was heute „Normalarbeitsverhältnis“ eigentlich bedeutet. Dabei geht es v.a. um das Verhältnis des Arbeitsrechts zur Familienpolitik und zu Veränderungen der Geschlechterverhältnisse. Und das sind Fragen, die nicht zuletzt auf Ebene der Europäischen Union diskutiert werden. Das heißt nicht, dass es der europäische Gesetzgeber wäre, der dort die maßgeblichen rechtlichen Eckpunkte gesetzt hat – die Teilzeitrichtlinie ist in ihrem Regelungsanspruch ja sehr zurückhaltend. Aber was auf europäischer Ebene in der Beschäftigungspolitik, zu Beschäftigungsquoten etc. diskutiert wird, hat Einfluss auf die nationale Politik gehabt.

Ähnlich ist es im Bereich der Leiharbeit, wo der europäische Gesetzgeber ebenfalls nicht derjenige war, der die Eckpfeiler eingeschlagen hat. Das war der nationale Gesetzgeber. Aber letztlich stehen auch hier eine beschäftigungspolitische Debatte, beschäftigungspolitische Leitlinien auf europäischer Ebene im Hintergrund der nationalen Gesetzgebung. In diesem Zusammenhang werden durch Soft Law und auf politischem Wege Eckpfeiler gesetzt, die Einfluss darauf haben, was der nationale Gesetzgeber macht. Der deutsche Gesetzgeber kann und sollte nicht unabhängig von dem handeln, was in Europa stattfindet.

BLJ: Ist der Begriff des atypischen Beschäftigungsverhältnisses glücklich gewählt, wenn es eigentlich darum geht, einen gewissen Schutz vor prekären Lebensverhältnissen sicherzustellen? Ist es nicht falsch, dort von Atypik zu sprechen, wo man eigentlich Prekariatsschutz meint?

Giesen: Eine Bemerkung wollte ich vorausschicken. Das ist die Bemerkung zu Europa. Wir müssen wahnsinnig aufpassen, Verantwortung nach Europa zu schieben. Was *Professor Kocher* eben gesagt hat, ist im Prinzip richtig. Es kommen Anstöße aus Europa: Für die Teilzeitbeschäftigung steht in der Richtlinie ein Diskriminierungsverbot, das gleiche gilt für die geringfügig oder befristet Beschäftigten, die nicht schlechter behandelt werden dürfen. Das ist zwar manchmal in der Handhabung schwierig: Darf ich einem halbtags Beschäftigten den Dienstwagen geben oder lassen? Das sind aber im Prinzip technische Fragen. Ein bisschen wirkt das Europarecht auch in die Zeitarbeit hinein: Mit dem Equal-Pay-Gebot, von dem man nach Art. 5 der Richtlinie [2008/104/EG] auf nationaler Ebene aber auch sehr weit und bequem abweichen kann. Und selbst die Problematik der Altersdiskriminierung ist in letzter Zeit entschärft worden. Die neue Fassung von Art. 14 III TzBfG entspricht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Ich meine also, dass wir ganz klar sehen müssten, dass die beschäftigungspolitische Verantwortung eine nationale ist. Die entsprechenden Gesetze sind Bundesgesetze, so dass wir bei der Zeitarbeit, aber auch bei den geringfügig Beschäftigten eine sehr klare Verantwortung beim Bund und natürlich auch nicht bei den Ländern haben. Man muss also aufpassen, dass man die Schuld nicht einfach so auf Europa schiebt, wenn einem Europa in Wirklichkeit die Gestaltungsbefugnisse lässt.

Der zweite Punkt ist das Atypische – ja klar ist das so. Wenn man sich die atypischen Beschäftigungsverhältnisse anschaut, dann macht man eine Liste mit Teilzeit, Zeitarbeit, den geringfügig und befristet Beschäftigten und mit den ertragsarmen Arbeitsverhältnissen. Und wenn man diese Liste durchgeht, sind alle mit komplexen Regelwerken unterlegt. Man sieht dann, dass die Teilzeitbeschäftigung gar nicht so problematisch ist. Wir wollen die Teilzeitbeschäftigung. Wer halbtags arbeitet, darf nach § 4 TzBfG nicht diskriminiert werden. Es wird aber natürlich häufig diskriminiert, der Arbeitgeber kennt die Tricks. Das sind die Probleme, die wir in der Teilzeitbeschäftigung haben. Wenn sie sagen, das andere ist der Schutz vor Prekariat, dann ist das bei der Teilzeit natürlich nicht so, und selbst bei der geringfügigen Beschäftigung nicht unbedingt. Eher – natürlich – bei ertragsarmen Arbeitsverhältnissen.

Beim Prekariat ist die Armut ja schon Teil der Definition, und insofern muss man sich tatsächlich überlegen, ob man nicht einen einheitlichen Mindestlohn einführen will. Der ist europarechtlich unproblematisch, existiert in vielen Staaten und wäre meines Erachtens auch verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Die Begriffe „atypisch“ und „normal“ – was ist denn normal? – helfen also meines Erachtens nicht richtig weiter. Wir müssen akzeptieren, dass es ein Anliegen gibt, flexibel zu sein. Was ich persönlich aber nicht akzeptiere, ist eine Flexibilität, die verlogen ist: Wo man von unflexiblen Gesetzen weg möchte und der Gesetzgeber schon Umgehungen schafft – zum Beispiel indem er Zeitarbeit mit niedrigem Lohn erlaubt, andererseits aber das hohe Lohniveau in großen Unternehmen absichert, oder indem er befristete Arbeitsverhältnisse erlaubt, andererseits aber den Kündigungsschutz so hoch hängt. Da muss man sich überlegen, konsequenter zu werden. „Atypisch“ und „normal“, das sind sehr problematische Begriffe, die natürlich auch politisch benutzt werden.

Kocher: Ich glaube schon, dass es eines Begriffs des Normalarbeitsverhältnisses bedarf. Jedenfalls brauchen wir eine gewisse Vorstellung dessen, was nicht mehr dem Leitbild unterfällt. Ich denke aber, wenn man den Begriff des Normalarbeitsverhältnisses in einer neuen Form fasst, einer Form, die auch mit moderner Familienpolitik vereinbar ist, dass man dann dies nicht notwendigerweise, die Konnotation der „Anormalität“ bekommen muss. Atypizität hingegen ist ja ein

notwendiges Konzept. Wenn der Gesetzgeber Normen in einem Bereich erlässt, dann normalisiert er damit auch. Damit sagt er: So stellen wir uns das vor. Insbesondere wenn man Familienpolitik als komplementär zum Arbeitsrecht begreift und sich klarmacht, dass in der heutigen Gesellschaft selbstverständlich Erwerbsarbeit und Familie zusammen gelebt werden können müssen, muss man auch zu einem entsprechenden Begriff des Normalarbeitsverhältnisses und einer neuen Vorstellung davon kommen, was insbesondere die Normalität von Teilzeit oder das Aushandeln von Flexibilitäten im Normalarbeitsverhältnis einschließt.

„Normalarbeitsverhältnis" hat ja bisher häufig bedeutet, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein einziges Mal miteinander verhandeln – im Bewerbungsgespräch und kurz danach. Und diese Kultur, glaube ich, muss sich ändern. Änderungen im privaten Leben der Menschen, Änderungen auf Grund von Alterungsprozessen und gesundheitlichen Veränderungen, aber auch auf Grund von familiären Umständen können und sollen auf das Arbeitsverhältnis Einfluss haben. Das heißt, es müsste eine Kultur des miteinander Verhandelns geben – insbesondere über Arbeitszeiten. Das ist ja im TzBfG, im SGB IX in bestimmten Fällen bereits angedacht. So könnten wir eine vielfältigere Vorstellung von dem bekommen, was alles normal sein kann. Das bedeutet dann nicht, dass es nicht weiterhin atypische Beschäftigungsverhältnisse gibt. Die Leiharbeit z.B. wird und sollte eine atypische Beschäftigungsform bleiben, die vor allem bestimmte kurzfristige Bedarfe in Unternehmen abdecken kann und soll – und nicht das Erwerbsleben von Arbeitnehmern bestimmen sollte.

BLJ: Was die Zeitarbeit anbelangt, wird ja regelmäßig nicht die Beschäftigungsform an sich kritisiert, sondern die Möglichkeit, Leiharbeitnehmer auf Grundlage von Tarifverträgen schlechter zu bezahlen als das Stammpersonal. Warum ist es denn überhaupt gerechtfertigt, vom Equal-Pay-Grundsatz abzuweichen? Auf den ersten Blick fragt man sich ja, warum gleiche Arbeit im gleichen Betrieb nicht stets mit gleichem Lohn vergütet werden sollte.

Giesen: Das ist eine gute Frage. Man muss sich überlegen, was die Leiharbeit eigentlich leistet. Zunächst haben wir einmal die kurzfristigen Bedarfe, wenn also ein Unternehmen jemanden ersetzen muss, der ausgefallen ist, oder kurzfristig Sondertätigkeiten anfallen, für welche die Belegschaft nicht ausreicht und für die sich Neueinstellungen nicht lohnen. Dass die Leiharbeit für diesen kurzfristigen Bedarf gebraucht wird, ist Konsens. Umstrittener ist bereits die sog. Brückenfunktion der Leiharbeit: Es kann sein, dass ein Arbeitgeber Hemmungen hat, jemanden einzustellen, weil ihm der Kündigungsschutz zu weit geht und er stattdessen jemanden von einem Leiharbeitsunternehmen holt, um ihn gegebenenfalls zu behalten, wenn er sich fünf, sechs oder sieben Monate bewährt hat. Darin liegt eine große Chance für den jeweiligen – schlechter bezahlten – Leiharbeiter, in ein sog. normales Arbeitsverhältnis überzugehen.

Die dritte Funktion der Leiharbeit ist diejenige, über welche in Wirklichkeit gestritten wird, nämlich als Instrument um – provokativ ausgedrückt – überzogen gute Arbeitsverhältnisse in dem jeweiligen Unternehmen auszugleichen, etwa wenn bei einem Autoproduzenten die Arbeitsverhältnisse so teuer sind, dass er sich entscheidet, etwas nicht mit seiner Belegschaft zu machen. Bei Volkswagen gab es etwa das 5000er-Modell, bei dem Langzeitarbeitslose eingestellt wurden, BMW oder auch Daimler machen das anders und holen sich Leiharbeitnehmer. Das macht die Gewerkschaft häufig mit, weil sie sich ohnehin nur für die Stammbelegschaft zuständig fühlt. Die Belegschaften freuen sich, weil sie selbst keine Abschläge hinnehmen müssen, wohingegen die Leiharbeitnehmer billiger sind und als erste wieder gehen müssen, wenn der Bedarf nicht mehr so groß ist. Das ist die Situation, mit der der Stammarbeitnehmer natürlich sehr gut leben kann, die uns aber ungerecht vorkommt, da für die gleiche Arbeit unterschiedliches Entgelt gezahlt wird an Stamm- und Leiharbeitnehmer.

Man muss sich jedoch überlegen, wie es zu diesem unternehmerischen Kalkül kommt: Die Rahmenbedingungen des Wirtschaftens sind recht schwierig. Wenn man ein mitbestimmtes Unternehmen hat, in dem Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sitzen, in dem die Betriebsverfassung gilt, in dem man also sofort bei kleineren Betriebsänderungen Interessenausgleiche oder Sozialpläne verhandeln muss und in dem aufgrund eines sehr hohen Organisationsgrads die Gewerkschaft im Prinzip über das Entgelt entscheidet, dann ist es sozusagen vorprogrammiert, dass solche Umgehungswege eingeschlagen werden. Wir sollten sie schon als Wege der Umgehung erkennen. Ich denke, dass die Popularität der Zeitarbeitsunternehmen bei den großen Unternehmen und selbst bei den Stammbelegschaften, die sich freuen, dass sie nicht die ersten sind, die gegebenenfalls gehen müssen, sowie den Gewerkschaften, die das mittragen, durchaus fragwürdig ist.

Man muss sich allerdings auch überlegen, ob man darauf mit einem Equal-Pay-Gebot reagiert, oder ob sich nicht eher die mitbestimmten Unternehmen überlegen sollten, ob bei ihnen etwas schief gelaufen ist. Wie kann es sein, dass in den letzten vier Jahrzehnten außerhalb der neuen Bundesländer keine neuen Autofabriken gebaut wurden? Wie kann es sein, dass die großen Unternehmen hier in der Bundesrepublik – wenn man von der aktuellen konjunkturellen Lage absieht – eigentlich keinen Belegschaftszuwachs haben, sondern langfristig eher abbauen. Der Arbeitsplatzzuwachs spielt sich dann außerhalb der Einflusszone der Gewerkschaft ab. Man muss sich überlegen, wie das kommt. Trotzdem bleibt es – um bei unserem schmalen Blick auf die Leiharbeit zu bleiben – natürlich dabei, dass die Leiharbeit gleichzeitig Jobs und Ungerechtigkeit produziert. Deshalb habe ich ein Drei-Phasen-Modell vorgeschlagen: Während der ersten neun Monate soll jemand auf Grundlage der Bedingungen des Verleihers weiterbeschäftigt werden, vielleicht auch mindestlohnunterstützt. Dann muss es eine Übergangsphase geben, in der mindestens ein Prozentsatz des Entgelts der Stammbelegschaft gezahlt wird. Und ab 18 Monaten muss dann ein Equal-Pay-Gebot gelten, damit man von dieser Umgehungsstrategie, die jetzt noch Gang und Gäbe ist, wegkommt. Ob sich das durchsetzt, ist natürlich eine andere Frage.

BLJ: Leiharbeit als Ausweg aus teilweise überzogenen Arbeitsbedingungen, sehen Sie das auch so, Professor Kocher?

Kocher: Ich teile auch *Professor Giesens* Auffassung, dass man Umgehungen als solche erkennen muss und der Gesetzgeber sie nicht fördern sollte. Die Frage ist, wie gesetzgeberisch zu reagieren ist. Entweder man gestaltet die Leiharbeit ab einer bestimmten Zeit so aus, dass sie sich als Umgehung wirtschaftlich nicht rechnen kann. Oder man fördert die legitimen Funktionen der Leiharbeit dadurch, dass man sie zeit-

lich begrenzt. Es kommt dann auf das richtige Regulierungsinstrument an: die wirtschaftliche Verteuerung oder die zeitliche Begrenzung auf wenige Monate.

Wir sind uns einig über die Funktion der Abdeckung von Spitzen im Personalbedarf. Deutschland- und europaweit ist es durchaus üblich, dass Unternehmen in solchen Phasen etwas mehr bezahlen, um kurzfristigen Personalbedarf zu decken, weil sie Lücken haben entstehen lassen. Wir sollten uns aber überlegen, inwieweit die Brückenfunktion darüber hinaus legitim ist. Ich bin der Meinung, dass sie eigentlich nur die Kehrseite des kurzfristigen Einsatzes der Leiharbeit ist: Wenn Leiharbeit kurzfristigen Bedarf abdeckt, bedeutet das für die Arbeitnehmer, dass sie die Chance haben, sich in dieser Zeit dem Unternehmen vorzustellen und selbst verschiedene Bereiche kennenzulernen. Insofern ist sie für den Arbeitnehmer die Kehrseite dessen, was für den Unternehmer der kurzfristige Bedarf ist. *Professor Giesen* hat betont, dass es um ein Ausprobieren von fünf bis sieben Monaten geht. Wir haben jedoch im Kündigungsschutzrecht bereits die Möglichkeit, in den ersten sechs Monaten auszuprobieren und deshalb sehe ich nicht, welche zusätzliche Funktion hier die Leiharbeit übernehmen müsste. Ich denke, ein Arbeitgeber müsste eigentlich in der Lage sein, personalpolitisch diese sechs Monate angemessen zu nutzen. Der Grund, warum dies häufig nicht geschieht, ist eigentlich ein organisationspolitischer: Arbeitgeber und Personalabteilungen nutzen ungern die ersten sechs Monate des fehlenden Kündigungsschutzes tatsächlich zum Ausprobieren, um dem Arbeitnehmer nicht vermitteln zu müssen: Du bist nur zur Probe eingestellt. Das ist kein rechtliches Problem, denn das Recht erlaubt in den ersten sechs Monaten die jederzeitige Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses. Es ist aber betriebskulturell in der Regel so, dass Personalabteilungen, wenn einmal jemand unbefristet eingestellt ist, sehr ungern zur Kündigung greifen. Ich meine aber, da muss das Recht nicht reagieren.

BLJ: Wenn man sich die Zahlen zu Lohnabweichungen in der Zeitarbeit einmal genauer ansieht, dann verdienen Zeitarbeiter im Helferbreich rund 45%, bei qualifizierter Tätigkeit rund 35% weniger als in anderen Branchen. Wegen dieser beträchtlichen Differenz hat *Professor Waltermann* in seinem Gutachten gefordert, dass Tarifverträge vom Gleichbehandlungsgrundsatz nur dann abweichen dürfen, wenn sie eine Art Mindestschutz für Leiharbeitnehmer aufrecht erhalten. Was halten sie von diesem Vorschlag, der ja sehr in Richtung Inhaltskontrolle von Tarifverträgen tendiert?

Giesen: Es wird wahrscheinlich darauf hinauslaufen, dass man aus sozialen Gründen einen Mindestschutz braucht. Ich frage mich aber, warum das ein spezifischer zeitarbeitsrechtlicher Mindestschutz sein muss. Es gibt das Bedürfnis, Arbeitnehmer vor zu niedrigen Löhnen zu schützen, vielleicht auch den Staat, der dann Aufstocker mit Leistungen nach dem SGB II, also Hartz IV, versorgen muss. Das ist aus meiner Sicht nicht nur ein Spezifikum der Zeitarbeit, sondern generell des Arbeitsmarktes. Und meines Erachtens sollten wir auch generell fragen, ob es sinnvoll ist, von den branchenspezifischen Mindestlöhnen weiter auszugehen oder ob es nicht richtig ist, einen allgemeinen branchenübergreifenden Mindestlohn einzuführen, weil der branchenspezifische Mindestlohn in meinen Augen sehr stark auf Verbandspolitik beruht. Der Staat lässt sich dort den branchenspezifischen Mindestlohn gefallen, wo die Verbände möglichst stark sind. Und wo Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände nicht so groß sind, kommt es nicht dazu.

Wenn es einen allgemeinen Mindestlohn gäbe, der dann auch in der Zeitarbeit zum Tragen käme, dann wäre das sehr einfach. Der branchenspezifische Mindestlohn in der Zeitarbeit hat in der Tat das Problem, dass er vor dem Hintergrund des eben Besprochenen politisch hoch aufgeladen ist. Und warum soll ich mir das eigentlich antun? Warum muss ich zwischen verschiedenen Branchen unterscheiden, ob ich einen sozialen Mindestschutz brauche? Und warum muss beispielsweise jemand, der als Pfleger tätig ist, einen niedrigeren Mindestlohn erhalten als jemand, der in der Metallindustrie oder sonst irgendwo in einem typischen Männerberuf tätig ist? Müssen wir uns das antun? Wenn man dieses Branchenspezifische fallen ließe, würde man sich dem Vorwurf, den sie jetzt nahe gelegt haben, auch gar nicht aussetzen. Da würde ich sagen, der Staat reguliert an der Zeitarbeit, so wie es früher auch geplant war. Mit Hilfe von Tarifverträgen wollte man das regulieren, was am Ende dann nicht so richtig geklappt hat. Mit einem allgemeinen Mindestlohn würde man allen, und auch den Zeitarbeitnehmern, eine Mindestsicherung zubilligen, die natürlich der Beschäftigung nicht zu stark auf die Knochen gehen darf, die andererseits aber natürlich auch helfen würde, soziale Hilfeleistungen zu reduzieren.

BLJ: Professor Kocher, teilen Sie diese Einschätzung? Der allgemeine Mindestlohn als Ausweg aus dem Problem der Abweichungen vom Equal-Pay-Grundsatz?

Kocher: Ich halte bei der Leiharbeit die Überlassungsdauer für die entscheidende Stellschraube. Möglicherweise kommt dies dem Drei-Phasen-Modell von *Professor Giesen* sehr nahe. Wenn wir eine Höchstüberlassungsdauer haben, die ausreicht, für das, was für eine fachgerechte Personalpolitik erforderlich ist, dann glaube ich, dass eines der Hauptprobleme im Bereich der Leiharbeit gelöst ist.

Darüber hinaus muss man sich dann noch mit der Frage des Mindestentgelts beschäftigen. Und da meine ich auch, dass bei dem derzeitigen Modell des branchespezifischen Mindestlohns – mit einer Kombination von Mindestentgelten nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) und dem Mindestarbeitsbedingungengesetz – unterschiedliche Funktionen von Mindestentgelten miteinander vermischt werden. Und das kann ungut sein, soweit es vernachlässigt, dass der Mindestlohn, das Mindestentgelt ein sozialer Schutz sein muss, der erst mal wenig mit Ertrag und wirtschaftlichen Überlegungen zu tun hat, sondern in erster Linie darauf zielt, dass jemand, der Vollzeit arbeitet, in der Lage sein muss, dadurch seine Existenz zu sichern. Ansonsten kann er sein Recht aus Art. 12 GG nicht angemessen wahrnehmen, sich die eigene Existenz durch Arbeit zu verdienen. Konsequent muss dieser soziale Schutz dann aber auch unabhängig von Branche und Tätigkeit sein.

Tarifpolitik in der Leiharbeit gibt es ja bemerkenswerterweise erst, seit die Möglichkeit besteht, vom Gleichbehandlungsgrundsatz durch Tarifvertrag abzuweichen. Ehrlicherweise muss man sagen, dass es Tarifpolitik in der Leiharbeit davor so gut wie nicht gab. Es existierte ein einziger Tarifvertrag, den das Bundesarbeitsgericht zu überprüfen hatte – einer der wenigen Tarifverträge, bei denen sich die Frage stellte, ob er nicht sittenwidrig war. Und das ist kein Zufall. Dieser Bereich ist gewerkschaftlich nicht gut zu organisieren, weil der soziale Zusammenhang fehlt, aus dem eine Organisation häu-

fig hervorgeht. Tarifpolitik hat es daher erst gegeben, nachdem der Gesetzgeber einen Anreiz dafür gesetzt hat. Damit haben wir aber auch völlig andere soziale, politische, wirtschaftliche Voraussetzungen der Tarifpolitik als diejenigen, von denen das Tarifvertragsgesetz ausgeht. Das Tarifvertragsgesetz geht davon aus, dass zwei Parteien über etwas verhandeln, das über den bindenden Mindestschutz hinaus geht.

Tarifpolitik im tarifdispositiven Bereich war immer schon problematisch und daher der Inhaltskontrolle unterworfen. Man ist sich einigermaßen einig darin, dass überall dort, wo Gesetze tarifdispositiv ausgestaltet sind, der Tarifvertrag sich an den gesetzlichen Zielen orientieren muss. Wir haben im Bereich der Leiharbeit aber eben zusätzlich das Problem, dass es typischerweise keine Organisationsfähigkeit und damit auch nicht gleichgewichtige Organisationen gibt. Was die Christlichen Gewerkschaften in der Zeitarbeit angeht, so hat das Bundesarbeitsgericht das nun ja auch festgestellt. Zum Zweiten besteht hier die Besonderheit, dass Tarifpolitik im Bereich tarifdispositiver Hauptleistungspflichten agiert – etwas ganz anderes als die Tarifdispositivitäten im Bundesurlaubsgesetz beispielsweise. Ich glaube daher, dass die Voraussetzungen für eine funktionierende Tarifpolitik in diesem Bereich fehlen, die Regelung in diesem Bereich verfehlt war und auf einer Vorstellung von Tarifpolitik beruht, die nicht dem Leitbild des Art. 9 III GG entspricht.

BLJ: Sie haben beide bereits den Umgehungsaspekt der Zeitarbeit angesprochen. Tritt man für eine stärkere Reglementierung der Zeitarbeit ein, stellt sich natürlich die Frage, inwiefern das zu Ausweicheffekten führt. Ein Kollege von Professor Giesen, Professor Rieble, hat jüngst dargelegt, dass er in diesem Fall mit einer starken Zunahme von Industriedienstleistungen rechnet, also damit, dass einstige Zeitarbeitsunternehmen künftig als Dienstleister auftreten und damit dem AÜG nicht mehr unterfallen. Kann der Gesetzgeber hier also überhaupt etwas bewegen?

Kocher: Externe Dienstleistungen für früher betriebsinterne Funktionen gibt es ja schon sehr lange. Wenn so etwas im Wege eines Outsourcings stattfindet, greift die betriebliche Mitbestimmung – dafür gibt es schon Regelungsmodelle. Es gibt auch Modelle dafür, wie dies tariflich geregelt werden könnte. Aber ich glaube kaum, dass man in einem solchen Fall von einem Missbrauch von Rechtsformen sprechen kann.

Giesen: Ich möchte noch einmal auf eine andere Frage zurückkommen, bevor ich die Frage zu den Industriedienstleistungen beantworte. Sie haben gefragt, wie es denn eigentlich komme, dass ich nichts von den branchenabhängigen Tarifverträgen halte. Das war so: Die große Koalition, die Bundeskanzlerin, hat sich damals an die Verbände gewandt und gesagt, man könne beantragen, in das AEntG aufgenommen zu werden. Dann kamen Branchen hinein oder waren vorher schon drin – im Einzelnen: Bau, Briefdienstleistungen, Bergbau, Abfallwirtschaft – in denen sich Arbeitgeber und Gewerkschaften sehr schnell einig waren, dass sie Mindestlöhne wollen. Warum? Weil die Bauindustrie sich vor ausländischen Bauunternehmen schützen wollte, weil im Bergbau ohnehin alles durch staatliche Subventionen bestimmt ist, weil wir in der Abfallwirtschaft einen öffentlichen Arbeitgeber haben. Das heißt, es sind merkwürdigerweise Branchen, bei denen es gar nicht notwendig ist, dass sie aus sozialen Gründen in den Genuss eines Mindestlohnes kommen, sondern in denen die Verbände besonders stark sind – nicht ganz stark, denn die klassische Metallindustrie ist nicht dabei, weil dort ohnehin bereits eine ausreichende Lohnhöhe ausgehandelt werden kann. Das klassische Beispiel sind die Briefdienstleistungen, bei denen die Deutsche Post nicht wollte, dass Konkurrenten durch niedrigere Löhnen, also Lohndumping, Wettbewerbsvorteile erwirken. Es waren verbandspolitische Zielsetzungen, aus denen heraus Mindestlöhne gemacht wurden – und das bis heute, weil es bis heute so im Gesetz steht. Und der nächste Mindestlohn – in der Zeitarbeit – kommt deswegen, weil ab dem 1. Mai 2011 der Arbeitsmarkt auch für die neueren, 2004 eingetretenen EU-Mitgliedsstaaten geöffnet wird und auf der Gewerkschafts- aber auch der Arbeitgeberseite die große Befürchtung besteht, dass polnische und sonstige Zeitarbeitnehmer nach Deutschland geschickt werden und hier das Lohnniveau unterschreiten. Das ist der wahre Grund.

Und dieser Grund hat relativ wenig mit dem sozialen Schutz für den einzelnen Arbeitnehmer zu tun. Das führt dann zu dem eigentlichen Ärgernis, dass Sie durch branchenabhängige Mindestlöhne dazu kommen, dass jemand sagt: „Ich bin ja gar nicht in dieser Branche, ich bin in einer fremden Branche –der Zeitarbeit – und hier gelten diese Löhne nicht.“ Die Zeitarbeitsbranche ist erst dann für die Verbände interessant geworden, als man mit diesem tarifvertraglich flankierten, niedrigeren Lohn die gleiche Arbeit leisten konnte wie in einem Unternehmen mit einem sehr hohen Lohnniveau. Wenn man sich das alles vor Augen führt, merkt man, dass das Anliegen des branchenabhängigen Mindestlohns gar nicht so sozial durchdrungen ist. Deswegen ist mein Plädoyer eben für einen einheitlichen Mindestlohn gewesen, für den ich generell sagen kann, dass man bei allen sozialen Verwerfungen einen Mindestschutz für den Arbeitnehmer hat, der in der Fabrik XYZ tätig ist, weil ich nicht nur vor dem Hintergrund des Schutzes der sozialen Kassen, sondern auch und gerade aus sozialen Gründen nicht akzeptieren kann, dass jemand unterhalb eines Betrags X bezahlt wird. So schwer es ist, diesen Betrag herauszufinden – wenn man sich darüber einmal einig würde, käme man auch zu dem Ergebnis, dass sowohl mit dem Instrument Zeitarbeit wie auch dem Instrument Industriedienstleistung nicht mehr, jedenfalls nicht mehr in dem bisherigen Maße, Lohndumping betrieben werden kann. Wenn in unserem Land für jemanden, der vielleicht keine Ausbildung hat, aber auch nicht – vielleicht aus besonderen Gründen, z.B. weil er besonders lange arbeitslos war – in einen Reintegrationsprozess hineingehört, ein Mindestlohn besteht, dann entschärft man auch den Vorwurf des Sozialdumpings, sei es durch das Instrument Zeitarbeit, sei es durch das Instrument Outsourcing oder Industriedienstleistungen.

Deswegen, meine ich, sollte man sich vor Augen führen, dass viele so genannte soziale Errungenschaften, weil sie branchenspezifisch sind, weil sie verbandsabhängig sind, auch löchrig sind und den Charakter eines Schweizer Käses haben oder, wie *Professor Waltermann* sagte, den eines Flickenteppichs. Dann muss man aber auch ehrlich sagen: Davon müssen wir weg. Damit sind nicht alle glücklich, weil der staatliche Mindestlohn auch geringeren Gewerkschaftseinfluss und geringere Anreize bedeutet, sich zu organisieren und mit Gewerkschaftshilfe zu einem sozialen Schutz zu kommen.

BLJ: Ich schlage vor, dass wir uns jetzt einen Bereich ansehen, über den wir eingangs bereits gesprochen haben, den der

Teilzeitarbeit, und dort konkret § 8 TzBfG, der dem Arbeitnehmer sehr weitgehende Möglichkeiten einräumt, gegenüber seinem Arbeitgeber Teilzeitbeschäftigung durchzusetzen. An dieser Vorschrift wird kritisiert, dass sie nicht an Sachgründe gekoppelt ist und weder der Umfang der Reduzierung noch ihre Dauer gesetzlich eingegrenzt sind. Wie misslungen ist § 8 TzBfG?

Kocher: Ich finde, § 8 TzBfG ist die Norm, welche das neue Normalarbeitsverhältnis repräsentieren könnte und in eine Richtung weist, in die man weiter denken könnte. Die Norm wurde auch damit begründet, dass die deutschen Unternehmen von Teilzeitarbeit weniger Gebrauch machen, als für ihre Wettbewerbsfähigkeit eigentlich nützlich und erforderlich wäre. Die Personalpolitik der deutschen Unternehmen hat insofern einen gewissen Entwicklungsbedarf, der mit der Norm u.a. gefördert werden sollte. Und ich glaube, dass § 8 TzBfG in bestimmten Punkten genau das ausdrückt, was ich mit dem Begriff eines flexiblen und variablen Beschäftigungsverhältnisses meine.

Die Norm besagt zum einen, dass jeder Arbeitnehmer einen Antrag stellen oder den Wunsch gegenüber seinem Arbeitgeber äußern kann, die Arbeitszeit zu verändern. Man muss nicht aufdecken, welche Gründe das sind, es muss auch nicht gerichtlich kontrolliert werden, ob der angegebene Grund gewichtig genug ist oder nicht. Der Arbeitgeber kann zum Zweiten diesen Wunsch ablehnen, wenn es dafür betriebliche Gründe gibt. Er muss aber – nachvollziehbar und plausibel – darlegen, dass das organisatorisch im Betrieb nicht machbar ist. Die meisten Arbeitgeber, die scheitern, konnten vor Gericht nicht nachvollziehbar und plausibel darlegen, warum die Teilzeit nicht möglich sein sollte. Insofern zwingt die Norm den Arbeitgeber also dazu, eine nachvollziehbare, transparente, nach außen erklärbare Personalpolitik zu betreiben.

Zum Dritten enthält die Norm den geheimnisvollen Hinweis darauf, es solle über diese Arbeitszeitreduzierung verhandelt werden. Geheimnisvoll deshalb, weil das rechtlich schwer einzuordnen ist. Auch das Bundesarbeitsgericht hat der Norm relativ wenig entnehmen können. Aber sie weist in die Richtung dessen, was ich für erforderlich halte, nämlich die Notwendigkeit für Arbeitnehmer und Arbeitgeber, darüber zu verhandeln, ob und wie ein Arbeitsverhältnis an unterschiedliche Bedarfe angepasst werden kann. Dies wäre auch von Bedeutung für § 81 SGB IX, also für die Anpassung von Arbeitsbedingungen bei Behinderungen. Sie könnte auch ein Vorbild für mögliche Qualifizierungsrechte oder Rechte auf Freistellung zum Zwecke der Qualifizierung sein. Das sind alles Bereiche, in denen die Personalpolitik deutscher Unternehmen durchaus einen gewissen Nachholbedarf hat.

BLJ: § 8 TzBfG als Nukleus eines modernen, auch familienfreundlichen Arbeitsrechts – teilen sie diese Einschätzung, Professor Giesen?

Giesen: Ach, vielleicht kann man sie tatsächlich teilen [Lachen im Publikum]. Entschuldigung [lacht selbst]. Das Problem an § 8 TzBfG ist wohl eines, das nicht in dieser Norm angelegt ist. § 8 TzBfG gibt mir als Arbeitnehmer einen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung, auf Verringerung der Arbeitszeit. Der Arbeitgeber kann dem betriebliche Gründe entgegenhalten. Das Problem ist, was bei jeder Norm im laufenden Arbeitsverhältnis gilt: Ich muss, wenn ich sie als Arbeitnehmer durchsetzen will, den Arbeitgeber verklagen. Deswegen wird § 8 TzBfG vor allen Dingen im öffentlichen Dienst praktiziert. Dort, wo man es sich mit seinem Vorgesetzen nicht unbedingt verdirbt, wenn man den Arbeitgeber verklagt, weil er dann sagt: „Das ist egal, führ mal deinen Prozess und wir leben dann immer noch zusammen.“ In kleineren Unternehmen existiert § 8 TzBfG faktisch nicht so sehr. Das liegt aber eben nicht an der Schwäche des Gesetzes – das sonst viele Schwächen haben mag. Niemand verklagt gerne seinen Arbeitgeber. Das macht man dann, wenn das Arbeitsverhältnis ohnehin im Eimer ist und aus Anlass der Beendigung wird dann über Vieles gestritten, aber eben nicht mehr um die Verringerung der Arbeitszeit.

Trotzdem teile ich natürlich das Anliegen der Vorschrift. Ich denke, es ist richtig, dass man die Möglichkeit haben muss, die Arbeitszeit zu verringern. Das Arbeitsleben ändert sich, die Menschen leben in ihren Familien. Es geht auch mal um das Leben in Rentennähe oder nach einer Scheidung. Für all das kann es interessant sein, die Arbeitszeit zu verringern, und daher kann diese Vorschrift durchaus einmal Signalcharakter haben. Das berühmte Umdenken muss oder kann vielleicht auch ohne so eine Vorschrift stattfinden. Aber das Anliegen der Vorschrift teile ich. Ich halte es für erforderlich, dass man Flexibilität, dass man mehr Möglichkeiten zur Teilzeitbeschäftigung herstellt. Hier den Rechtstreit notfalls zu erzwingen, hilft vielleicht nicht so sehr. Man muss den beschränkten Nutzen gerade im mittelständischen oder kleineren Betrieb sehen – nur mit § 8 TzBfG ist da nicht viel getan. Es ist aber trotzdem keine völlig nutzlose Vorschrift. Ich meine, die Zunahme von Teilzeitbeschäftigung belegt, dass das auch in kleineren und mittleren Betrieben eingesehen wird. Das ist vor zehn oder 20 Jahren noch etwas anders gewesen als heute, hoffe ich jedenfalls.

BLJ: Eingangs ist bereits das Verbot der Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter erwähnt worden. Daran schloss sich die lapidare Feststellung an: Diskriminiert wird aber trotzdem. Besteht an dieser Stelle gesetzgeberischer Regelungsbedarf oder sind das reine Normvollzugsprobleme?

Giesen: Das ist ganz schwierig. Diskriminierungsverbote bestehen häufig nur auf dem Papier und ein heute schon genannter Kollege hat mal den kleinen Aufsatz „Diskriminieren, aber richtig!“ geschrieben. Sie schaffen es als Arbeitgeber relativ leicht, Beschäftigte aus welchen Gründen auch immer zu diskriminieren – auch, weil sie teilzeitbeschäftigt sind. Andererseits bringt die Teilzeitbeschäftigung dem Arbeitgeber häufig auch Vorteile. Deshalb gehe ich davon aus, dass hier das Diskriminierungspotential zurückgeht. Meine persönliche Einschätzung ist aber, dass es in Deutschland weiterhin ein großes Maß an Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten, von Frauen und wahrscheinlich auch aus ethnischen Gründen gibt. Das lässt sich nur schwer mit dem AGG oder dem TzBfG bekämpfen.

Kocher: Die bestehenden Diskriminierungsverboten sollten eigentlich hinreichend klare Handlungslinien für die Personalabteilungen bieten. Das Rechtsdurchsetzungsdefizit, das wir feststellen, hängt eher damit zusammen, dass Teilzeitbeschäftigte sich zum Teil selbst nicht als Gleichberechtigte ansehen, also ihre Ansprüche gar nicht durchsetzen, und dass diese Rechte auch von Seiten der Betriebsräte nicht immer als legitim verstanden werden. Bei diesem Rechtsdurchsetzungsproblem werden wir mit einer neuen Formulierung von materiellem Recht kaum weiterkommen. Und ich fürchte, auch eine Erweiterung von Mitbestimmungsrechten würde wenig

helfen – obwohl sich da auch bei den Betriebsräten mittlerweile einiges getan hat. Viele stehen der Teilzeitarbeit nicht mehr so ablehnend gegenüber vielleicht noch vor zehn oder fünfzehn Jahren. Aber trotzdem glaube ich nicht, dass es einen einfachen Weg gibt, um deutlich weiter zu kommen.

BLJ: Also rufen wir den Teilzeitbeschäftigten zu: Mut bei der Wahrnehmung der eigenen Rechte!

Kocher: Ja – und unterstützen ihre möglichen Helfer in der Rechtsdurchsetzung.

BLJ: Sehen wir uns noch eine besondere Form der Teilzeitarbeit an, die geringfügige Beschäftigung. Hier ist ein ganz frappierender Unterschied zu beobachten zwischen der Linie, die arbeitsmarktpolitisch seitens der Regierung vertreten wird – im schwarz-gelben Koalitionsvertrag steht, die geringfügige Beschäftigung solle nach Möglichkeit ausgebaut werden – und dem kritischen Ergebnis, zu dem Professor Waltermann in seinem Gutachten kommt. Hat die Abgabenprivilegierung der geringfügigen Beschäftigung Zukunft? Sollte sie bewahrt oder sollte ihr der Todesstoß versetzt werden?

Giesen: Ich meine, ihr sollte nicht der Todesstoß versetzt werden. Unter zwei Aspekten: Der erste ist ein neutraler. Es gibt viele Personen, die kein Problem mit der Arbeitssuche haben und aus unterschiedlichen Gründen eine geringfügige Beschäftigung wollen. Dann gibt es Personen, die soziale Hilfeleistungen empfangen und zusätzlich eine geringfügige Beschäftigung haben. Denen wird mit der Subventionierung der geringfügigen Beschäftigung geholfen. Und von daher bin ich absolut nicht der Meinung von *Professor Waltermann*, der sich in seinem Gutachten gegen die geringfügige Beschäftigung gewandt hat.

Wenn man sich mal die ökonomische und sozialpolitische Diskussion ansieht, die gerade noch bis zum Höhepunkt der Krise geführt wurde, dann wurden da ganz andere Dinge gefordert – nämlich ein Bürgergeld oder Mindestleistungen an alle, die irgendwie arbeiten. Das ist nichts anderes als das, was jetzt mit dem Aufstocken von Arbeitsentgelten, die nicht ausreichen, gemacht wird. Deshalb bin ich der Meinung, man sollte auch die Beschäftigungsimpulse sehen, die von geringfügigen oder – um es brutal auszudrücken – schlecht bezahlten Beschäftigungen ausgehen; unabhängig davon, dass man da einen Mindestschutz einziehen sollte. Deshalb würde ich eher dazu tendieren, vorsichtig in die Richtung zu denken, dass man sagt: Wir müssen vielleicht noch etwas weiter gehen als 400 EUR und sollten auch überall dort, wo jemand relativ wenig verdient, überlegen, ob wir diesen geringen Verdienst weiterhin mit so hohen Sozialversicherungsbeiträgen belasten sollten. Das geht natürlich ins Geld, das geht zulasten der anderen Sozialversicherten, da muss man sehr vorsichtig sein. Aber das Argument, die Beschäftigung werde zu wenig mit Sozialversicherungsbeiträgen belastet, akzeptiere ich eigentlich nicht.

Kocher: Ich teile in diesem Punkt die Ansicht von *Professor Waltermann*, dass es sozialpolitisch schädlich ist, allein aufgrund geringeren Entgelts zu subventionieren. Der Sozialstaat muss in dieser Hinsicht gleich behandeln – und das tut er nicht. Allerdings ist dies politisch aus verschiedenen Gründen nicht durchsetzbar, weil sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite ein Interesse an solchen subventionierten Beschäftigungsverhältnissen besteht. Zum Teil handelt es sich um Arbeitsverhältnisse von Personen, die noch andere sozialversicherungspflichtige Beschäftigungen haben, die also bereits auf anderer Ebene oder auch in einer Ehe sozial abgesichert sind und damit in der geringfügigen Beschäftigung nicht die Existenzsicherung suchen. Und es besteht tatsächlich auch die Gefahr, dass über diese Formen der Beschäftigung die Schwarzarbeit genutzt oder zumindest nahegelegt wird: Es gibt eine nicht geringe Zahl von Beschäftigungsverhältnissen, die als 400-Euro-Beschäftiungsverhältnisse ohne Sozialabgaben geführt werden, in denen aber unter der Hand deutlich mehr gearbeitet und entsprechend mehr Entgelt bezahlt wird. Unter Berücksichtigung der hierzu bekannten Zahlen ist das ein nicht zu vernachlässigender Teil der geringfügigen Beschäftigung.

BLJ: Abschließend wollen wir nochmals auf das Thema Mindestlohn zurückzukommen, das wir bei der Zeitarbeit ja schon gestreift hatten. *Professor Giesen* hat dabei den Zusammenhang von allgemeinem Mindestlohn und Organisationsgrad erwähnt. Aus empirischer Sicht ist es bekanntlich so, dass Länder mit hohem Organisationsgrad typischerweise keinen Mindestlohn haben und umgekehrt – auch wenn man hier nicht unbedingt einen Kausalzusammenhang sehen muss. Wie ist aus Ihrer Sicht die Gefahr des allgemeinen Mindestlohns für die Gewerkschaften zu sehen?

Kocher: Ich halte die Gefahr für gering. Ich weiß, dass insbesondere die IG Metall sich einst dagegen gesperrt hat und das nicht mittragen wollte. Es gab aus meiner Sicht kurzzeitig einige befremdliche, weil merkwürdig unentschlossene Beschlüsse des DGB, in denen sowohl der allgemeine als auch der branchenbezogene Mindestlohn als auch sonstige Regelungen gefordert wurden, und die auch damit zu tun haben, dass auf Gewerkschaftsseite ganz unterschiedliche Einschätzungen vorlagen. Die Haltung hat sich jetzt zu Recht geändert, und ich konnte das auch damals nicht ganz nachvollziehen, denn in den Bereichen, in denen es einen hohen Organisationsgrad gibt, hätte ein allgemeiner Mindestlohn nur geringe Bedeutung. In den Bereichen, in denen der Mindestlohn eine Bedeutung hätte, haben wir aber einen geringen Organisationsgrad und damit keine Tarifverträge, die ein Äquivalent bieten könnten.

Giesen: Ich weiß nicht, was die Einschätzung der Gewerkschaften ist. Ich vermute, es ist so, wie *Professor Kocher* es eben gesagt hat. Wenn es einen Mindestlohn für Ungelernte gibt, der irgendwo zwischen sechs und neun Euro liegt – um hier einmal das volle Spektrum abzudecken –, dann würde der Arbeitgeber die Gewerkschaft natürlich fragen, warum sie jetzt 15 Euro fordert – ob sie etwa nur abschöpfen will, dass der Betrieb innovativ ist. Eben diese Befürchtung hatte man auf Gewerkschaftsseite und deswegen gab es auch immer wieder Zurückhaltung. Wenn man aber einen Anspruch hat, der über die bloße Vertretung der Mitglieder in den Betrieben hinausgeht und weiter ins allgemeinpolitische reicht, müsste man als Gewerkschaft eigentlich schon für den allgemeinen Mindestlohn sein. Dann würde man solche Effekte im Niedriglohnbereich – dass der Arbeitgeber sagt, er sei nicht dazu bereit, mehr als das Minimum zu zahlen – wohl in Kauf nehmen müssen. Mir scheint aber, dass die Gewerkschaftspolitik das auch tut. Inwieweit das dann zum Tragen kommt, ist sehr schwer zu prognostizieren. Ich kann es nicht ganz ausschließen. Ich meine aber, dass eine konsequente Gewerkschaftspolitik zu einem einheitlichen Mindestlohn stehen sollte.

BLJ: Ein weiterer, immer wieder zu hörender Einwand gegen den allgemeinen Mindestlohn ist, dass er da für Arbeitslosigkeit sorgt, wo Arbeitsplätze einen Ertrag unterhalb des allgemeinen Mindestlohns erwirtschaften. Als 2010 die Forderung des DGB nach einem Mindestlohn von 8,50 EUR kam, hat das Ifo-Institut Dresden sehr schnell vorgerechnet, dass Konsequenz der Verlust von 1,2 Millionen Arbeitsplätzen wäre. Teilen Sie die Einschätzung, dass ein allgemeiner Mindestlohn auch arbeitsplatzgefährdend ist und würden Sie – vor diesem Hintergrund oder auch aus anderen Gründen – die eine oder andere Ausnahme vom allgemeinen Mindestlohn erwägen?

Kocher: Der allgemeine Mindestlohn hätte die Funktion der Existenzsicherung für den Fall der Vollerwerbsarbeit. Insoweit denke ich, dass Ausnahmen unlogisch und inkonsistent wären. Man braucht keinen allgemeinen Mindestlohn, wenn man Ausnahmen zulässt. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber müsste sich dann aus verfassungsrechtlicher Sicht vorwerfen lassen, dass er ein Instrument gewählt hat, das ungeeignet ist, um das Ziel der Existenzsicherung für den Fall der Vollerwerbsarbeit zu erreichen.

Aus volkswirtschaftlicher Sicht gibt es ja die unterschiedlichsten Berechnungen, die auch zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Aus rechtlicher Sicht finde ich allenfalls problematisch, das Entgelt an einem irgendwie berechneten „Ertrag“ der Arbeit festzumachen. Das ist arbeitsrechtlich ganz unüblich. Ich kenne kein Entgeltsystem, welches das konkrete Entgelt in irgendeiner Form an dem jeweiligen Ertrag festmacht. Tarifverhandlungen, Tarifsysteme, Entgeltsysteme orientieren sich in aller Regel an der jeweiligen Tätigkeit, der Qualifikation für die Tätigkeit und daran, welchen Stellenwert die Tätigkeit für das Produkt bedeutet. Welchen wirtschaftlichen Ertrag die konkrete Tätigkeit hat, hängt ja aber auch davon ab, wie das Produkt sich am Markt durchsetzt, und damit von unternehmerischen Entscheidungen, wie etwa der Werbung und der Produktpolitik.

Einwurf aus dem Publikum: Im Bereich der Daseinsvorsorge gerade nicht. Die kirchlichen Einrichtungen sagen ja beispielsweise, dass sie die Arbeitsbedingungen der Arbeitsvertragsrichtlinien nicht einhalten können, deshalb zum Instrument Leiharbeit gegriffen haben und somit in der Altenpflege Löhne von 30 bis 40% unterhalb des Normallohns haben. Deshalb fragen sich diese Institutionen ja derzeit aus ethischer, christlicher Sicht, ob sie mit diesem Modell weitermachen oder die Altenpflege aufgeben sollten, weil es sich bei der Lohnhöhe vom Ertrag her unternehmerisch nicht mehr rechnet.

Kocher: Ich meine nur, dass der Ertrag nichts für die jeweilige Tätigkeit Feststehendes ist, den man irgendwie ausrechnen könnte. Ich halte den Ertrag aus arbeitsrechtlicher Sicht für eine ungeeignete Messgröße für die Bestimmung des Entgelts. Natürlich spielen viele Argumente in die Bemessung von Entgelten hinein. Und das, was letztlich in der Tarifpolitik herauskommt, bestimmt sich in der Regel nicht nach einem irgendwie bemessenen zufälligen, zeit- und marktabhängigen Ertrag.

Giesen: Ich bin natürlich auch kein Ökonom. Aber ich denke, es ist ganz sicher, dass die Höhe des Mindestlohns Auswirkungen auf den Stand der Beschäftigung hat. Es gibt Länder, in denen Leute vor dem Supermarkt die Einkaufswagen zu sammenschieben, wo einem das eingekaufte Essen eingepackt wird, in denen es sehr viel mehr Reinigungskräfte in privaten Haushalten gibt. Es gibt – ganz außerhalb des öffentlich-rechtlich beeinflussbarer Marktsegmente, wie etwa der Pflege – natürlich einen Bereich, in dem der Arbeitgeber seine Einstellungsentscheidung davon abhängig macht, ob die Arbeit ertragreich genug ist, um das zusätzliche Entgelt zu erwirtschaften. Ich meine, man muss da einfach ehrlich sein. Ich weiß nicht, ob die Zahl von 1,2 Millionen zutrifft, aber die Grundregel, dass bei niedrigerem Lohn mehr Menschen in Beschäftigung kommen, wird heute eigentlich nicht mehr in Frage gestellt. Die Frage ist nur, ob wir das wollen.

Wenn wir aus Gründen der Existenzsicherung oder aus sozialen Gründen einen Mindestlohn einführen, nehmen wir selbstverständlich in Kauf, dass dadurch mehr Arbeitslosigkeit entsteht. Das sollten wir sehen und wissen und dann muss das abgewogen werden. Die Frage ist natürlich auch, wie viel Arbeitslosigkeit daraus resultiert. Ob das 1,5 Millionen oder 150.000 sind, wissen wir nicht – darüber kann und werde ich nicht streiten. Über diese Grundtatsache sollte man sich bezogen auf offene Märkte aber einig sein. Es ist einfach so, dass gewisse Dinge, zum Beispiel in der Textilindustrie, nicht mehr oder kaum noch in Deutschland, sondern in Osteuropa bzw. in Ostasien produziert werden. Darüber muss man sich klar sein und ehrlich sagen, dass ein niedrigerer Mindestlohn Arbeitsplätze „schafft“ und ein höherer sie „vernichtet“. Die Frage ist, in welchem Maß. Man sollte dann ehrlich sein und auch sagen, dass man das trotzdem möchte, weil man eine Existenzsicherung will und die Aufstockung durch Hartz IV nicht wünscht oder zumindest nur in begrenztem Maße, nämlich wenn jemand nur wenige Stunden und nicht in Vollzeit tätig ist.

Zu Ausnahmen vom Mindestlohn teile ich die Meinung der Kollegin, dass solche unlogisch und inkonsistent wären. Deshalb habe ich mich auch soeben mit viel Ärger gegen die branchenabhängigen Mindestlöhne gewandt. Das einzige, woran man denken könnte, wären Langzeitarbeitslose oder Jugendliche, die keine Ausbildung und daher beträchtliche Probleme beim Zugang zum Arbeitsmarkt haben. Da wären wir im Bereich einer Motivlage, die beispielsweise mit den 1-Euro-Jobs zu tun hat. Die 1-Euro-Jobs im zweiten Arbeitsmarkt sind auch Betätigungen, die man fördert und wünscht, weil man Leute wieder an das Arbeitsleben heranführen möchte. In diesem Bereich könnte ich mir vorstellen, dass Mindestlöhne unterschritten werden, mit der Konsequenz, dass in vielen Fällen durch soziale Hilfeleistungen aufgestockt wird.

BLJ: Professor Kocher, Professor Giesen, wir danken Ihnen für diese spannende Diskussion. ■

Das Gespräch führten Johannes Gerberding und Christopher Krois.