ISSN 1864-371X

Bucerius Law Journal

November 2013 Heft 2/2013 Seiten 50 – 101

Gastkommentar	*Prof. Dr. Hans-Bernd Schäfer*	Freiheit verpflichtet? Der Balanceakt im Eigentumsrecht	50
Aufsätze	*Maximilian Kunzelmann*	Reform der Übernahmerichtlinie – Befreiungen vom Pflichtangebot und Schutz der Minderheiten	52
	Alexander Ulmer	Vorstandshaftung trotz sachverständiger Beratung?	59
	Christian Kahf	Analogie im Steuerrecht – Eine verfassungsrechtlich zulässige Methode gegen „Steuerschlupflöcher"?	66
	Jan Henrik Weischede	Urheberrechtsschutz für Gebrauchsgegenstände? – Ein Vergleich der Kriterien der Entscheidung BGH GRUR 2012, 58 – *Seilzirkus* mit der aktuellen EuGH-Judikatur zum Werkbegriff	73
	Lars Olßon	Kritik an der Rechtsprechung des 1. Strafsenats zur Parteienuntreue	80
	Max Joite	Willensfreiheit, Schuldprinzip und grundgesetzliches Menschenbild	86
Streitgespräch	*Prof. Dr. Gabriel Felbermayr, Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll, Jürgen Knirsch, RiLG Dr. Sebastian Puth*	Das transatlantische Freihandelsabkommen: Wachstumsmotor oder Neoliberalisierungsagenda?	92

Redaktion der Ausgabe 2/2013

Janis Beckedorf
Gabriele Buchholtz
Katja Bueschler
Corinna Coupette
Niklas Dehio
Maximilian Eitelbuß
Lucas Jürss
Maximilian Kunzelmann
Andreas Lange
Thea Lebsa
Fabian Paehr
Pia Richter
Christoph Schoppe
Michael Schramm
Fabian Schulze
Daniel Schuppmann
Cora Spengart
Maximilian Steinhoff
Philipp Tieben
Manuel Waldmann
Ivo Wanwitz
Kilian Wegner

Korrespondierender Beirat

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

Bucerius Law Journal
November 2013 Heft 2/2013 Seiten 50 – 101

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 zwei- bis dreimal jährlich.

Covergestaltung: gürtlerbachmann Werbung GmbH

Bucerius Law Journal

Redaktion: Janis Beckedorf, Gabriele Buchholtz, Katja Bueschler, Corinna Coupette, Niklas Dehio, Maximilian Eitelbuß, Lucas Jürss, Maximilian Kunzelmann, Andreas Lange, Thea Lebsa, Fabian Paehr, Pia Richter, Christoph Schoppe, Michael Schramm, Fabian Schulze, Daniel Schuppmann, Cora Spengart, Maximilian Steinhoff, Philipp Tieben, Manuel Waldmann, Ivo Wanwitz, Kilian Wegner

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

Heft 2/2013
Seiten 50-101

6. Jahrgang
30. November 2013

Professor Dr. Hans-Bernd Schäfer*

Editorial: Freiheit verpflichtet? Der Balanceakt im Eigentumsrecht

An der Küste zum Indischen Ozean in Mumbai kostet eine 100 qm große Wohnung mit Meerblick fast 2 Mio US Dollar. Zwischen und neben den hohen Apartmenthäusern breitet sich ein Slum aus. Warum gibt es dort nicht mehr moderne Wohnungen und weniger Slum? Bei den hohen Immobilienpreisen würden die Immobiliengesellschaften alle Slumbewohner auskaufen und ihnen eine Neubauwohnung finanzieren, um die Flächen freizubekommen. Das ist nicht möglich. Die Slumbewohner dürfen zwar vom rechtmäßigen Eigentümer der Grundstücke nicht aus ihren Hütten vertrieben werden, können aber ihr Bleiberecht auch nicht wirksam verkaufen. So ändert sich die faktische Nutzung des Areals nur langsam. Würde man dieses Recht der Slumbewohner, das heute eine bloße Vetoposition ist, übertragbar machen, bekämen diese richtige Wohnungen, wenn auch in einer weniger privilegierten Wohngegend, und die Preise für Luxusimmobilien würden nicht ins Unermessliche steigen. Dies ist einer von vielen Fällen, in denen die Rechtsordnung die effiziente Nutzung von Ressourcen erschwert, weil sie ein absolutes Recht mit Vetopositionen ausgestattet hat, die durch Verträge nur schwer zu überwinden sind. Solche Fehlsteuerungen werden nach einem vielzitierten Aufsatz von *Michael Heller* als „Tragedy of the Anticommons“ (1998) bezeichnet, die zur Unternutzung von Ressourcen führt, ganz im Gegensatz zur „Tragedy of the Commons“ (Tragödie des Gemeinschaftseigentums), welche bekanntlich deren Übernutzung zur Folge haben kann. Die Eigentumsordnung steht immer in Gefahr, eine dieser beiden Tragödien auszulösen, wenn sie Eigentumsrechte entweder zu schwach oder zu stark schützt. Das kann das ökonomische Schicksal ganzer Regionen und Industrien bestimmen. Es kommt stets darauf an, eine den wirtschaftlichen Verhältnissen angemessene Mischung aus Duldungspflichten des Eigentümers und seinen Rechten zu erreichen. Manchmal schützt die Rechtsordnung das Eigentum durch einen Abwehranspruch, mit dem eine Störung unterbunden werden kann. Manchmal muss die Störung hingenommen werden und die Rechtsposition des Eigentümers wird reduziert auf einen Schadensersatzanspruch. Und manchmal muss der Rechtsinhaber die Störung einfach hinnehmen, ohne einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen zu können. Oft hat die Rechtsordnung die schwerwiegenden gesamtwirtschaftlichen Nachteile eines zu umfangreichen Eigentumsschutzes nicht oder nur mit großer Verzögerung erkannt.

Wer eine Dampferfahrt auf dem Rhein macht, kann sich die malerischen Burgruinen der „Räuberbarone“ dort auf den Höhen ansehen. Über Jahrhunderte hatte jeder Eigentümer das Recht, ein Zollhäuschen an seinem Flussabschnitt aufzubauen und sich die Durchfahrt bezahlen zu lassen. An eine vernünftige Bewirtschaftung der gesamten Wasserstraße war daher überhaupt nicht zu denken, bis der Fluss schließlich verstaatlicht und zu einer der wichtigsten Verkehrsadern Deutschlands entwickelt wurde. Über Jahrhunderte hinweg zogen es viele Kaufleute vor, ihre Waren auf dem volkswirtschaftlich viel teureren Landwege – ein Ochse fraß alle 50 Kilometer sein eigenes Gewicht – zu transportieren. Dies war eine typische von *Heller* näher beschriebene „tragedy of the anticommons“, die zur Unternutzung des Rheins führte, weil durch einen übermäßigen Eigentumsschutz zu viele Vetopositionen errichtet wurden.

Die Geschichte der frühen Industrialisierung im 18. und 19. Jahrhundert bietet nicht nur in Deutschland ein weiteres Lehrstück fehlerhaft spezifizierten, weil zu stark ausgeprägten Eigentumsschutzes, der das Potenzial hatte, die industrielle Revolution fast in ihrer Wiege zu ersticken. Sie ist aber auch ein Beispiel für die Innovationsfähigkeit des Rechts, letztlich jene Normen bereitzustellen, die die weitere Wirtschaftsentwicklung nicht behindern, sondern fördern. Nach klassischer römischrechtlicher Auffassung, wonach Eigentum die umfassende und weitgehend unantastbare Herrschaft über eine Sache ist, konnte ein Grundstückseigentümer, gestützt auf den nachbarrechtlichen Abwehranspruch (actio negatoria) Gerüche und Geräusche von seinem Grundstück abwehren und neu aufkommende Industriebetriebe fast nach Belieben still legen. Beeinträchtigungen des Eigentums durch Immissionen waren nach damaliger Rechtsauffassung Zwangs-servituten, eine unerlaubte Nutzung fremden Eigentums. Der große Rechtsgelehrte *Rudolf von Jhering*, der später seine Meinung grundlegend änderte, brachte dies noch 1860 mit den folgenden Worten zum Ausdruck:

* Der Autor ist Affiliate Professor und Programmkoordinator für das wirtschaftswissenschaftliche Ausbildungsprogramm an der Bucerius Law School.

„Dann mögen sie entweder die Vorrichtungen treffen, um die nachtheiligen Wirkungen zu beseitigen, oder sie mögen von den benachbarten Grund-eigenthümern die erforderlichen Servituten aquiriren und dieselben für die Nachtheile, die sie ihnen zufügen, entschädigen oder endlich in dem Umkreise ihres Einwirkungsgebiets das Land aufkaufen."

Dies ist ein großartiger Gedanke der erst 100 Jahre später bei *Ronald Coase*, einem der Gründungsväter der ökonomischen Analyse des Rechts, wieder in aller Klarheit auftauchte. Aber *von Jhering* erkannte zunächst nicht, wie schwierig es ist, derartige privatautonome Transaktionen bei einer unübersehbaren und unbekannten Zahl von Geschädigten faktisch zu verwirklichen. Er verkannte die hohen Transaktionskosten vertrag-licher Problemlösungen. Er übersah zunächst, dass ein solch weitgehender Abwehranspruch um jeden emittierenden Industriebetrieb zahllose Vetopunkte einrichtete, jeder von ihnen potenziell existenzbedrohend. Diese Vetopunkte entstanden nicht wie im obigen Beispiel in Mumbai, weil ein Recht de lege, sondern weil es wegen der Transaktionskosten de facto unübertragbar war. Erst die Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes von 1869 ersetzte die actio negatoria durch einen einfachen Schadensersatzanspruch, wenn die Anlage staatlich genehmigt war. Später trat mit dem neu eingeführten Rechtsbegriff der „Ortsüblichkeit" eine bedeutsame Differenzierung hinzu. Das Konzept der Ortsüblichkeit stellte einen neuartigen Mechanismus zur Verfügung, der es Gerichten ermöglichte, dem belasteten Eigentümer unter bestimmten Voraussetzungen kein Abwehrrecht zuzuerkennen und ihn entweder auf einen Schadensersatzanspruch zu beschränken oder ihn sogar zur Duldung ohne einen Schadensersatzanspruch zu verpflichten. Beide Neuerungen waren rechtliche Meilensteine, die den Aufstieg Deutschlands zur Industrienation mit ermöglichten, der actio negatoria ihr destruktives Potenzial nahmen und die „tragedy of the anticommons" beendeten.

Heute steht die Rechtsordnung vor neuen anticommons Herausforderungen, die sich besonders bei den gewerblichen Schutzrechten stellen. Während sich die Idee des Privateigentums an Grundstücken faktisch und auch konzeptuell gemeinwohlorientiert entwickelte – mit Abwehrrechten, aber auch mit Duldungspflichten – sind wir bei den gewerblichen Schutzrechten davon noch weit entfernt. Deren ökonomische Ratio besteht in der Generierung neuen Wissens, neuer Produkte und neuer Produktionsmethoden. Die konkreten Regeln dienen diesem Ziel aber nur sehr bedingt und sind ihm oft sogar abträglich. Dies ist besonders schädlich, weil heute wirtschaftliche Entwicklung nicht mehr vornehmlich durch den besseren Einsatz vorhandener Ressourcen und die Akkumulation von Kapital erreicht wird, sondern mehr und mehr durch Generierung und Anwendung neuen und überlegenen Wissens. Dieses Wissen ist zudem zunehmend vernetzt und viele können für sich in Anspruch nehmen, einen Beitrag für eine bestimmte Anwendung des Wissens geliefert zu haben. Dies führt beispielsweise und insbesondere in der biomedizinischen Forschung zu einem „anti-commons" Problem wie *Heller* und *Eisenberg* (1998) es beschrieben haben. Wiederum steht die Rechtsordnung in Gefahr, multiple Vetopositionen zu errichten, die durch privatautonome Transaktionen nur mühsam, wenn überhaupt überwunden werden können. So ist es problematisch, die Entschlüsselung einzelner Genfragmente aus einer DNA-Sequenz zu patentieren. Oft führt erst die kombinierte Verwendung hunderter solcher Sequenzen durch nachfolgende Forschung und Entwicklung zu einer medizinisch wertvollen Anwendung dieses Wissens. Stattet die Rechtsordnung jeden, der eine einzelne Sequenz entschlüsselt hat, mit einem Patent aus, errichtet sie wie früher bei der Nutzung des Rheins hunderte von kleinen Zollstationen. Die Entscheidung des US Supreme Court von 2013, kein Patent dafür zu gewähren, ist daher zu begrüßen, während die andersartige Rechtslage in der Europäischen Union Kritik verdient.

Die Entwicklung von Rezeptoren ist ein weiteres Beispiel. Rezeptoren werden für den Test neuer Medikamente in der vorklinischen Phase verwendet, um alle möglichen Wirkungen und Nebenwirkungen identifizieren zu können. Dazu ist die Verwendung vieler Rezeptoren notwendig. Bei einer Patenterteilung für die Entwicklung jedes einzelnen Rezeptors werden wiederum viele Zollstationen um das Unternehmen herum aufgebaut, das ein neues Medikament testen will. Wenn somit die sogenannte „upstream" Forschung zu stark durch Eigentumsrechte geschützt wird, kommt die „downstream" Forschung und Entwicklung zum Stillstand.

Ein derartiges gewerbliches Rechtsschutzdickicht mit multiplen Vetopositionen tritt in vielen Bereichen, im Internet, beim elektronischen Handel, der Entwicklung von Halbleitern und Mikroprozessoren auf. Viele Rechtsökonomen, allen voran der in Berkeley lehrende *William Shapiro*, haben hierzu warnend ihre Stimme erhoben. Die rechtspolitischen Aufgaben, die sich heute stellen, sind komplexer als jene zu Beginn der industriellen Revolution, aber sie weisen die gleiche Struktur auf. Heute geht es darum, bei der Ausgestaltung von Eigentumsrechten des gewerblichen Rechtsschutzes eine Mitte zu finden, welche für die Wissensproduktion insgesamt förderlich ist und nicht durch inflationär ausgeweitete Abwehrrechte Forschung und Entwicklung behindert statt sie zu fördern. Dazu sind nicht nur Reformen und Einschränkungen des gewerblichen Rechtsschutzes notwendig. Auch das Wettbewerbsrecht, das den privatautonomen Versuch erschwert, durch Kooperation von Unternehmen im Bereich von Forschung und Entwicklung Schneisen in das Dickicht zu schlagen, steht auf dem Prüfstand.

Maximilian P. Kunzelmann*

Reform der Übernahmerichtlinie – Befreiungen vom Pflichtangebot und der Schutz der Minderheiten

A. Reform der Übernahmerichtlinie

Mit Blick auf die Revision der Übernahmerichtlinie[1] (RL) gem. Art. 20 Abs. 1 RL zieht die Europäische Kommission aus einer von ihr in Auftrag gegebenen Studie[2] zwei Schlüsse:[3]

(1) „[A]us der Überprüfung ergibt sich, dass zahlreiche verschiedene nationale Ausnahmen von der Pflichtangebotsvorschrift bestehen. Bei der Anwendung dieser nationalen Ausnahmen ist nicht immer klar, wie einer der allgemeinen Grundsätze der Richtlinie, nämlich der Schutz der Minderheitsaktionäre im Falle eines Kontrollwechsels, eingehalten werden soll."[4]

(2) Die „Überprüfung [lässt] erkennen, dass durch Ausnahmen von der Pflichtangebotsvorschrift […] aufgrund eines freiwilligen Angebots für die Anteile der Gesellschaft […] für Bieter die Möglichkeit geschaffen wurde, die Pflichtangebotsvorschrift zu umgehen."[5]

Diese Aussagen zu den Befreiungen vom Pflichtangebot und der Umgehung des Pflichtangebots durch *low-balling*[6] werfen die Frage auf, ob es zur Sicherstellung des Schutzes der Minderheitsaktionäre im Rahmen der Revision der Richtlinie weiterer europaweiter Regeln bedarf.

Herzstück der Übernahmerichtlinie ist die Verpflichtung zur Abgabe eines Pflichtangebots gem. Art. 5 Abs. 1 RL bei Kontrollerwerb, dessen Schwelle von den Mitgliedsstaaten zu bestimmen ist.[7] Entsprechend hat gem. § 35 Abs. 1 und 2 WpÜG ein Angebot zum Erwerb aller übrigen Aktien der Gesellschaft abzugeben, wer unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über eine Zielgesellschaft erlangt. Die Kontrolle ist gem. § 29 Abs. 2 WpÜG als das Halten von mindestens 30% der Stimmrechte an der Zielgesellschaft definiert.

Eine Verpflichtung zur Abgabe eines Angebots wird häufig als nicht sachgerecht erachtet.[8] Die Möglichkeit einer Befreiung verschont den Bieter daher von der finanziellen Belastung durch ein Pflichtangebot.

I. De lege lata: Befreiungen nur im nationalen Recht

1. Vorgaben der Übernahmerichtlinie

Die derzeitigen Vorgaben durch die Richtlinie im Hinblick auf die Befreiungstatbestände sind marginal. Die Richtlinie statuiert lediglich in Art. 5 Abs. 2 RL eine Befreiung von der Abgabe eines Pflichtangebots, wenn die Kontrolle aufgrund eines freiwilligen Angebots erlangt wurde, das im Einklang mit der Richtlinie allen Wertpapierinhabern für alle ihre Wertpapiere unterbreitet wurde. Daneben sind keine ausdrücklichen Ausnahmen vom Pflichtangebot im Richtlinientext vorgesehen.[9] Art. 4 Abs. 5 RL erlaubt jedoch unter Beachtung der in Art. 3 RL festgelegten allgemeinen Grundsätze, Ausnahmetatbestände in nationale Regelungen aufzunehmen (Art. 4 Abs. 5 (i) RL) oder Aufsichtsstellen zu ermächtigen, von der Verpflichtung zur Abgabe eines Übernahmeangebots zu dispensieren (Art. 4 Abs. 5 (ii) RL). Beschränkt wird diese Erlaubnis nur durch Art. 3 Abs. 1 lit. a RL, der den Schutz der Minderheitsgesellschafter vorschreibt.

2. Regelungen des WpÜG

Das WpÜG sieht Befreiungen vom Pflichtangebot sowohl *ex lege* (§ 20 WpÜG) als auch durch Genehmigungen der BaFin vor. Bei letzteren ist zwischen gebundenen Entscheidungen (§§ 24, 35 Abs. 3, 36 WpÜG) und Ermessensentscheidungen (§ 37 WpÜG) zu differenzieren.[10] § 37 WpÜG wird durch § 9 WpÜG-AV ergänzt.

II. De lege ferenda: Minderheitenschutz, Rechtssicherheit und Effizienz

Die Neuregelung der Richtlinie sollte sich an folgenden Regulierungszielen orientieren: Minderheitenschutz (1.), Rechtssicherheit (2.) und Effizienz (3.).

1. Im Fokus der Europäischen Kommission steht der Minderheitenschutz.[11] Dieser wird zuvorderst durch die

---

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

1 Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.4.2004 betreffend Übernahmeangebote, ABlEU Nr. L 142 v. 30.4.2004, S. 12.

2 *Marccus Partners*, in Zusammenarbeit mit dem Zentrum für Europäische Politische Studien (Juni 2012), Study on the Application of Directive 2004/25/EC on Takeover Bids, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/study/study_en.pdf (letzter Abruf am 28.09.2013).

3 Zu weiteren Ergebnissen aus der Studie siehe *Verse*, EuZW 2012, 336, 340.

4 Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Anwendung der Richtlinie 2004/25/EG betreffend Übernahmeangebote, 28.6.2012, KOM 2012 (347) endg., abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/COM2012_347_de.pdf (letzter Abruf am 28.09.2013), S. 7-9, 11 f. Ähnlich bereits das Commission Staff Working Document, Report on the Implementation of the Directive on Takeover Bids v. 21.2.2007, SEC (2007) 268, endg., abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/2007-02-report_en.pdf (letzter Abruf am 28.9.2013), S. 10.

5 Vgl. Bericht der Kommission (Fn. 4), S. 9, 11 f.

6 *Low-balling* beschreibt die Strategie eines Bieters, die Verpflichtung zur Abgabe eines Pflichtangebots durch die vorherige Abgabe eines niedrigen freiwilligen Angebots zu vermeiden. Bei entsprechenden Marktverhältnissen kann der Bieter dadurch die Kontrollschwelle überschreiten, ohne dass die Aktionäre der Zielgesellschaft durch ein wirtschaftlich attraktives Angebot vor dem Kontrollwechsel geschützt würden; siehe *Kalss*, in: Kämmerer/Veil (Hrsg.), Übernahme und Kapitalmarktrecht in der Reformdiskussion, 2013, S. 139.

7 Art. 5 Abs. 3 RL; *Grundmann*, Gesellschaftsrecht[2], 2011, § 27 Rn. 965.

8 *Tröger*, DZWIR 2002, 397, 405 f.; *Schlitt/Ries*, in: Goette/Habersack (Hrsg.), MünchKomm AktG, WpÜG[3], 2011, § 37 Rn. 1; *Krause*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider (Hrsg.), WpÜG, 2013, § 37 Rn. 1; *Noack/Zetzsche*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar[4], 2010, § 37 WpÜG Rn. 1.

9 *Versteegen*, in: Hirte/von Bülow (Hrsg.), Kölner Komm WpÜG[2], 2010, § 37 Rn. 6.

10 Diesem weiten Verständnis der Befreiungstatbestände folgen auch *Heuber*, Befreiung vom Pflichtangebot, 2006, S. 85 ff.; *Braun*, Befreiung vom Pflichtangebot, 2008, S. 121.

11 Richtlinie 2004/25/EG (Fn. 4), Erwägungsgründe 2, 9 und 25; zuletzt erneut die Kommission im Bericht der Kommission (Fn. 4), S. 2; *Heuber* (Fn. 10), S. 69.

Verpflichtung zur Abgabe eines Pflichtangebots erreicht.[12] Er schützt einen Minderheitsaktionär zum einen davor, einen Wertverlust seines Anteils hinzunehmen, wenn ein Aktionär die Kontrolle über die Gesellschaft erlangt.[13] Ihm wird dadurch ermöglicht, seinen Anteil zu einem angemessenen Preis zu veräußern und der Beherrschung durch den Kontrollerwerber zu entgehen.[14] Zum anderen wird der Minderheitsaktionär an der Kontrollprämie beteiligt, was die Gleichbehandlung aller Aktionäre sicherstellt.[15] Untrennbar mit dem Schutz der Interessen der Minderheitsaktionäre verbunden ist der Funktionsschutz des Marktes. Nur durch das Vertrauen der Anleger in die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts können die Ziele des Marktes, insbesondere eine effiziente Allokation von Ressourcen, erreicht werden.[16]

2. Zudem ist eine Erhöhung der Rechtssicherheit anzustreben. Nach einer unabhängig von der externen Studie der Kommission durchgeführten Expertenumfrage[17] werden die Pflichtangebotsregelungen der §§ 35 ff. WpÜG als die regelungsbedürftigste Materie auf Richtlinienebene erachtet.[18] Sie umfassen im Rahmen der Umfrage neben den Befreiungen vom Pflichtangebot zwar auch die Definition der Erlangung der Kontrollmehrheit und die Berechnung des gesetzlichen Mindestpreises, doch werden die Befreiungstatbestände ebenso ausdrücklich aufgeführt.

3. Schließlich ist im Rahmen der Reformüberlegungen das Ziel der Effizienz des Binnenmarkts in den Blick zu nehmen.[19] Dieses Ziel steht allerdings mit dem Schutz der Minderheiten in Konflikt, da es durch den Abbau von Übernahmehindernissen und die Senkung von Transaktionskosten verwirklicht wird.[20] Es kann daher nur hilfsweise berücksichtigt werden, wenn ein ausreichender Minderheitenschutz sichergestellt ist.

III. Systematisierung der Befreiungstatbestände

Ausgehend von den Regulierungszielen ist zu beachten, dass diese in Anbetracht der verschiedenen Befreiungstatbestände nicht vollumfänglich erreicht werden können. Es bietet sich jedoch bei materieller Betrachtung eine Systematisierung dahingehend an, ob ein Kontrollwechsel stattfindet:

Tabelle: Kategorisierung der Befreiungstatbestände im deutschen Recht (materielle Betrachtung)

Kontrollwechsel

- Kontrollerwerb wegen Sanierung der Zielgesellschaft (§ 9 S. 1 Nr. 3 WpÜG-AV)
- Kontrolle durch freiwilliges Übernahmeangebot (§ 35 Abs. 3 WpÜG)
- grenzüberschreitendes Angebot (§ 24 WpÜG)
- mittelbare Kontrollerlangung einer dritten Gesellschaft (§ 9 S. 2 Nr. 2 WpÜG-AV)
- Verringerung der Gesamtzahl der Stimmreche an Zielgesellschaft (§ 9 S. 1 Nr. 5 WpÜG)

Kein Kontrollwechsel

Keine Beherrschungsmöglichkeit

- Dritter verfügt über höheren Stimmrechtsanteil (§ 9 S. 2 Nr. 1 WpüG-AV)
- atypisch hohe Hauptversammlungspräsenz (§ 9 S. 2 Nr. 2 WpÜG-AV)
- unbeabs. Kontrollerwerb und unverzgl. Unterschreitung (§ 9 S. 1 Nr. 6 WpÜG-AV)

De facto keine Kontrollausübung

- Wertpapiere im Handels- oder Spekulationsbestand (§ 20 WpÜG)
- Kontrolle zum Zwecke der Forderungssicherung (§ 9 S. 1 Nr. 4 WpÜG)

Keine erhebliche Änderung der Kontrollverhältnisse

- erb- und eherechtliche Sachverhalte sowie Schenkungen (§ 9 S. 1 Nr. 1 WpÜG-AV)
- Rechtsformwechsel (§ 36 Nr. 2 WpÜG)
- Konzernumstrukturierungen (§ 36 Nr. 3 WpÜG)

Quelle: Ähnlich *Braun*, Befreiung vom Pflichtangebot, S. 163 f.

Schutzbedürftig sind Minderheitsaktionäre nur dann, wenn trotz der Befreiung ein materieller Kontrollwechsel stattfindet. Nicht gefährdet werden ihre Interessen, wenn ein Bieter zwar die formelle Kontrollschwelle überschreitet, materiell jedoch keine Kontrolle erlangt oder bereits tatbestandlich die Ungleichbehandlung der Aktionäre

[12] Noch immer ist umstritten, ob das Pflichtangebot kapitalmarktrechtlichen Charakter hat oder als Konzerneingangsschutz zu verstehen ist. Die Diskussion muss spätestens nach Einführung der Richtlinie zu Gunsten des kapitalmarktrechtlichen Charakters entschieden werden; für eine kapitalmarktrechtliche Einordnung: *Kleindiek*, ZGR 2002, 546, 558 ff.; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Konzernrecht5, 2008, vor § 311 Rn. 25; *Krause/Pötzsch*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider (Fn. 8), § 35 Rn. 32; *Schlitt/Ries*, in: MünchKomm AktG (Fn. 8), § 35 Rn. 8; offen noch *Fleischer*, NZG 2002, 545, 548; für die Einordnung im Gesellschaftsrecht als Konzerneingangsschutz: *Hopt*, in: FS Rittner, 1991, S. 187, 201; *ders.*, ZHR 166 (2002), 383, 386; *ders.*, ZHR 171 (2007), 199, 231 f.; *Reul*, Gleichbehandlung, 1991, S. 303; *Ihrig*, ZHR 167 (2003), 315, 342; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften5, 2010, § 45 Rn. 2; *Baums/Hecker*, in: Baums/Thoma (Hrsg.), Kommentar zum WpÜG, Losebl. (Stand: 7. Lfg. 5/2012), Stand: 1. Lfg. 5/2004, vor § 35 Rn. 89; *Hasselbach*, in: Kölner Komm WpÜG (Fn. 9), § 35 Rn. 1.

[13] *Kleindiek*, ZGR 2002, 546, 558 f.; *Fleischer/Kalss*, Das neue WpÜG, 2002, S. 131.

[14] Begr. RegE WpÜG, BT-Drucks. 14/7034, S. 30; *Faden*, Pflichtangebot, 2008, S. 6, *Fleischer/Kalss*, (Fn. 13), S. 24, 131 f.

[15] Erstmals wohl *Berle/Means*, Modern Corporation, 1932, S. 244; Studien ermittelten in Deutschland durchschnittliche Paketaufschläge von ca. 10% über dem Börsenkurs, vgl. nur *Dyck/Zingales*, 59 J.Fin. (2004), 537, 593.

[16] Zwei Seiten einer Medaille – *Hopt*, Gutachten G zum 51. Deutschen Juristentag, 1976, G 47 ff.; *Hopt/Will*, Europäisches Insiderrecht, 1973, S. 49 f.; *Kübler*, ZHR 145 (1981), 204, 205 f.; *Reul*, (Fn. 12), S. 241; *Möllers*, AcP 208 (2008), 1, 8; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht, 2005, § 1 Rn. 18; *Grundmann* (Fn. 4), § 18 Rn. 632; Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.12.2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG v. 15.12.2005 (Transparenzrichtlinie), ABlEU Nr. L 390 v. 31.12.2004, S. 38.

[17] Die Umfrage erfasste 375 Experten, die Durchführung oblag *Christoph H. Seibt*, siehe *Seibt*, ZIP 2012, 1, 3.

[18] *Seibt*, ZIP 2012, 1, 4.

[19] Vgl. mit Blick auf die Richtlinien nur Erwägungsgrund 1 der Transparenzrichtlinie (Fn. 16); zuletzt Bericht der Kommission (Fn. 4), S. 2; zum Begriff *Fleischer/Zimmer*, in: Fleischer/Zimmer, Effizienz, 2008, S. 9, 18 ff.; *Grundmann* (Fn. 7), § 18 Rn. 632 f.

[20] Vgl. *Assmann*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkomm AktG, Losebl. (Stand: 21. Lfg. 7/2004), Stand: 1. Lfg. 6/1992, Einl. Rn. 359.

ausgeschlossen ist.[21]

Ferner stellen die Befreiungstatbestände eine Möglichkeit dar, die Verpflichtung zur Abgabe eines Angebots zu umgehen. Die von der Kommission angesprochenen Gefahren des *low-balling*[22] sind dem deutschen Gesetzgeber bewusst. Die Diskussion wurde in Deutschland nach zwei gescheiterten Gesetzesvorschlägen mit Blick auf die Revision der Richtlinie sistiert.[23] Der deutliche Hinweis der Kommission zeigt, dass auch vom deutschen Gesetzgeber Maßnahmen zum Schutz der Minderheitsaktionäre erwartet werden.[24]

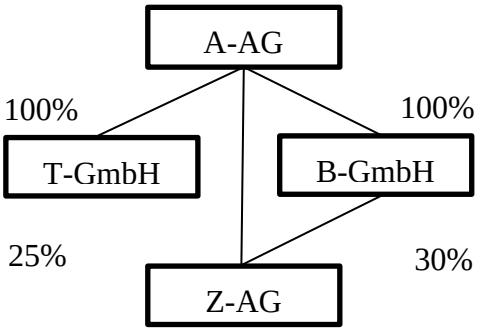
Die Möglichkeiten zum Einschreiten sind weitgehend diskutiert.[25] Im Vereinigten Königreich wird der Problemkreis umgangen, indem ein Übernahmeangebot mindestens die Schwelle von 50% erreichen muss. Ist das nicht der Fall, führt jede weitere Erhöhung der Stimmrechtsanteile zur Verpflichtung zur Abgabe eines Pflichtangebots als Sanktion. In Österreich hingegen ist bei dem Zukauf von 2% im Raum zwischen 30% und 50% ein weiteres Übernahmeangebot abzugeben. Letztlich gibt es Stimmen, die jedenfalls einen Teil der Lösung des Problems in einer Ausweitung der Beteiligungstransparenz sehen. Aufgrund des Dilemmas der Aktionäre ist eine Lösung jedenfalls auch in der Erweiterung der Transparenzvorschriften zu suchen, auf die hier jedoch nicht vertieft eingegangen werden kann.[26]

B. Kein Kontrollwechsel: Effizienz am Beispiel Konzernumstrukturierung

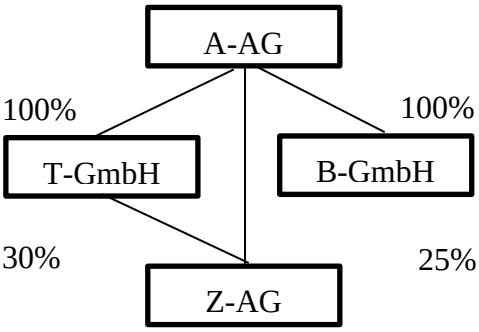
Findet keine Kontrollwechsel statt, werden die Minderheitsinteressen nicht gefährdet. Es liegt daher allein die Frage nahe, ob es auch im Rahmen dieser Sachverhalte der Einschaltung einer Behörde bedarf, um eine Befreiung vom Pflichtangebot zu erlangen. Aufgrund der Praxisrelevanz[27] wird dies am Beispiel der Befreiung im Rahmen einer Konzernumstrukturierung geprüft.

Skizze: Umstrukturierung im Konzern gem. § 36 Nr. 3 WpÜG

(1)



(2)



I. Rechtslage in Deutschland

Die A-AG hält Anteile an der T-GmbH (100%), der B-GmbH (100%) und der an der Börse gehandelten Z-AG (25%). Die B-GmbH hält weitere 30% an der Z-AG. Die Anteile der B-GmbH an der Z-AG werden nun auf die T-GmbH übertragen.[28]

Im deutschen Recht wird die T-GmbH von der BaFin auf Antrag nach § 36 Nr. 3 WpÜG von der Verpflichtung zur Abgabe eines Pflichtangebots befreit. Im Falle einer Umstrukturierung innerhalb eines Konzerns bleiben die Stimmrechte an der Zielgesellschaft unberücksichtigt, so dass mangels Überschreitens der Kontrollschwelle gem. § 29 Abs. 2 WpÜG keine Verpflichtung zur Abgabe eines Angebots begründet wird.

Auch die A-AG ist nicht zur Abgabe eines Pflichtangebots verpflichtet. Das Tatbestandsmerkmal des Erwerbs i.S.d. § 35 Abs. 1 WpÜG ist nur dann erfüllt, wenn ein Rechtsträger erstmals die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über eine Zielgesellschaft erlangt.[29]

II. Rechtslage in Österreich

Das österreichische Übernahmerecht befreit im Falle von Konzernumstrukturierungen durch eine Generalklausel bereits *ex lege* gem. § 24 Abs. 1 ÜbG.[30] Diese

---

[21] Zudem ist der Blick darauf zu werfen, wann aufgrund der Zurechnungstatbestände gem. § 30 WpÜG zwar keine Kontrolle im formellen Sinne erlangt wird, sich materiell jedoch die Kontrollsituation verändert. Beispielhaft wäre an den Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle zu denken. *De lege lata* löst dies keine Pflicht zur Abgabe eines Angebots aus, *Ekkenga/Schulz*, in: Ehricke/Ekkenga/Oechsler (Hrsg.), Kommentar, WpÜG, 2003, § 35 Rn. 19; *Hommelhoff/Witt*, in: Haarmann/Schüppen (Hrsg.), Frankfurter Komm WpÜG[3], 2008, § 35 Rn. 51; *Krause/Pötzsch*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider (Fn. 8), § 35 Rn. 108; *Meyer*, in: Geibel/Süßmann (Hrsg.), Kommentar, WpÜG[2], 2008, § 35 Rn. 43; *Liebscher*, ZIP 2002, 1005, 1015; *de lege ferenda* sollte überdacht werden, die Angebotspflicht auch auf wesentliche Veränderungen innerhalb einer bestehenden Kontrollgruppe zu erstrecken, *Löhdefink*, Acting in Concert, 2007, S. 395; zustimmend *Verse*, NZG 2009, 1331, 1335.

[22] Zur Begriffsschöpfung *DeAngelo*, 3 J.Acc.Econ. (1981), 113-127.

[23] Als Reaktion auf die Übernahme der Hochtief AG durch die ACS S.A. folgten der Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion v. 27.10.2010, BT-Drucks. 17/3481 und im Bundesrat der Antrag des Landes Nordrhein-Westfalen zum Entwurf des Anlegerschutzverbesserungsgesetzes v. 27.10.2010, BR-Drucks. 584/2/10; zu deren Scheitern siehe *Seibt*, CFL 2011, 213, 239.

[24] Die Kommission erwägt den Erlass einer Empfehlung, die noch vor der Richtlinie verabschiedet werden könnte. Sie nimmt in den Blick, ein Angebot unter die Bedingung des Erwerbs von mindestens 50% der Gesellschaftsanteile zu stellen. Zudem verweist sie auf ein weiteres Pflichtangebot zwischen der 30%- und 50%-Schwelle; Bericht der Kommission (Fn. 4), S. 12.

[25] *Baums*, ZIP 2010, 2374-2390; *von Falkenhausen*, ZHR 174 (2010), 293-317; *Merkt*, NZG 2011, 561-568; *Hitzer/Düchting*, ZIP 2011, 1084-1091; *von Bülow*, in: Mülbert/Kiem/Wittig (Hrsg.), 10 Jahre WpÜG, 2011, S. 9-41.; *Tyrolt/Cascante*, in: Mülbert/Kiem/Wittig (Hrsg.), 10 Jahre WpÜG, 2011, S. 110-145, *Cascante/Tyrolt*, AG 2012, 97-114; *Brellochs*, NZG 2012, 1016 f.; *Kalss*, in: Kämmerer/Veil (Fn. 6), S. 139-162.

[26] Ebenso *Kalss*, in: Kämmerer/Veil (Fn. 6), S. 139, 150 f.; *Veil*, ZHR 177 (2013), 427, 439; *von Falkenhausen*, ZHR 174 (2010), 293, 301; *Baums*, ZIP 2010, 2374, 2387; *Cascante/Tyrolt*, AG 2012, 97, 105; *Brellochs*, NZG 2012, 1010, 1016.

[27] Vgl. *Cascante/Tyrolt*, AG 2012, 97, 112; *von Bülow*, in: Kölner Komm WpÜG (Fn. 9), § 36 Rn. 44; *Strunk/Salomon/Holst*, in: Veil, Übernahmerecht, 2010, S. 1, 23.

[28] Das Beispiel ist an die Ausführungen von *Braun* (Fn. 10), S. 153 angelehnt.

[29] *von Bülow/Bücker*, Der Konzern 2003, 185, 188; zustimmend *Cascante/Tyrolt*, AG 2012, 97, 112; *Fuhrmann/Oltmanns*, NZG 2003, 17, 18; *Holzborn/Blank*, NZG 2002, 948, 950; *Braun* (Fn. 10), S. 153; vgl. auch *Seibt/Heiser*, ZHR 165 (2001), 466, 492 f.

[30] *Huber*, Kommentar, Übernahmegesetz, 2007, § 24 Rn. 7.

setzt für eine Befreiung voraus, dass der Rechtsträger, der den beherrschenden Einfluss ausüben kann, nicht wechselt. Zusätzlich nennt § 24 Abs. 3 ÜbG Regelbeispiele, die in Nr. 1 und Nr. 2 Konzernumstrukturierungen erfassen. Diese beziehen sich jedoch ausschließlich auf vertikale Übertragungen im Konzern, so dass die Übertragung zwischen zwei Schwestergesellschaften wie im Fallbeispiel auf die Generalklausel zu stützen ist.[31] Die T-GmbH würde somit gem. § 24 Abs. 1 ÜbG vom Pflichtangebot befreit. Ein Antrag ist nicht erforderlich, jedoch ist der Sachverhalt der Übernahmekommission unverzüglich, spätestens aber innerhalb von 20 Tagen, gem. § 24 Abs. 1 S. 3 ÜbG mitzuteilen. Für die A-AG ist die Rechtslage dem deutschen Recht entsprechend.

Dem deutschen Recht unbekannt ist die zusätzliche Regelung des § 26 b ÜbG, nach der jeder Gesellschafter in einem Feststellungsverfahren einen Bescheid darüber beantragen kann, ob für ihn die Angebotspflicht besteht.[32] Die in diesem Feststellungsverfahren zu klärenden Sachverhalte sind nicht begrenzt.[33]

III. Lehren des Rechtsvergleichs für Deutschland

Während in Österreich eine Befreiung vom Pflichtangebot bereits *ex lege* erfolgt, ist in Deutschland ein Antrag bei der BaFin erforderlich. Der grundlegende Unterschied für den Rechtsanwender liegt in der Beweislast. In Deutschland muss der Bieter darlegen, dass er den Tatbestand der Konzernumstrukturierung erfüllt. In Österreich hingegen gehen Zweifel zu Lasten der Minderheitsaktionäre.[34] Dennoch sprechen folgende Aspekte für eine Modifikation der Rechtslage:[35]

1. Die Veröffentlichungen im Jahresbericht der BaFin für das Jahr 2011[36] lassen zwar keinen genauen Schluss auf die Anzahl der abgelehnten Anträge für § 36 Nr. 3 WpÜG zu, doch lässt sich ein allgemeiner Trend über die Jahre erkennen: Die BaFin gab im Jahr 2012 89 Anträgen für eine Befreiung sowohl nach den Tatbeständen des § 36 WpÜG als auch des § 37 WpÜG statt. 19 Anträge wurden zurückgenommen, kein Antrag wurde abgelehnt.[37] Diese Zahlen zeigen, dass die Einschaltung der BaFin bei eindeutigen Rechtslagen eine Hürde darstellt.

2. Dies liegt insbesondere an den mit der Antragspflicht einhergehenden Kosten. Gem. §§ 2 Abs. 1 Nr. 7, 4 Abs. 1 Nr. 3 WpÜG-GebührenVO verlangt die BaFin für ihre Entscheidung zwischen 3.000 € und 10.000 €.

3. Zudem wird aus der Anwendungspraxis berichtet, dass im Rahmen von Konzernumstrukturierungen die Pflichtangebotsproblematik häufig übersehen wird.[38] Da keine Gefährdung für die Minderheitsaktionäre besteht, ist die Sanktion in Form des Stimmrechtsverlusts durch § 59 S. 1 WpÜG unverhältnismäßig. Eine Lösung für diese „Dunkelzifferfälle“[39] wäre zu begrüßen.

4. Die Minderheitsaktionäre würden dadurch nicht gefährdet. Das Überschreiten der Kontrollschwelle ist gem. § 21 Abs. 1 S. 1 WpHG der Zielgesellschaft und der BaFin mitzuteilen.[40] Die BaFin erfährt somit vom Überschreiten der Kontrollschwelle und kann prüfen, ob dennoch eine Angebotspflicht besteht. Zur Anordnung eines Pflichtangebots ist sie nach § 4 Abs. 1 S. 3 WpÜG ermächtigt.[41]

Konsequenz dieser veränderten Rechtslage mit einer *ex post* Kontrolle wäre, dass der Rechtsanwender keinen Bescheid der BaFin erhielte, der ihn mit Wirkung *inter omnes* vom Pflichtangebot befreit.[42]

Insofern kann aus dem Rechtsvergleich mit Österreich die Lehre gezogen werden, dass ein Feststellungsverfahren erforderlich und auch praktikabel ist. Streicht man die Antragspflicht für die Befreiung bei der BaFin, müsste im Umkehrschluss ein Negativtest eingeführt werden. Ein derartiges Feststellungsverfahren wurde im Rahmen der Schwierigkeiten der Auslegung des Tatbestands des

---

[31] Vgl. *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht[2], 2007, V Rn. 243 = *Diregger/Kalss/Winner*, in: MünchKomm AktG (Fn. 8), ÜbG Rn. 243; *Huber*, Übernahmegesetz (Fn. 30), § 24 Rn. 23.

[32] Unklar ist die Wirkung des Bescheids ebenso wie das Verhältnis zum Verfahren gem. § 33 ÜbG. *Huber*, Übernahmegesetz (Fn. 30), § 26 b Rn. 10 spricht sich für eine Wirkung *inter omnes* aus, da Ziel des Verfahrens sei, dem Bieter Rechtssicherheit über seine Folgepflichten zu gewähren.

[33] *Diregger/Kalss/Winner* (Fn. 31) V Rn. 282. Zudem erlaubt das österreichische Recht die Durchsetzung der gesetzlichen Bestimmungen durch die Aktionäre in einem Nachprüfungsverfahren. Gem. §§ 33 Abs. 1 Nr. 2 ÜbG i.V.m. § 33 Abs. 2 ÜbG können Parteien, also insbesondere auch die Zielgesellschaft und deren Aktionäre, einen Antrag bei der Übernahmekommission stellen, um *erga omnes* feststellen zu lassen, ob ein Pflichtangebot zu Unrecht nicht gestellt wurde. Für die Aktionäre der Zielgesellschaft gilt gem. § 33 Abs. 2 Nr. 4 WpÜG eine Bagatellschwelle von 70.000 €, *Huber*, Übernahmegesetz (Fn. 30), § 33 Rn. 6; *Diregger/Kalss/Winner* (Fn. 31), VIII Rn. 338. Anders die Rechtslage in Deutschland, wo einzelne Aktionäre keinen Anspruch auf Durchsetzung des Pflichtangebots haben, *Lenz*, NJW 2003, 2073, 2075; *Ihrig*, ZHR 167 (2003), 315, 349; *Krause/Pötzsch*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider (Fn. 8), § 35 Rn. 249; *Baums/Hecker*, in: Baums/Thoma (Fn. 12), Stand: 1. Lfg. 5/2004, § 35 Rn. 296; *Schlitt/Ries*, in: MünchKomm AktG (Fn. 8), § 35 Rn. 244; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 12), vor § 311 Rn. 24.

[34] *Versteegen*, in: Kölner Komm WpÜG (Fn. 9), § 37 Rn. 14.

[35] Ebenso für eine Befreiung *ex lege*: *Hommelhoff/Witt*, in: FS Nobel, 2005, S. 125, 140; *Schlitt/Ries*, in: MünchKomm AktG (Fn. 8), § 36 Rn. 11, § 37 Rn. 16; **a.A.** *von Bülow*, in: Kölner Komm WpÜG (Fn. 9), § 36 Rn. 11 – Beeinträchtigung der Rechtssicherheit, daher Anpassung an § 37 WpÜG.

[36] Jahresbericht BaFin 2012, abrufbar unter: www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2012.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (letzter Abruf am 28.09.2013).

[37] Einen ähnlichen empirischen Befund erlangte bereits *Merkt*, in: Veil (Fn. 27), S. 53, 62 im Jahr 2009, *ders.*, in: FS Schwark, 2009, S. 529, 533.

[38] *von Falkenhausen*, ZHR 174 (2010), 293, 312.

[39] *von Falkenhausen*, ZHR 174 (2010), 293, 312.

[40] *von Falkenhausen*, ZHR 174 (2010), 293, 313.

[41] Str., für eine Befugnis der BaFin *Ekkenga/Schulz*, in: Ehricke/Ekkenga/Oechsler (Fn. 21), § 35 Rn. 73; *Krause/Pötzsch*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider (Fn. 8), § 35 Rn. 248; *Meyer*, in: Geibel/Süßmann (Fn. 21), § 35 Rn. 57; *Schlitt/Ries*, in: MünchKomm AktG (Fn. 8), § 35 Rn. 242; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 12), vor § 311 Rn. 24; *Steinmeyer*, in: Steinmeyer/Häger (Hrsg.), Kommentar, WpÜG[2], 2007 § 35 Rn. 114 mit Fn. 231; *Hommelhoff/Witt*, in: Frankfurter Komm WpÜG (Fn. 21), § 35 Rn. 113 (Grundlage § 35 WpÜG); skeptisch *Cahn*, ZHR 167 (2003), 262, 265 ff.; nicht ablehnend *Ihrig*, ZHR 167 (2003), 315, 348 f.; **a.A.** *Lenz*, NJW 2003, 2074, 2075; *Baums/Hecker*, in: Baums/Thoma (Fn. 12), Stand: 1. Lfg. 4/2004, § 35 Rn. 295; *Habersack*, ZHR 166 (2002), 619, 621 f. Eine ausdrückliche Regelung wäre *de lege ferenda* zu begrüßen.

[42] Es besteht kein Drittschutz für die Aktionäre der Zielgesellschaft, vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.5.2003, ZIP 2003, 1297; Beschl. v. 9.10.2003, ZIP 2003, 2206; Beschl. v. 9.10.2003, ZIP 2003, 2254; ebenso die h.L.: *Harbarth*, ZIP 2002, 321, 328; *Cahn*, ZHR 167 (2003), 262, 294; *Wagner*, NZG 2003, 718, 719; *Seibt*, ZIP 2003, 1865, 1875; *von Bülow/Bücker*, Der Konzern 2003, 185, 201; *Hommelhoff/Witt*, in: Frankfurter Komm WpÜG (Fn. 21), § 36 Rn. 50; *Hecker*, in: Baums/Thoma (Fn. 12), Stand: 1. Lfg. 5/2004, § 36 Rn. 127; *Krause/Pötzsch*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider (Fn. 8), § 37 Rn. 102; *Versteegen*, in: Kölner Komm WpÜG (Fn. 9), § 37 Rn. 98; *von Falkenhausen*, ZHR 174 (2010), 293, 316; *Schlitt/Ries*, in: MünchKomm AktG (Fn. 8), § 37 Rn. 77; *Meyer*, in: Geibel/Süßmann (Fn. 21), § 37 Rn. 26 – bezweifelnd ob auch bei Negativbescheid; **a.A.** *Mülbert/Schneider*, WM 2003, 2301, 2309.

§ 30 WpÜG bereits mehrfach gefordert.[43] Im Rahmen der Befreiungstatbestände entspräche die Situation der jetzigen Rechtslage und hätte keinen Einfluss auf den Schutz der Minderheitsaktionäre. Bereits im Rahmen der jetzigen Verfahren i.R.d. §§ 36 und 37 WpÜG ist eine Beteiligung der Aktionäre der Zielgesellschaft nicht ausdrücklich vorgesehen. Im Vergleich zur Rechtslage *de lege lata* würde die BaFin auch nicht mehr belastet.[44] Vielmehr würde sie sogar entlastet, da nur noch Sachverhalte mit schwieriger Rechtslage in einem förmlichen Verfahren zu prüfen wären.

IV. Übertrag auf Europa: Konkretisierung der Befreiungstatbestände

Die von der Kommission in Auftrag gegebene externe Studie lässt eine starke „Rechtsharmonisierung von unten" erkennen.[45] Entsprechend den Vorgaben der Richtlinie in Art. 4 Abs. 5 (i) und (ii) RL setzen Mitgliedsstaaten Ausnahmen in nationalen Regelungen fest oder ermächtigen die Aufsichtsstellen, in ihrem Zuständigkeitsbereich Ausnahmen vom Pflichtangebot zuzulassen. Dabei sind die Behörden, wie in Deutschland, entweder durch das nationale Recht in ihrer Ermessensausübung beschränkt, oder die Befreiungsentscheidungen stehen vollkommen im Ermessen der Behörde.[46] Stehen die Entscheidungen vollkommen im Ermessen einer Behörde, werden Leitfäden herausgegeben, welche die Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer erhöhen. Daneben erlauben einige Mitgliedsstaaten eine Entscheidung durch die Gesellschafter in Form eines Hauptversammlungsbeschlusses (*Whitewash*-Beschluss).[47]

Die Kommission selbst hat sich dahingehend geäußert, dass in derartigen Fällen, in denen „kein echter Kontrollwechsel stattfindet"[48], das Ziel der Richtlinie nicht gefährdet wird. Mit Blick auf den Subsidiaritätsgrundsatz gem. Art. 5 Abs. 3 AEUV, der besagt, dass Maßnahmen nur getroffen werden dürfen, wenn sie für die Erreichung eines Ziels erforderlich sind, müsste eine weitergehende Harmonisierung anders begründet werden.[49] Diese Begründung ist in der Erhöhung der Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer zu erblicken.[50] Zudem senkt eine Verringerung der Rechtszersplitterung die Transaktionskosten.[51] Eine weitergehende Rechtsvereinheitlichung wäre somit ein Mittel, um die Effizienz des europäischen Binnenmarktes zu steigern.[52] Ferner wird durch eine europaweite Regelung auch für die Zukunft sicherstellt, dass die Mitgliedsstaaten den Schutz der Minderheitsaktionäre nicht reduzieren können.[53]

Ein Vorschlag zur Umsetzung ist die Formulierung verschiedener Kategorien auf Richtlinienebene, in welchen die Möglichkeit zur Befreiung vorgesehen wird. Diskussionswürdig erscheint, ob durch eine Verordnung die Befreiung auf europäischer Ebene bereits tatbestandlich noch weitergehend konkretisiert werden sollte.[54] Diese Konkretisierung hätte dann unmittelbare Geltung in jedem Mitgliedsstaat,[55] wobei sich auch territorial Staaten vom Anwendungsbereich ausgrenzen ließen.[56] Dies wäre aufgrund der anderen Rechtskultur im Vereinigten Königreich erforderlich. Der Vorteil einer Konkretisierung durch eine Verordnung ist die Möglichkeit einer einfacheren Anpassung nach weiteren Erfahrungen im Umgang mit den Befreiungstatbeständen in der Zukunft und somit die Vermeidung einer Versteinerung des Rechts.[57]

Die Kategorisierung auf Richtlinienebene müsste diejenigen Situationen erfassen, in denen wirtschaftlich kein Kontrollwechsel stattfindet, wie auch diejenigen, in denen eine Ausübung der Kontrolle tatbestandlich ausgeschlossen ist. Erforderliche Kategorien sind die Umstrukturierung einer Unternehmensgruppe, das nur kurzzeitige oder versehentliche Überschreiten der formellen Kontrollschwelle,[58] die Existenz eines Gesellschafters mit einem höheren Stimmrechtsanteil,[59] persönliche Umstände des Bieters[60] sowie die bloße Forderungssicherung.[61] Zudem müsste geregelt werden, dass ein nachträglicher Kontrollerwerb die Angebotspflicht auslöst.

---

[43] *Versteegen*, in: Hirte/von Bülow (Hrsg.), Kölner Komm WpÜG, 2003, § 37 Rn. 15, 57; *Baums/Hecker*, in: Baums/Thoma (Fn. 12), Stand: 1. Lfg. 5/2004, vor § 35 Rn. 133; *Cascante/Tyrolt*, AG 2012, 97, 111; *von Falkenhausen*, ZHR 174 (2010), 293, 313 f.; *Merkt*, in: Veil (Fn. 27), S. 53, 70; *ders.* (Fn. 37), S. 529, 541 f.; *Brellochs*, NZG 2012, 1010, 1017; *Faden* (Fn. 14), S. 21 f.

[44] Auch spielt es keine Rolle, dass die Entscheidung von finanzieller Tragweite ist, wie ein Vergleich mit dem Umwelt-, Planungs- und Steuerrecht zeigt; vgl. *Merkt*, in: Veil (Fn. 27), S. 53, 66; *ders.* (Fn. 37), S. 529, 539.

[45] So bereits *Merkt*, in: Veil (Fn. 27), S. 53, 67; *ders.* (Fn. 37), S. 529, 539. Eine gesetzliche Ausnahme für Konzernumstrukturierungen findet sich z.B. in Belgien, Italien, Dänemark, Estland, Frankreich, Finnland, den Niederlanden, der Tschechischen Republik, Rumänien und Polen, *Marccus Partners* (Fn. 2), S. 143. Im Vereinigten Königreich steht die Befreiung gem. Note 4 zu Rule 9.1 im Ermessen des *Takeover Panel*.

[46] Finnland, Irland und Vereinigtes Königreich, in Deutschland im Rahmen der Varianten des § 37 Abs. 1 WpÜG, Bericht der Kommission (Fn. 2), S. 8 mit Fn. 28.

[47] Niederlande, Vereinigtes Königreich (Auswahl), *Marccus Partners* (Fn. 2), S. 140 f.

[48] Bericht der Kommission (Fn. 4), S. 8.

[49] Vgl. *Callies*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar, AEUV/EUV^2, 2011, Art. 5 EUV Rn. 20; *Schön*, ZGR 1995, 1, 30.

[50] Das Argument der Rechtssicherheit zur Begründung von Harmonisierungsbestrebungen ist dem Vorwurf der Beliebigkeit ausgesetzt, *Hopt*, in: Mülbert/Kiem/Wittig (Hrsg.), 10 Jahre WpÜG, S. 42, 57; davon dürfte sich die Kommission aber nicht abschrecken lassen, vgl. Bericht der Kommission (Fn. 4), S. 2.

[51] Vgl. *Möllers*, ZEuP, 2008, 408, 503; *Fleischer/Schmolke*, NZG 2009, 401, 408.

[52] Dies ist ein allgemeines Ziel aller Regulierungsbestrebungen, zuletzt Bericht der Kommission (Fn. 4), S. 2; allgemein vgl. treffend den Wortlaut in Erwägungsgrund 1 der Transparenzrichtlinie (Fn. 16).

[53] Eine knappe Übersicht über Vor- und Nachteile von Harmonisierungsbestrebungen findet sich bei *Walla*, in: Veil, Europäisches Kapitalmarktrecht, 2011, § 2 Rn. 52.

[54] Im Rahmen des *Lamfalussy*-Verfahrens verbliebe die Kategorisierung in der Rahmenrichtlinie, die Konkretisierung würde auf Stufe 2 durch die ESMA erfolgen. Diesen Rechtsakten wäre Außenwirkung zuzusprechen, *Moloney*, in: FS Hopt, 2010, S. 2265, 2271 f., *Walla*, in: Veil (Fn. 53), § 2 Rn. 45 ff.; für Kategorisierung *Meyers*, in: FS Wymeersch, 2009, S. 693, 701 f.

[55] *Ruffert*, in: Callies/Ruffert (Fn. 49), Art. 288 AEUV Rn. 20.

[56] *Ruffert*, in: Callies/Ruffert (Fn. 49), Art. 288 AEUV Rn. 22.

[57] Vgl. *Kötz*, RabelsZ 50 (1996), 1, 11; *Möllers*, ZEuP 2008, 480, 502.

[58] Kurzzeitiges Überschreiten in Italien, Zypern, Belgien, Griechenland, Frankreich, Estland, den Niederlanden, Portugal, der Tschechischen Republik und Deutschland, § 9 S. 1 Nr. 6 WpÜG; aus Versehen bei unverzüglichem Abverkauf in Irland, der Tschechischen Republik, Estland, Rumänien und dem Vereinigten Königreich (Auswahl), *Marccus Partners* (Fn. 2), S. 142 f.

[59] Finnland, Vereinigtes Königreich, Frankreich, Deutschland, § 9 S. 2 Nr. 1 und 2 WpÜG-AV, Irland, Portugal, Spanien, Italien, Belgien (Auswahl), *Marccus Partners* (Fn. 2), S. 143.

[60] Ehe- und Familienrechtliche Sachverhalte sowie Schenkungen, Frankreich, Italien, Belgien, Zypern, Dänemark, Estland, Griechenland, Irland, Niederlande, Polen, Spanien, Tschechische Republik, Slowakei, Rumänien, Österreich (Auswahl), *Marccus Partners* (Fn. 2), S. 146.

[61] Unter der Bedingung der Übertragung der Stimmrechte an den wirtschaftlichen Eigentümer, Belgien, Estland, Dänemark, Irland, Polen (Auswahl), *Marccus Partners* (Fn. 2), S. 147 f.

C. Kontrollwechsel: Schutz der Minderheit am Beispiel Konzernsanierung

Die folgende Betrachtung greift das Beispiel einer Befreiung aufgrund einer Unternehmenssanierung heraus, da es zumindest im deutschen Recht eine der am häufigsten in Anspruch genommenen Befreiungen ist. Vorzustellen ist ein Szenario, wie es der gängigen Praxis entspricht:[62] Eine Zielgesellschaft in wirtschaftlichen Schwierigkeiten findet einen Investor, der bereit ist, der Gesellschaft neues Eigenkapital zuzuführen. Dazu wird eine Kapitalerhöhung in der Hauptversammlung beschlossen. Die neuen Aktien, die häufig in Form einer Bezugsrechtsemission ausgegeben werden, können sodann vom Bieter gezeichnet werden.[63]

I. Deutschland: Behördenentscheidung

In Deutschland wird die Rechtslage von § 37 Abs. 1 WpÜG i.V.m. § 9 1 Nr. 3 WpÜG-AV erfasst. Entsprechend der Verwaltungspraxis der BaFin setzt die Sanierungsbefreiung die Sanierungsbedürftigkeit der Zielgesellschaft im Sinne eines existenzbedrohenden Risikos (§ 322 Abs. 2 HGB), daneben die Sanierungsfähigkeit und einen über den bloßen Kontrollwechsel hinausgehenden Sanierungsbeitrag des Antragsstellers voraus.[64] Die BaFin wird für ihre zu enge Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Sanierungsbedürftigkeit kritisiert.[65] Mit Blick auf den Minderheitenschutz ist dies zwar zu begrüßen, doch würde dieser selbst mit einer weiteren Auslegung nicht gefährdet, da die Entscheidung letztlich ohnehin im Ermessen der Behörde auf Rechtsfolgenseite steht. An dieser Stelle sei nur darauf verwiesen, dass die Auswirkungen in der Praxis beschränkt sind, da die BaFin die Befreiungsanträge allgemein nur sehr selten ablehnt.[66]

Für die weiteren Ausführungen ist anzunehmen, dass der Sachverhalt die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt. Es steht somit im Ermessen der BaFin, ob sie die Befreiung erteilt.[67] Dabei geht sie in ihrer Anwendungspraxis nicht auf den Hauptversammlungsbeschuss der Sanierungskapitalerhöhung ein.[68] Eine Gefährdung für die Minderheitsaktionäre stellt diese Praxis nicht dar, da sie die Interessen der Minderheitsaktionäre in der Abwägung berücksichtigt.[69] Allerdings wäre eine Klarstellung des Gesetzgebers dahingehend zu begrüßen, dass die BaFin bei einem qualifizierten und informierten Beschluss der Hauptversammlung im Rahmen einer Sanierungskapitalerhöhung regelmäßig von einem Überwiegen der Interessen des Bieters ausgehen soll.

II. Vereinigtes Königreich: *Whitewash*-Beschluss

Anders ist die Rechtslage im Vereinigten Königreich, wo ein *Whitewash*-Beschluss für eine Befreiung vom Pflichtangebot vorausgesetzt wird. Im Jahr 2012 wurden vom *Takeover Panel* 21 Befreiungen von der Anwendung des *City Codes* gestattet, wobei dessen Report weder Begründungen noch die Zahl der Anträge offenbart.[70] Zudem wurde 70 Hauptversammlungen eine Entscheidung über eine Befreiung vom Pflichtangebot vorgelegt. Aus der Statistik wird allerdings nicht ersichtlich, wie vielen Befreiungsanträgen zugestimmt wurde.[71] Zudem lässt sich nicht ableiten, wie viele Befreiungen aufgrund welcher Ausnahme gewährt wurden.

Die grundsätzliche Regelungstechnik des *City Code* ähnelt der des deutschen WpÜG. Während *Rule 9* die Abgabe eines Pflichtangebots bei Überschreiten der Kontrollschwelle i.H.v. 30% vorschreibt, gestatten die *Notes on Dispensations from Rule 9* Ausnahmen. Diese stehen im Ermessen des *Takeover Panel*. Eine dieser Ausnahmen ist die *Rescue Operation* gem. Nr. 3 der *Notes on Dispensation*. Um die Voraussetzungen dieser Befreiungsmöglichkeit zu erfüllen, muss die Zielgesellschaft innerhalb weniger Stunden zahlungsunfähig werden.[72] Zwar steht die Entscheidung über die Befreiung vom Pflichtangebot dem Wortlaut nach im Ermessen des *Takeover Panel*, doch verlangt dieses für eine endgültige Befreiung vom Pflichtangebot stets einen Beschluss der Hauptversammlung der Zielgesellschaft.[73] Erfolgt eine derartige Beschlussfassung in der Hauptversammlung nicht, bleibt die Bietergesellschaft zur Abgabe eines Pflichtangebots verpflichtet; der Angebotspreis kann dann vom *Takeover Panel* korrigiert werden.[74] Das Verfahren zum Hauptversammlungsbeschluss ist in der *Whitewash Guidance Note* (Appendix 1 des *Code*) geregelt. Dadurch wird insbesondere sichergestellt, dass die Minderheitsaktionäre vor der Beschlussfassung angemessen über die Konsequenzen ihrer Abstimmung informiert werden. Das *Whitewash-Circular*, das sie zu diesem Zweck erhalten, bedarf einer vorherigen Genehmigung durch das *Panel*.[75] Bei der Abstimmung sind der Bieter und von ihm abhängige Aktionäre nicht stimmberechtigt.[76]

Das Übernahmerecht des Vereinigten Königreichs würdigt die Interessen der Minderheitsaktionäre folglich durch die Verlagerung der Entscheidungskompetenz in die Hände der Minderheitsaktionäre.[77] Die Anzahl der veröffentlichten *Whitewash-Circulars* deutet zudem darauf hin, dass die Möglichkeit der Abstimmung in der Hauptversammlung in der Rechtspraxis ohne Hemmung des Marktes für Unternehmensübernahmen den Schutz der Minderheitsaktionäre ermöglicht. Das System des Vereinigten

---

[62] Entsprechend *Seiler*, CFL 2010, 102.

[63] Vgl. nur die Befreiungsentscheidung der BaFin vom 25.7.2012 (Enerxy AG, vormals Business Media China AG), abrufbar unter: http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Befreiungsentscheidung/enerxy.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (letzter Abruf am 28.09.2012).

[64] *Lenz/Linke*, AG 2002, 361, 367; *Strunk/Salomon/Holst*, in: Veil (Fn. 27), S. 1, 36; *Seibt*, CFL 2011, 324, 235; *Schmidt/Schlitt*, Der Konzern 2009, 279, 286, ebenso die Befreiungsentscheidung der BaFin vom 25.7.2012 (Fn. 63), S. 3.

[65] *Versteegen*, in: Kölner Komm WpÜG (Fn. 9), § 37 Anh. – § 9 AngebVO Rn. 20; *Ekkenga*, in: Ehricke/Ekkenga/Ochsler (Fn. 21), § 37 Rn. 24; *Schlitt/Ries*, in: MünchKomm AktG (Fn. 8), §§ 8-12 WpÜG-AVO Rn. 18; *Bernau*, WM 2004, 809, 814; *Seibt*, ZIP 2004, 1829, 1836 – erhebliche wirtschaftliche Verschlechterung genügt.

[66] Vgl. bereits die Ausführungen zu § 36 Nr. 3 WpÜG, oben 0.

[67] *Versteegen*, in: Kölner Komm WpÜG (Fn. 9), § 37 Rn. 78, *Schlitt/Ries*, in: MünchKomm AktG (Fn. 8), § 37 Rn. 2; *Krause/Pötzsch*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider (Fn. 8), § 37 Rn. 79.

[68] Vgl. *Lenz/Linke*, AG 2002, 361, 367 f.; ebenso die Befreiungsentscheidung der BaFin vom 25.7.2012 (Fn. 63), S. 3.

[69] In diese Richtung auch *Krause/Pötzsch*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider (Fn. 8), § 9 WpÜG-AngVO Rn. 39; *Seiler*, CFL 2010, 102, 106 f.

[70] Takeover Panel Report 2013, abrufbar unter: http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/report 2013.pdf (letzter Abruf am 28.09.2013), S. 17. Die Daten entstammen zwar dem Report für das vergangene Geschäftsjahr, welches am 31.3.2013 endete, doch beziehen sich die angegebenen Daten auf das Kalenderjahr 2012.

[71] Takeover Panel Report 2013 (Fn. 70), S. 17.

[72] Vgl. *Crawshay*, in: Veil (Fn. 27), S. 83, 91 f.

[73] *Crawshay*, in: Veil (Fn. 27), S. 83, 92.

[74] *Note 3* der *Notes on Dispensation from Rule 9* des *City Code*.

[75] *Rule 2 c* der *Whitewash Guidance Note* des *City Code*.

[76] *Rule 2 e* der *Whitewash Guidance Note* des *City Code*.

[77] *Zinser*, RIW 2001, 481, 485; *ders.*, NZG 2000, 573, 574.

Königreichs etabliert damit ein sehr hohes Niveau des Minderheitenschutzes.[78]

III. Österreich: Befreiung *ex lege*

Das österreichische Übernahmerecht hingegen gestattet eine Ausnahme vom Pflichtangebot für Sanierungszwecke *ex lege* gem. § 25 Abs. 1 Nr. 4 Var. 1 ÜbG. Wie bereits im Rahmen der Konzernumstrukturierung wird der Bieter zur Anzeige des Sachverhalts gegenüber der Übernahmekommission verpflichtet. Die bloße Anzeigepflicht gem. § 25 ÜbG löst eine Gebührenforderung i.H.v. € 10.700 aus.[79] Diese ermöglicht der Übernahmekommission, die Marktüberwachung effizient durchzuführen und erforderliche Maßnahmen zu ergreifen.[80] Die Anzeigepflicht nach § 24 Abs. 1 S. 3 ÜbG im Rahmen der Konzernumstrukturierung begründet im Gegensatz dazu keine Gebührenpflicht.[81]

Diese Darstellung verdeutlicht die Systematik des ÜbG. Der österreichische Gesetzgeber berücksichtigt, dass die Befreiungstatbestände unterschiedliche Auswirkungen auf die Stellung eines Minderheitsaktionärs haben. § 24 ÜbG befreit im Falle von Sachverhalten, bei denen aus materieller Sicht keine Beherrschungsmöglichkeit entsteht oder kein Kontrollwechsel stattfindet.[82] § 25 ÜbG erfasst diejenigen Befreiungstatbestände, welche volkswirtschaftliche oder private Einzelinteressen privilegieren.[83] In beiden Fällen besteht eine Anzeigepflicht, welche die aufsichtsrechtliche Kontrolle ermöglicht. Um dieser nachzukommen, bedarf es der Prüfung der Tatbestandsmerkmale durch die Behörde. Weicht die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts durch die Übernahmekommission von der des Bieters ab, kann sie nach § 25 Abs. 2 S. 1 ÜbG die Abgabe eines Pflichtangebots anordnen oder die Befreiung als milderes Mittel zunächst unter Auflagen stellen.[84] Umgehungen oder Scheinsachverhalten kann dadurch wirksam entgegnet werden. Auch die Übernahmekommission hat somit wie die BaFin Ermessen.[85] Im Rahmen der Feststellung der Sanierungsbedürftigkeit kann sie feststellen, ob die Interessen der Minderheitsaktionäre ausreichend berücksichtigt sind.[86]

IV. Kategorisierung der Befreiungstatbestände auf europäischer Ebene

Die rechtsvergleichenden Betrachtungen erlauben folgende Schlüsse. Erstens kann aus einer Befreiung *ex lege* nicht *per se* der Schluss gezogen werden, dass der Minderheitenschutz zurücktritt. Zweitens wird der Schutz der Minderheitsaktionäre in allen drei Staaten regelungstechnisch unterschiedlich, mit Blick auf die Wirkung des Minderheitenschutzes jedoch mit vergleichbarer Effektivität ermöglicht. Ein Einschreiten der Kommission ist daher in diesen drei Mitgliedsstaaten nicht erforderlich.

Auch im Vergleich zu weiteren Mitgliedsstaaten ist im Rahmen der Sanierungsbefreiungen eine selbstständige Harmonisierung zu erkennen.[87] Der Ausnahmetatbestand der Sanierungsbefreiung sollte daher auf Richtlinienebene in einer weiteren Kategorie erfasst werden. Der Rechtsvergleich hat jedoch gezeigt, dass in den verschiedenen Mitgliedsstaaten, insbesondere England, verschiedene Rechtskulturen auf dem Kapitalmarkt vorherrschen, in welche eine weitergehende Konkretisierung auch auf Tatbestandsebene zu stark eingreifen würde. Die Befreiung vom Pflichtangebot durch eine Behörde widerspräche dem Selbstverständnis des Vereinigten Königreichs, wonach die Entscheidung durch die Eigentümer die ökonomisch sinnvollste ist.[88] Andererseits würde eine Verlagerung in die Hände der Aktionäre in Deutschland weitere Angriffspunkte für Anfechtungsklagen bieten, wodurch Sanierungen behindert würden. Vielmehr sollte die Richtlinie den Mitgliedsstaaten durch einen bloßen Schutzauftrag ermöglichen, innerhalb ihrer jeweiligen Rechtskultur einen angemessenen Schutz der Minderheitsaktionäre sicherzustellen. Dies kann in Staaten, die eine Befreiung *ex lege* vorsehen, durch einen engen Wortlaut oder eine entsprechend restriktive Auslegung ermöglicht werden, während der Tatbestand in Staaten, bei denen eine Behörde oder die Hauptversammlung entscheidet, nicht so eng angelegt sein muss. Eine derartiger Schutzauftrag entspricht letztlich auch dem Grundprinzip einer Richtlinie gem. Art. 288 AEUV, der die Wahl und Form der Mittel zur Umsetzung der Richtlinienziele den Mitgliedsstaaten überlässt.[89]

D. Fazit

„The life of the law has not been logic: it has been experience."[90] Diese Erkenntnis von *Holmes* sollte auch bei der Reform der Übernahmerichtlinie aufgegriffen werden, indem die „Harmonisierung von unten" aufgegriffen wird:

1. Bei einer Regelung der Befreiungstatbestände auf europäischer Ebene ist danach zu differenzieren, ob im Rahmen einer Befreiung Minderheitsinteressen schutzbedürftig sind oder nicht. Nicht schutzbedürftig sind Minderheitsaktionäre, wenn die Befreiung eine bloße Materialisierung des Kontrollbegriffs darstellt.

2. Diejenigen Befreiungsgründe, bei denen mangels Kontrollwechsel keine Gefährdung besteht, sollten zur Steigerung der Effizienz des Kapitalmarkts tatbestandlich harmonisiert werden. Aufgrund der bereits bestehenden selbstständigen Harmonisierung sind die Eingriffe vertretbar.

3. Befreiungsgründe, bei denen die Minderheitsaktionäre gefährdet sind, sollten auf europäischer Ebene lediglich kategorisiert werden. Diese Kategorisierung sollte abschließend sein, um den Minderheitenschutz zu gewährleisten. Die konkrete Ausgestaltung des Schutzes der Minderheitsaktionäre sollte hingegen weiterhin bei den Mitgliedsstaaten verbleiben.

---

[78] *Zinser*, NZG 2000, 573, 575 – Vorbildfunktion.
[79] *Diregger/Kalss/Winner* (Fn. 33), V Rn. 276, *Huber*, Übernahmegesetz (Fn. 30), § 25 Rn. 12.
[80] *Diregger/Kalss/Winner* (Fn. 33), V Rn. 252.
[81] *Diregger/Kalss/Winner* (Fn. 33), V Rn. 276.
[82] *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht, § 23 Rn. 146; *Huber*, Übernahmegesetz (Fn. 30), § 24 Rn. 4; *Merkt*, in: Veil (Fn. 27), S. 53, 64; *ders.* (Fn. 37), S. 529, 537.
[83] *Diregger/Kalss/Winner* (Fn. 33), V Rn. 225.
[84] *Huber*, Übernahmegesetz (Fn. 30), § 25 Rn. 36.
[85] *Versteegen*, in: Kölner Komm WpÜG (Fn. 9), § 37 Rn. 14.
[86] Vgl. Entscheidung der Übernahmekommission v. 28.11.2011 (S&T Systems Integration & Technology Distribution AG), abrufbar unter: http://www.uebkom.at/takeover_new/entscheidungen.php?funkt=2 (letzter Abruf am 28.09.2013), S. 19 ff.
[87] Sanierungsbefreiungen gibt es in Frankreich, Deutschland, Italien, Belgien, Dänemark, Finnland, Griechenland, Irland, den Niederlanden, Polen, Portugal, Spanien, der Tschechischen Republik und dem Vereinigten Königreich (Auswahl), *Marccus Partners* (Fn. 2), S. 148.
[88] *Versteegen*, in: Kölner Komm WpÜG (Fn. 9), § 35 Rn. 25.
[89] *Ruffert*, in: Callies/Ruffert (Fn. 49), Art. 288 AEUV Rn. 26.
[90] *Holmes*, The Common Law, 1881, S. 1.

Alexander J. Ulmer*

Vorstandshaftung trotz sachverständiger Beratung?

A. Einleitung

Nunmehr 16 Jahre nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Sachen *ARAG/Garmenbek*[1], drängt gegenwärtig mit der Haftung von Gesellschaftsorganen die nächste Problemstellung, die US-amerikanische Gerichte seit langer Zeit befasst,[2] in den Blickpunkt der deutschen Rechtsprechung[3] und Forschung[4]. Der Themenkomplex lässt sich prägnant auf die Frage reduzieren, ob Gesellschaftsorgane auch dann einer Haftung ausgesetzt sein sollten, wenn sie ihr Handeln auf die Beratung eines sachkundigen, aber im Einzelfall irrenden Experten gestützt haben.

Für die Haftung von Vorständen nach deutschem Recht sind charakteristisch insbesondere das gespaltene Haftungsregime für unternehmerische Entscheidungen im Rahmen der *business judgment rule* einerseits und der strengen Haftung für sonstige Pflichtverletzungen anderseits sowie die hohen Anforderungen an eine Enthaftung.

Im Folgenden wird daher nach einer kursorischen Darstellung der gegenwärtigen Rechtslage vorgeschlagen, die Haftung für sonstige Pflichtverstöße in Anlehnung an die Haftung nach § 93 I 2 AktG zu gestalten. Dabei werden sowohl Erkenntnisse des US-Rechts als auch Ansätze der ökonomischen Analyse des Rechts berücksichtigt.

B. Überblick zur gegenwärtigen Rechtslage

Der Vorstand hat gebundene Entscheidungen insbesondere im Rahmen seiner Legalitätspflicht zu treffen. Typische Fallgruppen sind die bilanzielle Feststellung der Überschuldung nach § 15a InsO[5] und die Kapitalerhaltungspflicht,[6] insbesondere nach § 93 III AktG.

I. Anforderungen an sachkundige Beratung

Der Bundesgerichtshof hat rudimentäre Voraussetzungen für die Enthaftung von Vorstandsmitgliedern bei schadensersatzpflichtigem Handeln in Folge sachkundiger Beratung herausgearbeitet, die auch im Schrifttum auf überwiegende Zustimmung gestoßen sind.

Das erste Erfordernis soll die Auswahl eines unabhängigen und sachkundigen Beraters sein.[7] Dies wirft Fragen dahingehend auf, welche Anforderungen an die Sachkunde des einzelnen Beraters zu stellen sind, wie diese zu ermitteln ist und welche Pflichten den Ratsuchenden treffen. Einheitlich verlangen das OLG Stuttgart und der Bundesgerichtshof einen fachlich qualifizierten Berufsträger.[8]

Im Schrifttum wird dazu diskutiert, wie dieses Kriterium im Detail auszulegen ist; daneben auch, inwieweit zwischen interner Expertise, beispielsweise durch Rechtsabteilungen, und externer Beratung, typisch durch unabhängige Rechtsanwälte, zu unterscheiden ist. Der überwiegende Teil der Literatur belässt es bei einer formalen Betrachtung, sodass ein »fachlich qualifizierter Berater« jeder zugelassene Rechtsanwalt ist.[9] Teilweise wird hingegen eine zusätzliche Qualifikation des Beratenden gefordert, etwa ein Fachanwaltstitel im Rechtsgebiet des einzuholenden Rates.[10]
Die Anforderungen an das Kriterium der Unabhängigkeit des Beraters wurden in der *Ision*-Entscheidung konkretisiert. Demnach ist jedenfalls derjenige Berater nicht unabhängig, der gleichzeitig als Aufsichtsrat der Gesellschaft tätig ist.[11] Eine Unterscheidung trifft der Senat zudem zwischen der Beratung hinsichtlich der Entscheidung und der Ausarbeitung der erforderlichen Unterlagen und Umsetzung. Nur erstere sind für die Enthaftung der Vorstände relevant.[12] Daneben soll es auch Geschäftspartnern der Gesellschaft an der notwendigen Unabhängigkeit mangeln.[13]

Der Bundesgerichtshof lässt jedoch offen, wie interne Expertise – beispielsweise Gutachten oder Beratung durch die eigene Rechtsabteilung – zu bewerten ist. Zutreffend erscheint eine Auslegung der Unabhängigkeit in dem Sinne, dass sichergestellt sein muss, dass Rechtsabteilungen ihren Rechtsrat ohne betrieblichen Einfluss geben.[14] Letzterer soll nach vereinzelter Auffassung jedoch bereits dann vorliegen, wenn die Fragestellung des Vorstandes nicht hinreichend offen formuliert ist, sondern eine bereits ersonnene Maßnahme rechtlich abgesichert werden soll.[15] Grundsätzlich ist die Rechtsabteilung jedoch stets als unabhängiger Berater im Sinne der Rechtsprechung zu betrachten.

Weiterhin legt die Rechtsprechung dem Vorstandsmitglied die Pflicht auf, die erhaltenen Informationen hinreichend auf Plausibilität zu prüfen.[16] In *Ision* konkretisiert der Bundesgerichtshof zudem, dass eine Plausibilitätskontrolle

---

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

1 BGHZ 135, 244.

2 Erstmals besonders deutlich: *Gilbert v. Burnside*, 13 A.D.2d 982 (1961).

3 BGH, ZIP 2006, 1538; BGH, ZIP 2007, 1265; BGH, ZIP 2011, 2097 – *Ision*; BGH, NZG 2012, 672; OLG Stuttgart, NZG 2009, 2386.

4 Noch vor der *Ision*-Entscheidung: *Fleischer*, in: FS Hüffer, 2010, S. 187; *Binder*, AG 2008, 274; *Fleischer*, ZIP 2009, 1397; nach der *Ision*-Entscheidung: *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247; *Wagner/Loritz*, DStR 2012, 2189; *Müller*, NZG 2012, 98; mit Blick auf die Haftung von Bankvorständen: *Hopt*, ZIP 2013, 1793.

5 Vormals § 92 II AktG, § 64 I GmbHG.

6 Vgl. BGH, ZIP 2006, 1538; OLG Stuttgart, ZIP 2009, 2386; BGH, ZIP 2011, 2097 – *Ision*.

7 BGH, ZIP 2007, 1265, juris-Rn. 17.

8 BGH, ZIP 2007, 1265, juris-Rn. 18; OLG Stuttgart, ZIP 2009, 2386, juris-Rn. 33.

9 So insbesondere die strafrechtliche Literatur zum (unvermeidbaren) Verbotsirrtum mit Verweis auf die Unfähigkeit des Laien zur Bewertung von Erfahrung und Fähigkeit: *Vogel*, in: Leipziger Kommentar[11], 2003, § 17 Rn. 81; **a.A.**: mit Graduierung nach Schwierigkeit der Rechtsfrage: *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch[28], 2010, § 17 Rn. 18.; für die zivilrechtliche Literatur: *Fleischer*, ZIP 2009, 1397, 1403; *Kiefer/Krämer*, AG 2012, 498, 501.

10 *Binder*, AG 2008, 274, 285 f.; *Strohn*, ZHR 2012, 137, 141.

11 BGH, ZIP 2011, 2097, juris-Rn. 18.

12 BGH, ZIP 2011, 2097, juris-Rn. 22.

13 Zur Haftung eines fakultativen Aufsichtsrates: BGH, ZIP 2007, 224, juris-Rn. 13.

14 *Wagner*, BB 2012, 651, 656; mit Hinweis auf die unter Umständen nicht minder große Abhängigkeit externer Berater: *Fleischer*, NZG 2010, 121, 123.

15 *Strohn*, ZHR 2012, 137, 141; wiederum **a.A.** mit Verweis auf die Fähigkeit von Unternehmensjuristen zur neutralen Bewertung und die personelle Begrenztheit von Rechtsabteilungen: *Kiefner/Krämer*, AG 498, 501.

16 BGH, ZIP 2007, 1265, juris-Rn. 14; BGH, ZIP 2011, 2097, juris-Rn. 18, 25; OLG Stuttgart, ZIP 2009, 2086, juris-Rn. 33.

des Vorstandes auch nicht bei Vertrauen in die Fachkompetenz einer Kanzlei entfällt.[17] Daneben bedingt eine solche Kontrolle durch den Vorstand auch, dass die Beratung schriftlich erfolgt – jedenfalls, wenn der Sachverhalt von einiger Komplexität ist.[18] Vereinzelt wird in der Literatur als notwendig erachtet, dass das Vorstandsmitglied seine eigene Plausibilitätsprüfung dokumentiert.[19]

II. Objektive oder kombiniert objektiv/subjektive Kontrolle?

Auch nach den letzten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes ist die Frage nach dem Bewertungsmaßstab der Beratung nicht endgültig geklärt. Zur Auswahl stehen dabei eine objektive Kontrolle, die alle Voraussetzungen der Enthaftung der vollen Überprüfung des Gerichtes unterwirft, sowie eine reduzierte Kontrolldichte in Anlehnung an die Regelung des § 93 I 2 AktG. Wenngleich dies der jüngsten Entscheidung nicht deutlich zu entnehmen ist, scheint die Rechtsprechung zu einer objektiven Kontrolle zu tendieren.[20]

III. Wirkung von sachkundig beratenen Entscheidungen

Von Bedeutung ist schließlich auch die Wirkung sachkundiger Beratung im Rahmen von Verletzungen der Legalitätspflicht. Nach ganz überwiegender Ansicht führt eine falsche Beratung durch Sachkundige nach den oben benannten Kriterien zu einem unvermeidbaren Verbotsirrtum, welcher das Verschulden ausschließt, die Pflichtverletzung an sich aber unberührt lässt.[21]

Bis dato vereinzelt geblieben ist die Ansicht von *Fleischer*, fachkundige Beratung führe zu einem Ausschluss des Tatbestandes, da Handeln nach entsprechender Beratung bereits nicht mehr pflichtwidrig sei.[22] Für diese Wertung wird die Parallele zur *safe-harbor*-Regelung des § 93 I 2 AktG angeführt, der ebenfalls eine tatbestandsausschließende Wirkung habe.[23] Hierauf wird auch noch im Zusammenhang mit der Rechtsvergleichung vertieft einzugehen sein.

C. Übertragung des Konzeptes der *business judgment rule*

Nach wie vor Gegenstand von Diskussion, aber inzwischen anerkannt, kennt das deutsche Aktienrecht seit der Reform durch das UMAG[24] im Rahmen der *business judgment rule* das Regelungsmodell des *safe harbors*. Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob dieses Konzept auf eine Enthaftung bei sachkundiger Beratung übertragen werden kann und welche Anforderungen hieran zu stellen sind.

I. Hintergrund des Regelungsmodells

Hierfür ist zunächst der Hintergrund der *business judgment rule* auszuleuchten, um eventuelle Divergenzen aufzuzeigen. Der Charakter der *business judgment rule* im deutschen Recht ist nicht vollends geklärt.[25] Im Folgenden wird von der Regelung als *safe-harbor*-Konstruktion ausgegangen, der zufolge an die Verhaltenspflicht des Vorstands ein abweichender justizieller Bewertungsmaßstab angelegt wird, der zu einem Tatbestandsausschluss führen kann.

Diesem, auf *Eisenberg* zurückgehenden[26] Modell, liegt die Erkenntnis zugrunde, dass aufgrund von Asymmetrien bei Informations- und Risikoverteilung sowie der notwendig strengen Hierarchie einer Kapitalgesellschaft der Maßstab späterer justizieller Bewertung *(standard of review)* und die Verhaltenspflichten der Geschäftsleiter *(standard of conduct)* nicht deckungsgleich sein können.[27] Dementsprechend ist für die nachträgliche justizielle Bewertung ein anderer Maßstab anzulegen, um sicherzustellen, dass die potenzielle Haftung eines Geschäftsleiters für eine Handlung dessen Nutzen nicht um ein Vielfaches übersteigt[28] und die Haftung eines Geschäftsleiters nicht unangemessen groß ist.[29] Schließlich muss sichergestellt sein, dass Geschäftsleiter nicht konträr zum Aktionärsinteresse dazu motiviert werden, möglichst risikoavers zu handeln und profitable Geschäftschancen aufgrund hohen Risikos nicht wahrzunehmen.[30]

Um diesem Problem zu begegnen, soll die justizielle Bewertung neben einer strengen Kontrolle der Entscheidungsfindung[31] inhaltlich auf eine Rationalitätskontrolle beschränkt werden.[32] Einer Haftung sind Geschäftsleiter dann lediglich ausgesetzt, wenn ihre Entscheidung ohne die Anwendung der gebotenen Sorgfalt zustande gekommen oder grob irrational ist.

II. Anwendung auf Entscheidungen nach sachkundiger Beratung

Des Weiteren stellt sich die Frage, wie die Beobachtungen aus der Organhaftung bei unternehmerischen Entscheidungen verallgemeinert und für Entscheidungen nach fachkundiger Beratung fruchtbar gemacht werden können, sodass auch bei sämtlichen Entscheidungen, die in Folge ordnungsgemäßer und sachkundiger Beratung getroffen wurden, lediglich eine Bewertung des Informationsprozesses und eine Rationalitätskontrolle vorgenommen würden.

Vergleicht man die grundsätzliche Problemstellung, zeigen sich folgende Parallelen: Wie auch bei unternehmerischen Entscheidungen sind Geschäftsleiter bei allen und – wie die *Ision*-Entscheidung[33] des Bundesgerichtshofes eindrucksvoll illustriert – gerade auch bei gebundenen Entscheidungen der Gefahr erheblicher Regressansprüche ausgesetzt. Diese Haftung kann – wie auch die Haftung für falsche unternehmerische Entscheidungen – die Vergütung eines Geschäftsleiters und damit auch seinen persönlichen Gewinn bei weitem übersteigen und somit die Bestellung geeigneter

---

[17] BGH, ZIP 2011, 2097, juris-Rn. 25.
[18] BGH, ZIP 2011, 2097, juris-Rn. 24.
[19] *Strohn*, ZHR 2012, 137, 142; wiederum **a.A.** mit Verweis auf den Entscheidungsprozess in der Praxis, der von Teilauskünften geprägt sei und eine finale Prüfung aller Entscheidungsumstände nicht zulasse: *Kiefner/Krämer*, AG 2012, 498, 499.
[20] BGH, ZIP 2008, 1675.
[21] Sehr deutlich: BGH, ZIP 2011, 2097, juris-Rn. 16; ebenso: BGH, ZIP 2007, 1265, juris-Rn. 14; OLG Stuttgart, ZIP 2009, 2086, juris-Rn. 31; *Hopt*, in: Großkommentar Aktiengesetz[4], 2008, Bd. 3, § 93 Rn. 255; in Anlehnung an die Rechtsprechung: *Strohn*, ZHR 2012, 137, 139; zur Haftung wegen verzögerter Stellung eines Insolvenzantrages: OLG Stuttgart, ZIP 1998, 232, juris-Rn. 14.
[22] *Fleischer* (Fn. 4), 187, 291; *ders.*, ZIP 2009, 1397, 1405.
[23] Insbesondere mit rechtsvergleichendem Verweis auf das US-amerikanische Gesellschaftsrecht: *Fleischer* (Fn. 4), 187, 191; *ders.*, ZIP 2009, 1397, 1405.
[24] BT-Drs. 15/5092.
[25] Siehe oben unter 1. Teil, B. I.
[26] *Eisenberg*, 62 Fordham L. Rev. 437; *ders.*, Der Konzern 2004, 386.
[27] *Eisenberg*, Der Konzern 2004, 386, 387.
[28] *Eisenberg*, Der Konzern 2004, 386, 392.
[29] *Eisenberg*, Der Konzern 2004, 386, 394.
[30] *Eisenberg*, Der Konzern 2004, 386, 394; mit anderem Ansatz auch: *Koch* AG 2012, 427, 434 f.
[31] Siehe zum Entscheidungsprozess bei der *business judgment rule* bereits oben unter 2. Teil, B.
[32] *Eisenberg*, Der Konzern 2004, 386, 394 f.
[33] BGH, ZIP 2011, 2097.

Geschäftsleiter erschweren. Hinzu kommt bei gebundenen Entscheidungen – und in geringem Maße auch bei unternehmerischen Entscheidungen, die auf komplexen (technischen) Sachfragen beruhen – dass diese tendenziell komplexe juristische oder technische Fragen aufwerfen, die juristische respektive technische Laien kaum beantworten können. Um den Arbeitsmarkt für Unternehmensleiter möglichst weit zu halten, erscheint es begrüßenswert, deren persönliches Risiko zu begrenzen, indem *omnis culpa* zwar fortgilt, aber auf die ordnungsgemäße Informationsbeschaffung reduziert wird.

Daneben besteht auch bei unternehmerischen Entscheidungen auf Grundlage sachkundiger Beratung das nicht unerhebliche Risiko eines verlustbringenden Ergebnisses; bei gebundenen Entscheidungen besteht entsprechend das Risiko, von einem rechtswidrigen Ergebnis auf fehlerhafte Entscheidungen zu schließen *(outcome bias)*. Dies erscheint unter Fairness-Gesichtspunkten problematisch, da Geschäftsleiter auch unter Aufwendung der größten Sorgfalt – beispielsweise durch die Hinzuziehung eines unbestreitbar kompetenten Experten – im Zweifel einer Haftung nicht entgehen können. Auch hier besteht somit eine Parallele zur Ausgangssituation der *business judgment rule*.

Wendet man sich schließlich dem Ziel zu, die Risikoaversion von Geschäftsleitern aufgrund drohender Haftung bei lukrativen Geschäftschancen zu reduzieren, bedarf dies bei Entscheidungen auf Grundlage sachkundiger Beratung einer eingehenden Auseinandersetzung. Zunächst ist fraglich, was sich aus der Tatsache ergibt, dass sachkundige Beratung unter Umständen bereits im Rahmen angemessener Information Teil der Anforderungen der *business judgment rule* ist. Die angemessene Information zwingt den Geschäftsleiter dazu – gegebenenfalls in äußerst beschränktem Maße – Für und Wider einer Handlungsalternative abzuwägen und die profitabelste Alternative auszuwählen.[34] Dies liegt im Interesse des Aktionärs, der einerseits die Gewinnchance bei lukrativen Möglichkeiten behält und gleichermaßen vor den Folgen gänzlich unreflektierter Entscheidungen geschützt wird.

Dieses Modell lässt sich auch auf die sachkundige Beratung übertragen. Dass dem Geschäftsleiter aufgegeben wird, Expertisen hinzuzuziehen, fördert zum einen die Legalität und fachliche Grundlage seines Handelns. Zum anderen mindert es seine durch die drohende Haftung begründete Risikoaversion.[35]

III. Bewertung einer Übertragung unter Berücksichtigung der Regelungsziele der Vorstandshaftung

Ungeachtet der Tatsache, dass die Ausgangssituation auch bei der Haftung für Entscheidungen auf Grundlage sachkundiger Beratung für die Übertragung eines *safe-harbor*-Modells geeignet ist, muss dessen Anwendung ebenso unter Berücksichtigung der Regelungsziele der Vorstandshaftung – Schadensausgleich, Prävention und Gläubigerschutz – betrachtet werden.

Unter dem Gesichtspunkt des Schadensausgleichs ist eine vereinfachte Enthaftung grundsätzlich kritisch zu bewerten. Trotz einer objektiv falschen Entscheidung, die für die Gesellschaft erhebliche Verluste bedeuten kann, wird dieser Schaden nicht kompensiert. Im Falle sachkundiger Beratung greift dieses Argument jedoch zu kurz. Zum einen ist zweifelhaft, ob der entstandene Schaden überhaupt durch das Vorstandsmitglied ausgeglichen werden kann, wenn dieses größere Gesellschaften vertritt und der Schaden das Einkommen weit übersteigt.[36] Hierbei bleibt freilich die Schadenskompensation durch D&O-Versicherungen ungeachtet.

Darüber hinaus ist das Vorstandsmitglied wohl auch nicht den *cheapest insurer*[37] für die Gefahr von Fehlentscheidungen nach sachkundiger Beratung, da es sämtliche Szenarien fehlerhafter Entscheidungen versichern müsste. Der Berater hingegen ist in der Lage, sein Risiko von Falschberatung in einem speziellen Beratungsgebiet zu bündeln und so günstiger abzusichern,[38] sodass ein Schadensausgleich durch eine Inanspruchnahme des Beraters herbeigeführt werden sollte.

Um den Gläubigerschutz in einem solchen Szenario gleichermaßen zu gewährleisten, müsste indes eine § 93 V AktG entsprechende Regelung gefunden werden, die eine unmittelbare Inanspruchnahme des Beraters ermöglicht. Als problematisch könnten sich in diesem Zusammenhang jedoch Haftungsobergrenzen aus den Beratungsverträgen erweisen.

Besonders virulent erscheinen die Auswirkungen einer umfangreichen Enthaftung von Vorständen in Bezug auf den Präventionsgedanken der Vorstandshaftung. Ist der Vorstand – vereinfacht dargestellt – durch jede ordnungsgemäß sachkundig beratene Entscheidung aus der Haftung entlassen, könnte die Überwachung und Verfolgung von Vorstandsmitgliedern, die sich hinter vorteilhaften, möglicherweise interessierten Expertenmeinungen *(favorable advice)* verschanzen, erheblich erschwert werden. Hierdurch würde die präventive Wirkung der Regelung erheblich abgeschwächt. Dieser Gefahr kann aber zuverlässig im Rahmen der Anforderungen an die Einholung von Beratung begegnet werden. Ist der Prozess der Informationsbeschaffung derart ausgestaltet, dass objektiv sachkundiger Rat für eine Enthaftung herangezogen werden muss, wird die Prävention sogar noch dadurch verstärkt, dass Fehlentscheidungen durch Beratung reduziert werden.

IV. Bewertung einer Übertragung unter Berücksichtigung rechtsökonomischer Aspekte der Vorstandshaftung

Daneben sollte die Übertragung des Konzepts der reduzierten justiziellen Bewertung auch unter rechtsökonomischen Gesichtspunkten untersucht werden. Hier ist in Bezug auf die Vorstandshaftung generell festzustellen und allgemein anerkannt,[39] dass eine Erfolgshaftung zu verhindern ist. Zur Begründung wird ebenso einstimmig angeführt, dass nur so zu unterbinden sei, dass nicht den Vorstand selbst das Risiko seiner Entscheidung treffe. Dies liefe einerseits dem

---

[34] Vgl. *Easterbrook/Fischel*, in: The Economic Structure of Corporate Law[4], 1998, S. 108.

[35] Ähnlich: *Fleischer*, ZIP 2009, 1397, 1405; *Fleischer* (Fn. 4), S. 187, 202.

[36] Vgl. beispielsweise mit Schadensersatzforderungen von je 10 Mio. Euro: BGH, ZIP 2011, 2097.

[37] Zum Konzept des *cheapest insurers* überblicksweise: *Schäfer/Ott*, in: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts[5], 2012, S. 406 f.

[38] *Posner/Rosenfield*, 6 Journal of Legal Studies 83, 93.

[39] So bereits: *Klausing*, AktG 1937, Amtl. Begr. § 84; BGHZ 69, 207, juris-Rn. 32; *Hopt*, in: GroßKomm (Fn. 21), § 93 Rn. 26; *Fleischer*, in: Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 17 Rn. 47; *Spindler*, in: Münchner Kommentar zum Aktiengesetz[2], 2010, § 93 Rn. 5.

Grundgedanken der Kapitalgesellschaft an sich zuwider und würde darüber hinaus den Vorstand zur Risikoaversion motivieren, was dem Interesse der Aktionäre an der Steigerung des Unternehmenswertes diametral gegenüber steht. Die Anleger einer Gesellschaft hingegen sind aufgrund der Streuung ihrer Investition risikoneutral und somit weit besser geeignet, das Risiko falscher Entscheidungen zu tragen.[40]

Daneben verfehlt eine Erfolgshaftung ob ihrer immensen potentiellen Regressforderungen auch ihre abschreckende Wirkung, indem die Haftungsandrohung das Vermögen der haftenden Person erheblich übersteigt,[41] und hält den potentiellen Schädiger somit auch nicht zu einem schadensreduzierenden Verhalten an.[42] Dies ist insbesondere bei Vorständen, deren Vermögen in der Regel hinter potentiellen Regressforderungen zurückbleibt, virulent.[43]

Hiervon ausgehend ist die Verschuldenshaftung eingehender zu untersuchen. Problematisch gestaltet sich die Wahl des Sorgfaltsmaßstabes, der doppelter Unsicherheit ausgesetzt ist. Ein zu niedrig gewählter Sorgfaltsmaßstab führt dazu, sorgfältigem Handeln eine zu geringe Bedeutung beizumessen. Im Ergebnis entgeht damit der Schädiger – der Vorstand – einer Haftung, obwohl die Gesamtkosten einer schädigenden Handlung durch Nichtausübung der gebotenen Sorgfalt nicht minimiert sind und die Gesellschaft trägt vermeidbare Kosten.[44] Nicht minder ungeeignet ist indes auch ein zu hoher Sorgfaltsmaßstab. Liegen die Aufwendungen des Schädigers zur Einhaltung des Sorgfaltsmaßstabes zu hoch, wird er sie erst gar nicht tätigen und in jedem Fall für den eintretenden Schaden haften. Ein zu hoher Sorgfaltsmaßstab führt dann *de facto* zu einer Erfolgshaftung, die es aus den oben genannten Gründen gerade zu verhindern gilt.[45] Problematisch ist dies insbesondere im Zusammenhang mit dem bereits angesprochenen *hindsight bias*, das im Modell von *Eisenberg* durch die Prozessbewertung vermieden werden soll.

Überträgt man diese Grundgedanken auf das Ausgangsproblem der Haftung von Vorständen für Handlungen auf Grundlage sachkundiger Beratung, darf eine Regelung zunächst keinen zu niedrigen Sorgfaltsmaßstab wählen, der den Gesamtkosten einer risikobehafteten Entscheidung nicht angemessen wäre. Ebenso muss der gewählte Sorgfaltsmaßstab jedoch erfüllbar sein, da er sonst gar nicht ausgefüllt würde, oder – als Auswirkung des *principal-agent*-Konflikts – vom Vorstand zu Lasten der Gesellschaft gelöst würde, indem jene die Sorgfaltsaufwendungen, die den Vorstand vor einer Haftung bewahren, aufwendet.

V. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass das Konzept der Unterscheidung von *standard of conduct* und *standard of review* auch im Rahmen von Entscheidungen nach sachkundiger Beratung Anwendung finden kann. Grundsätzliche Regelungskonzepte und -ziele weisen signifikante Parallelen auf. Im Folgenden soll daher ein mögliches Regelungsmodell in Anlehnung an die *business judgment rule* aufgezeigt werden.

D. Möglichkeiten des Rückgriffs auf US-amerikanisches Recht

Ob man im Folgenden überhaupt Erkenntnisse des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts, welche die dortige Rechtsprechung in den vergangenen siebzig Jahren entwickelt hat, sinnvoll nutzbar machen kann, ist nicht ohne Weiteres zu bejahen. Wesentlich erscheint hier insbesondere das Verhältnis von einzelstaatlicher Gesetzgebung und der Gesetzgebung durch die amerikanische Bundesregierung. Vielfach wird vertreten, dass die Einzelstaaten die Anforderungen an das Management vorsätzlich reduzieren, um für die Inkorporation von Gesellschaften attraktiv zu werden *(race to the bottom)*.[46] Dies erscheint problematisch, da eine Regelung in einem einheitlichen Aktienstatut nicht einseitig gestaltet sein, sondern vielmehr einen Interessenausgleich herbeiführen sollte.

Nach einer neueren Theorie von *Roe* existiert ein solches Gleichgewicht indes auch im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht. Indem der Bundesgesetzgeber und die Bundesgerichte teilweise durch eigene Gesetzgebung und Rechtsprechung, teilweise durch deren Androhung das Recht der Einzelstaaten, insbesondere Delawares, beeinflussen, werden die Interessen der beteiligten Parteien ausgeglichen, sodass auch im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht von einem angemessenen Interessenausgleich ausgegangen werden kann.[47] Diese These zugrunde legend, ist ein Rückgriff auch unter dem Gesichtspunkt des Interessensausgleichs angemessen.

E. Anforderungen an sachkundige Beratung

Will man eine Enthaftung infolge sachkundiger Beratung ermöglichen, ist zunächst festzustellen, welche Anforderungen hieran überhaupt zu stellen sind, insbesondere, wenn schlussendlich der Gedanke des *safe harbors* aufgegriffen und eine Enthaftung bereits auf Grundlage eines ordnungsgemäßen Verfahrens angestrebt werden soll.

I. Auswahl des Beraters

Hinsichtlich der Auswahl des Beraters lässt sich bereits der derzeitigen Rechtsprechung eine Tendenz dahingehend entnehmen, dass es zum einen auf Sachkunde, zum anderen auf persönliche Zuverlässigkeit ankommen soll.[48]

1. Sachkunde

Mit Blick auf die Sachkunde des Beraters ist zunächst danach zu unterscheiden, ob eine professionelle Expertise erforderlich sein soll. Einen anderen Weg zeigt hier das US-amerikanische Recht auf; nach § 8.30 (e) MBCA soll der Vorstand neben jedem professionellen Rat auch auf jeden Rat vertrauen dürfen, der »Vertrauen verdient«.[49] Dieser Ansatz

---

[40] *Eckert/Grechening/Stremitzer*, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, 2005, S. 95, 107, 113.

[41] *Eckert/Grechening/Stremitzer* (Fn. 41), S. 95, 109.

[42] Eingehend dazu: *Sharrel*, International Review of Law and Economics (1986), 6 (45-58).

[43] Gestützt auf den Grenznutzen von Vermögen: *Eckert/Grechening/Stremitzer* (Fn. 41), S. 95, 113 mit Fn. 54.

[44] *Eckert/Grechening/Stremitzer* (Fn. 41), S. 95, 105.

[45] Ebd.

[46] Erstmals *Liggett*, 288 U.S. 517, 557 (Sondervotum: *Brandeis*); zusammenfassend: *Roe*, 117 Harv. L. Rev. 588, 595.

[47] *Roe*, 117 Harv. L. Rev. 558, 664; *Hein*, in: Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, 2008, S. 501 ff.

[48] OLG Stuttgart, NZG 1998, 232; BGH, ZIP 2007, 1265.

[49] Erstmals § 35 MBCA (1975); beispielhaft § 717 (a),(2) NYBCL: »[…] counsel, public accountants or other persons as to matters which the director believes to be within such person's professional or expert competence […]«; in der aktuellen Rechtsprechung: *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244; *Selectia, Inc. v. Versata Enterprises, Inc.*, 2010 WL 703062 (zitiert nach Westlaw), bestätigt: *Versata Enterprise Inc. v. Selectia, Inc.*, 5 A.3d 586, 600; befürwortend auch *Longstreth*, 37 Bus. Law. 1185, 1191; tendenziell noch weiter mit Beschränkung auf situative statt professionelle Fähigkeit: § 4.02 *Principles of Corporate Governance*.

geht jedoch zu weit. Stellt man allein auf ein (begründetes) Vertrauen des Beratungsbedürftigen ab, so wird das Kriterium der Sachkunde über die Maßen subjektiviert. Eine Orientierung an einer professionellen Expertise ermöglicht eine erste objektive Vorauswahl zulässiger Beratung. Dies gilt besonders in Bereichen, in denen die Ausübung einer Beratungstätigkeit staatlicher Kontrolle unterliegt. Eine grundlegende Formalisierung der Sachkunde gibt auch einer gerichtlichen Kontrolle einen ersten Ansatzpunkt an die Hand und erleichtert damit auch die Verfolgung eventueller Organhaftung.

Ein Abstellen auf professionelle Expertise wirft freilich das Problem auf, wie diese zu bestimmen ist, insbesondere, ob mehr zu fordern ist als – so vorhanden – eine staatlich regulierte Zulassung. Fordert man eine einschlägige Spezialisierung des Beraters, wirft dies zwei Probleme auf.

Einerseits ist zu klären, welche Kriterien eine Spezialisierung begründen, ob – am Beispiel des Rechtsanwaltes – eine Fachanwaltsausbildung Voraussetzung sein soll und ob diese substituiert werden kann.[50] Insgesamt erscheint eine Fachanwaltsausbildung ein unzureichendes Kriterium. Eine Fortbildung in einem bestimmten Rechtsgebiet ist weder Voraussetzung für die Ausübung entsprechender anwaltlicher Tätigkeit, noch ermöglicht sie exklusiv derartige Kenntnisse. Daneben wird zutreffend angemerkt, dass dem Ratsuchenden auferlegt würde, für ihn nicht zu erkennende Sachkunde in Anspruch zu nehmen.[51]

Sinnvoller erscheint es in diesem Zusammenhang, das Problem spezieller Fachkenntnis im Rahmen der objektiv/subjektiven Auswahl zu behandeln. Hier sollte dem amerikanischen Vorbild gefolgt und jene Sachkunde für ausreichend erachtet werden, die das Vorstandsmitglied vernünftigerweise für angemessen halten darf. Dies hätte zur Folge, dass grundsätzlich auf gewöhnliche professionelle Expertise abgestellt werden kann und lediglich beim Vorliegen von Anhaltspunkten, die für den Laien erkenntlich den Verdacht begründen, dass jene Expertise unzureichend ist, spezielle Sachkunde abgefragt werden muss.

Beispielhaft hätte dies zur Folge, dass besonders kleinere Unternehmen auch weiterhin in den meisten Angelegenheiten den Rat von Generalisten suchen können, bei komplexen Sachverhalten – man denke an Rechtsformwechsel, Abspaltungen und Börsengänge – sich zumindest bei jenem Generalisten ob dessen ausreichender Sachkunde rückversichern müssen. Wird dies bejaht, so ist wiederum der Maßstab des vernünftigen Vertrauens anzulegen.[52]

2. Zuverlässigkeit

Betrachtet man weiter die persönliche Zuverlässigkeit, so gilt grundlegend, dass der Berater bezüglich der Fragestellung frei von Interessenbindungen und nicht unseriös oder käuflich ist.[53] Während die letzten Erfordernisse weitestgehend selbsterklärend sind, birgt die Freiheit von Interessenskonflikten Unsicherheit.

Problematisch wird dies zunächst im Hinblick auf unternehmenseigene Rechtsabteilungen, da hier bereits das Anstellungsverhältnis einen Interessenskonflikt begründen kann. Ebenso wie allgemein anerkannt ist, dass diese Bindung noch keine Unzuverlässigkeit begründen kann, sollte auch sonst keine Unterscheidung zu externer Expertise vorgenommen werden, solange das Sachkundeerfordernis erfüllt ist.[54] Dafür spricht, dass solange von der Zuverlässigkeit ausgegangen werden kann, wie kein betrieblich-hierarchischer Einfluss geltend gemacht wird.[55] Dies ist auch auf andere Abteilungen mit herausgehobener Stellung wie die internen Buchhaltung oder eine *Compliance*-Abteilung zu übertragen.

Ebenso sollte grundsätzlich auch eine Ausarbeitung einer Entscheidung wie beispielsweise einer Kapitalmaßnahme durch einen Berater nicht ohne besondere Anhaltspunkte dessen Voreingenommenheit begründen.[56] Hierfür sprechen zum einen praktische Erwägungen. Die Absicherung eines Konzepts durch einen dritten, nicht vorbefassten Berater würde erfordern, dass jenes zu einem Zeitpunkt vollständig vorliegt, bevor es auch nur in einem Gesichtspunkt befolgt wird. Dies erscheint jedoch in einem Entscheidungsprozess, der permanenten Änderungen unterworfen ist, fernliegend. Um hier noch eine Absicherung durch Beratung zu ermöglichen, muss es genügen, dass der planende Berater die Richtigkeit bestätigt.[57] Darüber hinaus würde die Vermutung eines Interessenskonflikts einen Generalverdacht begründen, für den gewöhnlich keine Rechtfertigung besteht.

Sinnvoll erscheint es auch im Zusammenhang mit Interessenskonflikten, das US-amerikanische Regelungsmodell[58] als Beispiel aufzugreifen und einen kombiniert objektiv/subjektiven Maßstab anzuwenden. Hiernach ist den Anforderungen Genüge getan, wenn der Vorstand vernünftigerweise davon ausgehen durfte, dass die persönliche Unabhängigkeit gewährleistet ist.[59] Jene wiederum sollte vermutet werden und nur im Falle eines begründeten Verdachtes ausgeschlossen sein.

II. Vollständige Darstellung des zu prüfenden Sachverhalts

Weiterhin ist für eine einheitliche Regelung erforderlich, dass dem Berater der gesamte beratungserhebliche Sachverhalt aufgedeckt wird *(full disclosure)*.

Hier ist vor allem zu klären, wie im Falle der schuldlosen Auslassung erheblicher Informationen *(innocent omission)* verfahren werden soll.[60] Grundsätzlich erscheint es

---

[50] Zu dieser Frage auch *Fleischer* (Fn. 4), S. 187, 191.

[51] *Fleischer* (Fn. 4), S. 187, 190; **a.A.** mit Verweis auf die Fähigkeit eines ordentlichen Geschäftsleiters zur Evaluation rechtlicher Kompetenz: *Binder*, AG 2008, 274, 285.

[52] Im Ansatz ähnlich aber ohne Berücksichtigung eines subjektiven Maßstabs: *Loritz/Wagner*, DStR 2012, 2189.

[53] *Fleischer*, ZIP 2009, 1397, 1403; strafrechtlich: *Vogel*, LeipzigerKomm (Fn. 9), § 17 Rn. 80.

[54] So aber bezüglich der Art der Stellung der Rechtsfrage: *Strohn*, ZHR 2012, 137, 140.

[55] *Fleischer*, ZIP 2009, 1397, 1403; *Goette*, DStR 2007, 354, 356

[56] So aber wiederum *Strohn*, ZHR 2012, 137, 140.

[57] So auch *Kiefner/Krämer*, AG 2012, 498, 500.

[58] *Hawes/Sherrad*, 62 Va L. Rev. 1, 24; Zu weit geht allerdings die neuere Rechtsprechung der *Delaware Chancery Courts*, nach der sogar von transaktionsinteressierten Dritten beauftragter und bezahlter Rechtsrat ausreichende Grundlage für eine Enthaftung darstellen soll: *Selectia, Inc. v. Versata Enterprises, Inc.*, 2010 WL 703062 (zitiert nach Westlaw), bestätigt: *Versata Enterprise Inc. v. Selectia, Inc.*, 5 A.3d 586, 600.

[59] Vgl. etwa § 8.30 (d) MBCA; § 4.30 *Principles of Corporate Governance*.

[60] Hierzu findet sich auch im US-amerikanischen Recht keine einheitliche Regelung: Zuvor als Teil eines undifferenzierten guten Glaubens betrachtet (mit Verweis auf die geringe Wahrscheinlichkeit schuldloser Auslassung: *Longstreth*, 37 Bus. Law. 1185, 1192; allgemeiner: *Hawes/Sherrad*, 62 Va. L. Rev. 1, 29; *full disclosure* als Teil des guten Glaubens: *Uebler*, 65 Bus. Law. 1023, 1044), hat das Kriterium in der neuen Rechtsprechung scheinbar an Bedeutung verloren (*Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244).

angemessen, den Laien dann zu entlasten, wenn er vernünftigerweise davon ausgehen durfte, alle wesentlichen Tatsachen dargelegt zu haben. Dies verpflichtet einerseits zu einer sorgfältigen Instruktion des Beraters bis zur Grenze der persönlichen Fähigkeit, verlagert das Problem der Unkundigkeit aber nicht von der unkundigen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit beziehungsweise Wirtschaftlichkeit einer Entscheidung auf die unkundige Darstellung der erheblichen Fakten.

Dies ist auch – wie schon die gesamte Verteilung des Haftungsrisikos von Falschberatungen – unter den ökonomischen Gesichtspunkten des *cheapest cost avoider* und *cheapest insurer* sinnvoll.[61] Der Berater, der anders als das Vorstandsmitglied über die Kenntnisse verfügt, Informationen als beratungserheblich zu erkennen, ist mit geringerem eigenen Aufwand in der Lage, diese zu sammeln. Darüber hinaus ist es dem Berater auch günstiger möglich, seinen Beratungsfehler zu versichern.[62] Anders als dem Vorstandsmitglied, das jegliche Art unvollständiger Sachverhaltsschilderung nur zu prohibitiv hohen Kosten versichern kann, ist es dem Berater möglich, die Versicherung einzupreisen.

In jedem Fall gilt es jedoch den Rückschluss zu vermeiden, dass es dem Berater, der den Sachverhalt nur unvollständig aufklärt, an fachlicher Eignung mangelt. Hierdurch würde allzu leicht vom Vorliegen eines Beratungsfehlers auf ein pflichtwidriges Verhalten des Vorstandsmitgliedes geschlossen *(outcome bias)*, das es hier gerade zu verhindern gilt.

III. Plausibilitätskontrolle der erhaltenen Information

Entsprechend dem bisherigen Vorgehen und in Einklang mit der Rechtsvergleichung ist auch die Plausibilitätskontrolle näher darzustellen. Auch hier gilt, dass die Anforderungen an den Laien nicht überspannt werden dürfen. Daneben muss aber auch zuverlässig verhindert werden, dass eine Enthaftung auf der Grundlage von Gefälligkeitsgutachten erfolgen kann.[63]

Allgemein formuliert muss es genügen, dass der Laie in dem erteilten Rat keine Widersprüche und keine offensichtliche Unrichtigkeit – beispielsweise einen für jedermann unzweifelhaften Gesetzesverstoß – feststellt. Das Vorstandsmitglied ist dabei gehalten, seine »Erfahrungen aus dem Wirtschafts- und Geschäftsleben« einfließen zu lassen.[64] Unterschiedlich kann jedoch die Durchsicht hinsichtlich des geschilderten Sachverhaltes und der daraus gezogenen Schlüsse zu bewerten sein. Bei ersterem ist dem Beratungsempfänger zuzumuten, sorgfältig zu prüfen, ob alle geschilderten Informationen eingeflossen oder begründet nicht eingeflossen sind. Ebenfalls scheint es sinnvoll, die von den US-amerikanischen Gerichten entwickelte Doktrin anzuwenden, die Plausibilitätsprüfung in Abhängigkeit von der Komplexität des Sachverhalts zu gestalten.[65] Hieraus ließe sich ein Maßstab für Modalitäten der Auskunftserteilung entwickeln, sodass die Schriftform einer Beratung erst ab einem gewissen Komplexitätsgrad erforderlich ist.[66]

IV. Handeln entsprechend der Beratung

Das Handeln entsprechend der Beratung wurde in der deutschen Diskussion mangels Entscheidungserheblichkeit in der Rechtsprechung bisher weitestgehend nicht thematisiert. Es erscheint sinnvoll, auch hier in Anlehnung an die US-amerikanische Praxis eine Befolgung aller wesentlichen Gesichtspunkte der erteilten Beratung zu fordern.[67]

F. Bewertungszeitpunkt und Bewertungsmaßstab

Schließlich ist noch zu Bewertungszeitpunkt und -maßstab Stellung zu nehmen. Um das Konzept der abweichenden justiziellen Bewertung auf informierte Entscheidungen umzusetzen, ist es erforderlich, eine Bewertung des Beratungsprozesses aus der *ex-ante*-Perspektive vorzunehmen. Nur so wird gewährleistet, dass der Bewertungsmaßstab kombiniert objektiv/subjektiv bleibt.

Ein kombiniert objektiv/subjektiver Maßstab ist auch unter rechtsökonomischen Gesichtspunkten vorzugswürdig. Wie oben ausgeführt, ist der Sorgfaltsmaßstab sorgsam auszutarieren, um die Gesamtkosten zu reduzieren und sicherzustellen, dass der Charakter einer Verschuldenshaftung erhalten bleibt. Von essentieller Bedeutung ist insbesondere die Verhinderung zu hoher Sorgfaltsanforderungen. Legt man dem Vorstand einen rein objektiven Pflichtenmaßstab bezüglich der Beratung auf, so besteht die Gefahr, dass dieser aufgrund der Unerfüllbarkeit gar keine Maßnahmen ergreift. Entscheidungen würden dann ohne gesteigerte Sachkunde getroffen und der Erwartungswert des Schadens erheblich erhöht. Alternativ besteht die Gefahr, dass der Vorstand übermäßige Mittel zur Erfüllung seiner Sorgfaltspflicht aufwendet, wodurch der Unternehmenswert geschmälert wird.

Dieser Problemstellung kann durch das subjektive Merkmal des Bewertungsmaßstabes jedoch begegnet werden. Hierdurch darf der Vorstand seine Anstrengungen auf das subjektiv angemessene Maß reduzieren und die Anreizwirkung der Verschuldenshaftung bleibt erhalten. Das objektive Kriterium des »vernünftigerweise für erforderlich Haltens« verhindert dabei einen zu niedrigen Sorgfaltsmaßstab, der – gesamtwirtschaftlich nachteilig –, allein den Vorstand entlasten würde.

Hierzu ist allgemein noch zu ergänzen, welcher objektive Maßstab in die Bewertung einfließen soll. Sinnvoll erscheint hier wiederum der Rückgriff auf die *business judgment rule* und die Adaption des vernünftigen Geschäftsleiters als Maßstab, wobei es freilich zu beachten gilt, dass kein Sonderwissen verlangt werden kann, wenn gerade zu sachkundiger Beratung gegriffen wird.

Zu überlegen ist indes, wie jene Geschäftsleiter behandelt werden sollen, die selbst über professionelle Expertise verfügen. Denkbar wäre, jenen die Privilegierung einer Enthaftung durch sachkundige Beratung gänzlich zu versagen oder diese zu erhalten und die Anforderungen an die Plausibilitätsprüfung zu erhöhen. Nicht sachgerecht erscheint in jedem Fall die eigenen Kenntnisse gänzlich unbeachtet zu

---

[61] Zum Konzept des *cheapest cost avoider* und *cheapest insuerer*: *Schäfer/Ott* (Fn. 37), S. 226 f., 406 f.
[62] Siehe hierzu bereits oben unter C. IV.
[63] *Fleischer* (Fn. 4), S. 187, 194.
[64] *Fleischer* (Fn. 4), S. 187, 195.
[65] Am Beispiel einer *reliance defense* auf Grundlage einer Unternehmensbewertung durch den Vorsitzenden des Verwaltungsrates: *Smith v. Van Gorkem*, 488 A.2d 858, 874, 875.
[66] Vgl. *Smith v. Van Gorkem*, 488 A.2d 858.
[67] *Hawes/Sherrad*, 62 Va. L. Rev. 1, 35.

lassen, da diese Kriterium der organschaftlichen Berufung sein können.

Vorzugswürdig erscheint eine Lösung durch die Anpassung der Plausibilitätsprüfung. Hierdurch wird zum einen der Entscheidung des Bundesgerichtshofes Rechnung getragen, wonach Gesellschaftsorgane sich ihr Sonderwissen zurechnen lassen müssen.[68] Zum anderen wird auch der Sorgfaltsmaßstab nicht übermäßig abgesenkt. Schließlich kann so auch flexibler auf den Grad der Sachkunde reagiert werden. Eine Alles-oder-Nichts-Lösung bezüglich der Zulässigkeit sachkundiger Beratung würde die Frage aufwerfen, welche Tiefe die persönliche Sachkunde des Vorstandes aufweisen muss, um die Enthaftung gänzlich auszuschließen.

G. Wirkung einer informierten Entscheidung

Nach alledem bleibt schließlich noch zu beantworten, welche Wirkung eine Entscheidung auf Grundlage sachkundiger Beratung in der Organhaftung entfalten soll. Denkbar wäre in Beibehaltung der gegenwärtigen deutschen Rechtsprechung eine Behandlung auf Verschuldensebene. Alternativ ist es in Anlehnung an die moderne Auffassung der *business judgment rule* ebenso möglich, eine reduzierte justizielle Kontrolle anzunehmen und den Tatbestand auszuschließen.[69]

Vorzugswürdig erscheint die Lösung auf Tatbestandsebene. Hierdurch kann dem Konzept der reduzierten Nachprüfung, das es auf Entscheidungen auf Grundlage sachkundiger Beratung zu übertragen gilt, besser Geltung verschafft werden.[70] Bleibt es bei der Grunderkenntnis, dass ein objektiver Verhaltensmaßstab besteht, die Gerichte aber grundsätzlich nur eine Verfahrenskontrolle durchführen, so muss es dem Gericht selbst dann verwehrt sein, auf eine Pflichtwidrigkeit zu erkennen, wenn diese im Folgenden als entschuldigt gilt. Ebenso kann auf diesem Wege auch die Figur des *safe harbors* übertragen werden, in dessen Grenzen der Vorstand keiner Haftung ausgesetzt sein kann.[71] Dies wiederum verhindert einen *hindsight bias*, indem ausgeschlossen wird, dass die Gerichte in Kenntnis eines Sachverhalts überzogene Anforderungen an die sachkundige Beratung stellen.[72]

H. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass auch im deutschen Recht ein Bedarf nach informationellen *safe harbors* in Form einer reduzierten justiziellen Bewertung von Entscheidungen auf Grundlage sachkundiger Bewertung besteht. Aus den Grundsätzen der Unterscheidung des *standard of conduct* und des *standard of review*, welche der deutsche Gesetzgeber in seiner Kodifizierung der deutschen *business judgment rule* anerkannt hat, folgt die Möglichkeit und Erforderlichkeit, eine vergleichbare Regelung zu schaffen.[73]

Die grundlegenden Voraussetzungen können der bisherigen Rechtsprechung zum Verbotsirrtum entnommen werden, bedürften partiell jedoch der Modifizierung, für die das US-amerikanische Recht als Vorbild dienen kann.

Zur konsequenten Umsetzung des Regelungsziels ist es auch erforderlich, die bisherige Behandlung auf Verschuldensebene aufzugeben und stattdessen die mangelnde Pflichtwidrigkeit entsprechender Entscheidungen anzuerkennen.

---

[68] Zur besonderen Sachkunde eines Aufsichtsratsmitglieds: BGH, ZIP 2011, 2097, juris-Rn. 28.

[69] So *Fleischer* (Fn. 4), S. 187, 201 mit Verweis auf das Modell der *business judgment rule* bei *dems.*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz[2], 2010, § 93 Rn. 64.

[70] Vgl. zur Wirkung der *business judgment rule* auf Tatbestandsebene: BGHZ 135, 244, juris-Rn. 22; *Hopt/Roth*, in: GroßKomm (Fn. 21), § 93 I 2 Rn. 12; *Spindler*, § 93 Rn. 38; *Hoffmann-Becking*, NZG 2006, 127, 128; *Spindler*, NZG 2005, 865, 871.

[71] Vgl. hierzu BT-Drs. 15/5092, S. 11.

[72] Zur *business judgment rule*: *Schneider*, in: Scholz (Begr.), Kommentar zum GmbH-Gesetz[11], 2012, § 43 Rn. 63; *Fleischer*, NZG 2003, 449, 455.

[73] Ablehnend gegenüber einer »*Legal Judgment Rule*« und mit ausreichender Wirkweite des Rechtsirrtums argumentierend: *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2252 ff.

Christian Kahf*

Analogie im Steuerrecht – eine verfassungsrechtlich zulässige Methode gegen „Steuerschlupflöcher“?

A. Einleitung

Wie kaum ein anderes Rechtsgebiet zeichnet sich das Steuerrecht durch seine Komplexität aus; prägend sind die „regelungsbedürftige und von einer Regelung erfasste Wirklichkeit“[1] und ein hieraus resultierendes beziehungsreiches Normengebilde. Dabei verwundert es nicht, dass der Steuergesetzgeber trotz eines hohen Abstraktionsgrades nicht alle Lebenssachverhalte voraussehen und positivrechtlich erfassen kann. Jüngst mehren sich in Deutschland die Presseberichte über auch dadurch bedingte Regelungslücken in Steuergesetzen, die dem Steuerpflichtigen die Senkung der Bemessungsgrundlagen ermöglichen und nicht selten negativ konnotiert als „Steuerschlupflöcher“ bezeichnet werden. Hierdurch steigt der öffentlichen Druck auf die Legislative stetig.

Dieser Aufsatz nimmt die aktuelle Entwicklung zum Anlass, um – die Perspektive auf die anderen Staatsgewalten wechselnd – die Möglichkeiten und Grenzen der zulässigen Rechtsfortbildung durch die Exekutive und Judikative im Steuerrecht zu untersuchen. Ziel dieses Beitrags ist es, eine Antwort auf die Frage, ob die Finanzverwaltung und die Finanzgerichte im Wege der Analogie bestehende Gesetzeslücken schließen können, zu finden. Zwar kommt den Rechtsanwendern die „im modernen Staat geradezu unentbehrlich[e]“[2] „Aufgabe und Befugnis zur schöpferischen Rechtsfindung“[3] zu, mit Blick auf die Steuerschlupflöcher ist jedoch die Kernfrage nach der Zulässigkeit der Analogie *zulasten* des Steuerpflichtigen besonders prononciert. Nachfolgend soll deshalb zunächst die zugrunde liegende rechtliche Problematik aufgezeigt werden (B.). Sodann kann diese nach einem Überblick über die finanz- und verfassungsgerichtliche Rechtsprechung (C.I.) im Hinblick auf die Fragestellung analysiert und bewertet werden (C.II.).

B. Problemverortung: Lückenausfüllung zwischen Rechtssicherheit und Gleichbehandlung

Um das Problem der Analogie zulasten des Steuerpflichtigen zu verorten, ist vorab eine Auseinandersetzung mit den methodischen Grundlagen der Analogiebildung und ausgewählten, der Besteuerung zugrunde liegenden Verfassungsprinzipien erforderlich.

I. Die Methode der Analogie und ihre Voraussetzungen

Ausgangspunkt jeder Rechtsanwendung im Einzelfall ist die Gesetzesauslegung (Wortlaut, Gesetzessystematik, Teleologie und Genese),[4] die durch den äußersten noch möglichen Wortsinn der Norm begrenzt ist.[5] Über diese Grenze hinaus dient die Analogie als Methode der Rechts*fortbildung* der Ausfüllung von Gesetzeslücken,[6] indem eine Norm, ein Rechtsprinzip oder -gedanke auf einen nicht geregelten Sachverhalt übertragen wird.[7] Voraussetzung hierfür ist die Lückenhaftigkeit des Gesetzes. Eine Gesetzeslücke ist die „Unvollständigkeit des positiven Rechts"[8] und liegt vor, wo es „gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht“ und „immanente[n] Teleologie“[9] ergänzungsbedürftig ist.[10] Ferner setzt eine Analogie die Planwidrigkeit der Lücke voraus. Beruht die Unvollständigkeit des Gesetzes auf einer bewussten Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers („beredetes Schweigen“), durch welche dieser den Rechtssatz auf bestimmte Tatbestände beschränken wollte, ist eine Rechtsfortbildung durch den Rechtsanwender unzulässig.[11]

Diese von *Larenz* begründete Lehre zur Ausfüllung von Gesetzeslücken ist fester Bestandteil der ständigen höchstrichterlichen finanzgerichtlichen Rechtsprechung.[12]

II. Verfassungsrechtliche Prinzipien der Besteuerung

1. Das Rechtsstaatsprinzip und seine Ausprägungen

Als „eines der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes“[13] gehört das Rechtsstaatsprinzip zu den zentralen Verfassungsgrundsätzen und konstituiert die Rahmenbedingungen jeder Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Rechtsfindung.[14] Es gilt somit auch im Steuerrecht. Neben der Gewährung der Grundrechte (materielle

---

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

1 *Fischer*, StuW 1995, 303, 307 – Rechtschreibung durch *Verfasser* angepasst.

2 BVerfGE 69, 188, 203.

3 BVerfGE 34, 269, 287; so auch *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar zum GG[18], 2013, Art. 20 Rn. 158; *Jachmann*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Kommentar zum GG[68], 2013, Art. 95 Rn. 13.

4 BVerfGE 1, 299, 312; *Gern*, NVwZ 1995, 1145, 1146.

5 BFH, IV R 76/70, BStBl. II 1974, 295, 296; *Woerner*, in: Tipke (Hrsg.), DStJG 5, Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung und Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht, 1982, S. 23, 27; *Völker*, DStZ 1989, 235, 236.

6 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft[6], 1991, S. 381; *Barth*, Richterliche Rechtfortbildung im Steuerrecht, 1996, S. 80 f.; *Heller*, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, 1961, S. 76.

7 *Völker*, DStZ 1989, 235, 236; *Gersch*, in: Klein/Orlopp (Begr.), Kommentar zur AO[11], 2012, § 4 Rn. 37.

8 *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz[2], 1983, S. 30.

9 *Larenz* (Fn. 6), S. 374.

10 Abzugrenzen ist die Ergänzungsbedürftigkeit von der im Steuerrecht nicht selten kontrovers diskutierten rechtspolitischen Verbesserungsbedürftigkeit (BFH, I R 164/68, BStBl. II 1972, 858, 859; BFH, VI R 167/74, BStBl. II 1977, 154, 155; *Drüen*, in: Tipke/Kruse (Hrsg.), Kommentar zur AO und FGO[132], 2013, § 4 AO Rn. 345).

11 *Offerhaus*, BB 1984, 993, 996; *Rhinow*, Rechtsetzung und Methodik, 1979, S. 39 f.; *Larenz* (Fn. 6), S. 373.

12 Vgl. BFH, GrS 4/78, BStBl. II 1979, 375, 378; BFH, I R 184/76, BStBl. II 1980, 119, 120; BFH, IV R 76/70, BStBl. II 1974, 295, 297; BFH, VI R 167/74, BStBl. II 1977, 154, 155.

13 BVerfGE 20, 323, 331.

14 *Woerner*, in: DStJG 5 (Fn. 5), S. 23, 25; *Jarass/Pieroth*, Kommentar zum GG[12], 2012, Art. 20 Rn. 29; *Robbers*, in: Dolzer (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG[162], 2013, Art. 20 I Rn. 1718.

Rechtsstaatlichkeit) konkretisiert sich der Grundsatz in dem Gebot der Rechtssicherheit, welches seinerseits in der Gesetzmäßigkeit staatlicher Handlungen und der Gewaltenteilung, im Gebot des Vertrauensschutzes und der Vorhersehbarkeit hoheitlicher, freiheitseinschränkender Eingriffe (formelle Rechtsstaatlichkeit) Ausdruck findet.[15]

Als Eingriffsrecht „in seiner reinsten Form"[16] ist das Steuerrecht an den Vorbehalt des Gesetzes gebunden und „nur erträglich, wenn es […] auf Grund eines Tatbestandes vorausberechenbar ist"[17]. Einfachgesetzlicher Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips ist der Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung gemäß §§ 3 Abs. 1 und 38 AO („Tatbestand […], an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft").[18]

2. Gleichmäßigkeit der Besteuerung

Ferner liegt dem Steuerrecht das Prinzip der Gleichmäßigkeit der Besteuerung zugrunde. Dieser auf dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG beruhende Grundsatz verpflichtet den Steuergesetzgeber zur Rechtssetzungsgleichheit[19] und die Finanzverwaltung und Finanzgerichte zur Rechtsanwendungsgleichheit[20] (siehe für erstere auch § 85 S. 1 AO).

Überdies ist Art. 3 Abs. 1 GG als Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit konkretisiert, welches als fundamentaler Vergleichsmaßstab steuerlicher Lastengerechtigkeit Einzug in das moderne deutsche Steuerrecht gefunden hat.[21] Das Leistungsfähigkeitsprinzip gilt für sämtliche Steuerarten,[22] ist jedoch insbesondere dem Einkommensteuerrecht inhärent, das gerade auf die Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen angelegt ist.[23] Demgemäß finden sich im EStG zahlreiche Normen, die das objektive und subjektive Nettoprinzip als ertragssteuerrechtliche Spezifizierung des Art. 3 Abs. 1 GG[24] einfachgesetzlich umsetzen. Das grundrechtlich verankerte Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit versteht sich mithin als ein solches der materiellen Rechtsstaatlichkeit im oben genannten Sinne.

III. Der verfassungsrechtliche Konflikt

Mit Blick auf die Voraussetzungen einer Analogie und die ausgewählten Besteuerungsprinzipien des Grundgesetzes lässt sich das Problem der Analogie im Steuerrecht näher bestimmen: Einerseits knüpft diese Rechtsfortbildungsmethode an eine Lücke im Steuergesetz an und intendiert diese zu schließen, während gegensätzlich das Rechtsstaatsprinzip nach Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit strebt und somit insbesondere im Falle einer Analogie zulasten des Steuerpflichtigen gegen eine Lückenausfüllung und für die Hinnahme eines unvollständigen Wortlautes spricht. Andererseits kann für einen vom Wortlaut nicht erfassten, jedoch aufgrund der einzelsteuerrechtlichen „immanenten Teleologie" interessensgleichen und im Sinne der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit ebenso steuerwürdigen Sachverhalt aufgrund gleichheitsrechtlicher Erwägungen das Interesse bestehen, diesen durch entsprechende Normenanwendung ebenso zu besteuern. Folglich präzisiert sich das hier untersuchte Problem der Analogiefähigkeit steuerrechtlicher Normen auf einen Konflikt zwischen formeller und materieller Rechtsstaatlichkeit und stellt in erster Linie ein verfassungsrechtliches, kein methodisches Problem dar.[25]

C. Problemanalyse: Zur Zulässigkeit belastender Analogien

Im Folgenden soll untersucht werden, wie sich der soeben hergeleitete Konflikt auf die Rechtsfortbildungsmethode der Analogie auswirkt und für den Fall gelöst werden kann, dass sie den Steuertatbestand zulasten des Steuerpflichtigen verschärft.

I. Finanz- und verfassungsgerichtliche Rechtsprechung

Die Frage nach der Grenze der richterlichen Rechtsfortbildung hat als eine der „fundamentalen" und „grundlegendsten Themen"[26] der Steuerrechtswissenschaft Einzug in zahlreiche Entscheidungen der finanz- und verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung gefunden.

1. Rechtsprechung des Reichs- und Bundesfinanzhofs

Der Reichsfinanzhof (RFH) sah sich schon kurz nach der Aufnahme seiner Tätigkeit (1918) mit der hier untersuchten Frage konfrontiert. Nachdem er 1920 in einem Urteil den Grundsatz entwickelte, dass die

> „Regel zur Entscheidung des Einzelfalls […] dem leitenden Gedanken des geltenden Rechtes, wie es sich als einheitliches Ganzes entwickelt hat, zu entnehmen [ist]"[27],

ergänzte der RFH 1921 gutachterlich, dass der Richter durch Rechtsanwendung nicht

> „einen anderen Tatbestand, der nach seiner Ansicht möglicherweise den Gesetzgeber hätte veranlassen können, die gleiche Steuer auch auf diesen Fall zu erstrecken, der Steuerpflicht unterwerfen"[28]

---

[15] BVerfGE 7, 89, 92 f.; BVerfGE 20, 323, 331; *Hess*, Analogieverbot und Steuerrecht, 1974, S. 149 f.; *Barth* (Fn. 6), S. 525 f.; *Hey*, in: Tipke (Begr.)/Lang (Fort.), Steuerrecht[21], 2013, § 3 Rn. 230 ff.; *Robbers*, in: BonnKommGG (Fn. 14), Art. 20 I Rn. 1729.

[16] *Hess* (Fn. 15), S. 161.

[17] *Felix*, in: FS Spitaler, 1958, S. 135, 146.

[18] *Gersch*, in: Klein/Orlopp (Fn. 7), § 3 Rn. 11; *Koenig*, in: Pahlke/Koenig (Hrsg.), Kommentar zur AO[2], 2009, § 38 Rn. 2.

[19] BVerfGE 34, 325, 328 f.; BVerfGE 42, 64, 72.

[20] BVerfGE 84, 239, 268 u. 271; BFH, II R 129/88, BStBl. II 1992, 707, 708 f.; *Eckhoff*, Rechtsanwendungsgleichheit im Steuerrecht, 1999; *Hey*, in: Tipke/Lang (Fn. 15), § 3 Rn. 110.

[21] Statt vieler BVerfGE 66, 214, 223: „Es ist ein grundsätzliches Gebot der Steuergerechtigkeit, dass die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausgerichtet wird. […] Im Gesetzgebungsverfahren ist es als ‚das Prinzip der Steuergerechtigkeit' bezeichnet worden, ‚jeden Bürger nach Maßgabe seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit mit Steuern zu belasten' (BT-Drucks. 7/1470, S. 211 f.). Dieses Prinzip war schon in Art. 134 WRV normiert; bereits damals wurde es als ‚oberster Besteuerungsgrundsatz' […] gewertet […]." – Rechtschreibung und Abkürzungen durch *Verfasser* angepasst.

[22] *Hey*, in: Tipke/Lang (Fn. 15), § 3 Rn. 121.

[23] BVerfGE 82, 60, 86; *Birk*, Steuerrecht[15], 2012, § 2 Rn. 188 f.

[24] *Tipke*, in: DStJG 5 (Fn. 5), S. 1, 9.

[25] So auch *Tipke*, in: FS Wallis, 1985, S. 133, 142; *ders.*, Die Steuerrechtsordnung I[2], 2000, S. 198.

[26] *Tipke*, in: DStJG 5 (Fn. 5), S. 1.

[27] RFH, II A 232/20, E 4, 48, 52.

[28] RFH, I D 1/21, E 6, 292, 298.

kann. Dem konnte gleichwohl, wie sich aus weiteren Entscheidungen ergab, die auf diese Formulierungen verwiesen,[29] nur ein Verbot freier Rechtsschöpfung entnommen werden.[30]

Basierend auf dem Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, hielt der Bundesfinanzhof (BFH) im Folgenden die

> „Ausdehnung des Steuertatbestandes über den möglichen Wortsinn hinaus [für nicht statthaft], weil es allein dem Gesetzgeber vorbehalten ist, den Kreis der steuerbaren Tatbestände zu bestimmen"[31].

Für ein Verbot von Analogien zulasten des Steuerpflichtigen sprachen sich im Anschluss an dieses Urteil aus dem Jahr 1969 weitere Entscheidungen aus.[32] Zeitgleich und dessen ungeachtet entschied der BFH Rechtsstreitigkeiten – bei methodenehrlicher Betrachtung – durch Analogien zulasten der Steuerpflichtigen, ohne diese jedoch ausdrücklich als solche zu bezeichnen.[33] So hat der II. Senat die Besteuerungspflicht nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 KVStG 1959, die ausgelöst wurde, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern einer KG eine Kapitalgesellschaft gehört, über den Wortlaut hinaus auf die sogenannte „doppelstöckige" GmbH & Co. KG angewendet, eine Gestaltung, bei der eine GmbH & Co. KG, also keine Kapitalgesellschaft, die Komplementärin einer anderen GmbH & Co. KG ist.[34]

Ein signifikantes Urteil fällte am 20. Oktober 1983 der IV. Senat des BFH. Soweit ersichtlich, ist dieses Urteil das erste, in dem das Gericht ausdrücklich eine Lückenausfüllung durch Analogieschluss zuungunsten des Steuerpflichtigen entwickelt und für verfassungsrechtlich zulässig erachtet:

> „Der Senat vertritt […] die Auffassung, dass das Gebot der Rechtssicherheit in Einzelfällen eine Lückenfüllung durch steuerverschärfende Analogie nicht ausschließt. Ergibt sich einwandfrei, dass eine Lücke im Gesetz vorliegt, […] so ist eine Lückenfüllung auch zum Nachteil des Steuerpflichtigen möglich."[35]

Diese – wohl als zustimmende Reaktion auf die Beiträge zur Tagung der DStJG 1981 zum Thema „Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung und Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht"[36] zu verstehende – Rechtsauffassung des BFH blieb seitdem in seiner Ausdrücklichkeit einzigartig.

2. Die Position des Bundesverfassungsgerichts

Auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat sich mehrfach zur Rechtsfortbildung im Steuerrecht geäußert. Ausführlich zu den Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Judikative und Exekutive hat sich das BVerfG anlässlich der Überprüfung des § 3 KVStG a. F. mit einer Entscheidung vom 10. Oktober 1961 bekannt. Dieser gemäß erfordern es die Grundsätze des Rechtsstaats und die damit verbundene Rechtssicherheit,

> „dass die Norm, die eine Steuerpflicht begründet, nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt ist, sodass die Steuerlast messbar und in gewissem Umfang für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar wird"[37].

Gleichwohl hat das BVerfG in selbiger Entscheidung, um das Gebot materieller Gerechtigkeit umzusetzen, dem Richter die Kompetenz zugebilligt, dass dieser

> „Lücken schöpferisch ausfüllt und damit den objektiven Willen des Gesetzgebers im Einzelfall verwirklicht"[38].

In einer weiteren vielzitierten Entscheidung aus 1962 hielt es das BVerfG für „bedenklich", wenn ein Steuertatbestand durch Rechtsfortbildung geschaffen oder ausgeweitet wird,

> „denn das Steuerrecht wird von der Idee der primären Entscheidung des Gesetzgebers über die Steuerwürdigkeit bestimmter generell bezeichneter Sachverhalte getragen und lebt dementsprechend aus dem Diktum des Gesetzgebers"[39].

Unklar blieb jedoch weiterhin die Grenze richterlicher Rechtsfindung; eine „Primärentscheidung" des Gesetzgebers schloss eine „Sekundärentscheidung" der Gerichte nicht aus.[40] Ausdrücklich an diese unter dem Namen „Diktum-des-Gesetzgebers" bekannt gewordene Entscheidung anknüpfend konkretisierte ein Beschluss vom 30. Januar 1985, der sich mit der Rechtsprechung zum Sonderbetriebsvermögen eines GbR-Gesellschafters auseinandersetzte,

> „dass die rechtsprechende Gewalt durch Analogie keine Steuertatbestände schaffen oder verschärfen kann"[41].

Bemerkenswert an der Aussage dieses Beschlusses ist, dass sich zu diesem Zeitpunkt sowohl die Rechtsprechung des BFH als auch eine stark im Vordringen befindliche Auffassung in der wissenschaftlichen Literatur für die Zulässigkeit steuer*verschärfender* Analogien ausgesprochen hatte.[42]

II. Herleitung der Zulässigkeit belastender Analogien

Im Folgenden soll die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung durch Analogien zulasten des Steuerpflichtigen an den einschlägigen verfassungsrechtlichen Prinzipien der

---

[29] RFH, IV A 3/27, E 20, 258, 259; RFH, I A a 76/29, E 25, 232, 235; RFH, V A 537/35, E 39, 252, 256.
[30] *Hess* (Fn. 15), S. 66 f.
[31] BFH, II 210/65, BStBl. II 1969, 736, 737.
[32] BFH, VIII R 109/75, BStBl. II 1977, 283; BFH, VI R 177/75, BStBl. II 1977, 524, 525; BFH, I R 97/76, BStBl. II 1978, 628, 630.
[33] *Tanzer*, StuW 1981, 201, 206.
[34] BFH, II R 49/71, BStBl. II 1976, 121, 122 f.
[35] BFH, IV R 175/79, BStBl. II 1984, 221, 224 – Rechtschreibung und Zeichensetzung durch *Verfasser* angepasst.
[36] Diese Tagung am 5. und 6. Oktober 1981 in Mainz gilt als „Schicksalsmoment" (*Wendt*, in: FS Wadle, 2008, S. 1203, 1205) der hier untersuchten Frage.
[37] BVerfGE 13, 153, 160 – Rechtschreibung und Zeichensetzung durch *Verfasser* angepasst.
[38] BVerfGE 13, 153, 164.
[39] BVerfGE 13, 318, 328 – interne Zitate durch *Verfasser* ausgenommen.
[40] *Seuffert*, DStR 1985, 5, 7; *Woerner*, in: GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 967, 974.
[41] BVerfG, 1 BvR 279/83, NJW 1985, 1891 – Rechtschreibung durch *Verfasser* angepasst.
[42] Vergleiche etwa BFH, IV R 175/79, BStBl. II 1984, 221, 224 und *Tipke*, in: DStJG 5 (Fn. 5), S. 1 ff.

formellen und materiellen Rechtsstaatlichkeit gemessen werden.

1. Grundrechte

Dabei gilt es eingangs zu untersuchen, ob sich aus den Grundrechten verfassungsrechtliche Grenzen für die Zulässigkeit belastender Analogien ergeben.

a) Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Das Grundgesetz schützt in Art. 2 Abs. 1 GG mit der allgemeinen Handlungsfreiheit eine umfassende allgemeine Verhaltensfreiheit.[43] Unabhängig davon, ob ein Steuergesetz direkt oder im Wege der Analogie angewendet wird, stellt es einen Eingriff in dieses Grundrecht dar. Fraglich ist nur, ob die Analogie eine den Eingriff rechtfertigende Eingriffsermächtigung im Sinne der Schrankentrias sein kann.

Weil das Steuererhebungsrecht des Staates kein „Recht anderer" (Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 Var. 1 GG) ist, kann die Analogie die Handlungsfreiheit nur aufgrund der verfassungsmäßigen Ordnung (Var. 2) einschränken. Versteht man diese als Inbegriff aller formell und materiell mit der Verfassung konformen Normen,[44] so verschiebt sich die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit auf eine nachgelagerte Ebene, auf der die Analogiefähigkeit der Steuernorm anhand anderer Grundrechte und Verfassungsprinzipien zu prüfen ist.[45] So ergibt sich unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1 GG keine Lösung des hier behandelten Problems.

b) Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Eine Rechtsfortbildung zuungunsten des Steuerpflichtigen könnte mit der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG kollidieren. Einer Rechtfertigung vor diesem Grundrecht bedarf die Besteuerung jedoch nur, wenn das Steuergesetz eine berufsregelnde Tendenz aufweist,[46] was bei Steuern, die primär die Erzielung von Einnahmen bezwecken (§ 3 Abs. 1 AO), selten der Fall ist.[47] Bezogen auf die Frage der Analogien heißt das, dass die lückenausfüllende Anwendung einer nicht berufsregelnden Norm nicht berufsregelnd werden kann und die Analogie einer berufsregelnden Norm die gleiche Eingriffsintensität wie die lückenausfüllende Norm besitzt und auf selbiger Grundlage gerechtfertigt ist.

c) Eigentumsschutz (Art. 14 Abs. 1 GG)

Letztlich könnte sich aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG eine Einschränkung belastender Analogien im Steuerrecht ergeben.

Art. 14 GG schützt konkrete vermögenswerte Rechte.[48] Nicht erstreckt sich der Schutzbereich des Grundrechts auf das Vermögen als solches.[49] Die Steuerabgabe ist mithin eine von Art. 14 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht geschützte „eigentumsneutrale Vermögensbelastung"[50]. Dessen ungeachtet liegt ein Verstoß gegen Art. 14 GG in atypischen Fällen ausnahmsweise vor, wenn die Steuer eine erdrossende Wirkung hat.[51]

Dies als Beurteilungsmaßstab zugrunde gelegt, wäre eine steuerverschärfende Analogie mit Art. 14 Abs. 1 GG unvereinbar, wenn durch die Lückenausfüllung selbst die Grenze zur Erdrosselungssteuer überschritten würde. Derartige Analogien zu Rechtsnormen, die selbst keine erdrosselnde Wirkung für den Steuerpflichtigen entfalten, sind jedoch nicht denkbar, weil eine Analogie an vergleichbar steuerwürdigende Sachverhalte anknüpft und in ihrer Intensität mit der entsprechend angewendeten Norm identisch ist. Somit ergeben sich auch aus Art. 14 Abs. 1 GG keine Einschränkungen für steuerverschärfende Analogien.

2. Demokratie und Gewaltenteilung

Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer Bundesstaat, Art. 20 Abs. 1 GG. Hieraus und aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG folgt, dass nur der vom Volke durch Wahlen legitimierte parlamentarische Gesetzgeber über die Steuerwürdigkeit tatsächlicher Lebenssachverhalte entscheiden und demgemäß folgerichtig Steuern auferlegen kann. In diesem Kontext nahm der RFH gutachterlich Stellung[52] und erging die daran anknüpfende Entscheidung des BVerfG[53], nach der das Steuerrecht „aus dem Diktum des Gesetzgebers" lebe.

a) Steuerrechtliche Analogien als illegitime Rechtsschöpfung

Zwar ist es auch unter dem Grundgesetz grundsätzlich anerkannte Aufgabe der Gerichte, Gesetzeslücken durch Analogien zu schließen.[54] Im Steuerrecht, für das der Gesetzgeber selbst den parlamentarischen Besteuerungswillen durch Jahressteuergesetze stets aktuell zum Ausdruck bringt, könnte dies jedoch bezweifelt werden. Aus dem „Aktionismus des Steuergesetzgebers"[55] schließen *Friauf*[56] und *Wendt*[57], dass die Lückenausfüllung im Steuerrecht stets auf einem hypothetischen, nicht rechtsförmig gefassten Willen beruhe, weil der Gesetzgeber seinen Willen zeitnah umsetzen könne. So sei, weil die Lückenausfüllung nur das umsetze, was der Rechtsanwender für „konsequent" oder „besser" halte, die Analogie nicht auf einen legitimierten Gesetzgeber zurückzuführen und verstoße gegen das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip.[58]

---

[43] BVerfGE 111, 54, 81; *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 3), Art. 2 Rn. 2.
[44] BVerfGE 6, 32, 37 f.; BVerfGE 10, 354, 363; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 2 Rn. 39.
[45] *Hess* (Fn. 15), S. 117 ff.
[46] BVerfGE 13, 181, 185; *Mann/Worthmann*, JuS 2013, 385, 389.
[47] *Walz*, Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, 1990, S. 146; *Selmer*, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, 1972, S. 245.
[48] BVerfGE 24, 367, 396; *Jarass/Pieroth* (Fn. 14), Art. 14 Rn. 7.
[49] BVerfGE 75, 108, 154; *Walz* (Fn. 47), S. 147; *Wendt*, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG[9], 2011, Art. 14 Rn. 38; *Papier*, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 14 Rn. 160.
[50] *Selmer* (Fn. 47), S. 295; so auch BFH, I R 43/89, BStBl. II 1991, 427, 433; **a.A.** *Friauf*, DÖV 1980, 480, 488.
[51] BVerfGE 87, 153, 169; BFH, VIII R 95/72, BStBl. II 1974, 572, 580; *Völker*, DStZ 1989, 235, 241; *Hey*, in: Tipke/Lang (Fn. 15), § 3 Rn. 184.
[52] RFH, I D 1/21, E 6, 292, 299 (s.o.).
[53] BVerfGE 13, 318, 328.
[54] BVerfGE 34, 269, 287 f.; BFH, IV R 175/79, BStBl. II 1984, 221, 224; *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 3), Art. 20 Rn. 158.
[55] *Seer*, in: Tipke/Lang (Fn. 15), § 1 Rn. 8.
[56] *Friauf*, in: DStJG 5 (Fn. 5), S. 53, 67.
[57] *Wendt* (Fn. 36), S. 1203, 1212.
[58] So auch *Friedrich*, in: FS Wallis, 1985, S. 151, 154.

b) Analogien als Fortführung gesetzgeberischer Wertungen

Keineswegs soll jedoch dem Gesetzgeber durch die Rechtsfortbildung, wie von *Friauf* und *Wendt* angedeutet, die alleinige Legislativkompetenz abgesprochen werden. Es liegt in der Natur des Steuerrechts, dass es aufgrund der hohen Komplexität der Lebenssachverhalte lückenhaft ist. Schon aus tatsächlichen Gründen ist es daher für den Gesetzgeber kaum möglich, auch trotz jährlicher Steuergesetze alle Lücken im Wortlaut zu erfassen und zu schließen. Aufgrund der gefestigten Methodik der Analogiebildung kann auch das Argument nicht überzeugen, die Lückenausfüllung stütze sich nicht auf einen rechtsförmig gefassten Willen und sei gar willkürlich und spekulativ. Als methodische Voraussetzung muss sich die Zulässigkeit der Analogie nach der „immanenten Teleologie" richten. So hat auch schon der RFH festgestellt, dass eine Lückenausfüllung nur möglich sei, „wenn der Gesetzgeber die Steuerpflicht für den Tatbestand *selbst angeordnet*, aber diesen sie bedingenden Tatbestand nicht völlig genau umschrieben hat"[59]. Folglich wirkt die Analogie *innerhalb* der teleologischen Vorstellung des Gesetzgebers nur „nachbessernd"[60]. Demgemäß, die Methodentreue der Analogienbildung vorausgesetzt, ist auch im Steuerrecht die Lückenausfüllung kein Eindringen in den gesetzesfreien Raum, sondern führt den Willen der demokratisch legitimierten Volksvertretung *praeter legem* entsprechend fort.[61] Nach hier vertretener Auffassung steht mithin das Demokratieprinzip einer belastenden Analogie nicht entgegen; beides steht vielmehr ausdrücklich in Einklang.[62]

3. „Nullum tributum sine lege"?

Eine absolute Unzulässigkeit steuerrechtlicher Analogien zuungunsten des Steuerpflichtigen könnte sich auch aus Art. 103 Abs. 2 GG, der seinerseits eine spezielle Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips darstellt,[63] ergeben.

Indes beschränkt der Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 GG das hieraus abgeleitete Verbot der Überschreitung des möglichen Wortsinns[64] auf das materielle Strafrecht. Die Übertragung dieses strengen Gesetzesvorbehalts auf ein regelmäßiges Analogieverbot auf dem Gebiet des Steuerrechts für den Steuerpflichtigen belastende Analogien gemäß eines Grundsatzes *„nullum tributum sine lege"*[65] ließe sich daher allenfalls auf eine entsprechende Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG stützen.

a) Analogieverbot wegen vergleichbarer Eingriffsintensität

Eine solche Analogie wird von einem Teil der Literatur befürwortet.[66] Begründet wird diese Auffassung mit der vergleichbaren Eingriffsschwere von Strafe und Steuer. Weil eine Geldstrafe und eine Steuerabgabe die „stärksten Eingriffe in die Individualsphäre"[67] darstellten, bedürfe es im Steuerrecht eines mit dem strengen strafrechtlichen Gesetzesvorbehalt vergleichbaren Grundsatzes. Überdies sei eine Analogie des Art. 103 Abs. 2 GG auf die „erstrebenswert[e] Konkordanz zwischen Steuerrecht und Steuerstrafrecht"[68] zurückzuführen.

b) Kritik an der Analogiefähigkeit des Art. 103 Abs. 2 GG

Kritisch zu würdigen ist, ob diese Begründung eines steuerrechtlichen Analogieverbots durch die analoge Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG überzeugen kann.

Sie stößt schon deshalb auf erhebliche Bedenken, weil Gegenstand der Analogie die Verfassung ist. Versteht man das Grundgesetz als eine „einheitliche Ordnung des politischen und gesellschaftlichen Lebens der staatlichen Gemeinschaft"[69], ist dessen Unvollständigkeit äußerst fragwürdig. In diesem Sinne bildet der Verfassungstext eher ein „lückenloses System"[70], in dem kein Raum für eine ergänzende Lückenausfüllung bleibt.

Schlösse man dementgegen die Lückenhaftigkeit der Verfassung nicht aus, müsste das Grundgesetz überdies planwidrig unvollständig sein. Dies begegnet gleich mehreren gewichtigen Zweifeln: Telos des Art. 103 Abs. 2 GG ist die Bestimmbarkeit von verbotenem Verhalten durch den Staatsbürger.[71] Im Sinne der *Feuerbach*'schen „Theorie des psychologischen Zwangs" kann nur geschriebenes Recht zur Unterlassung bestimmten Verhaltens generalpräventiv wirken.[72] Sinn und Zweck des Steuerrechts ist jedoch, insbesondere durch die Verwirklichung sogenannter Finanzzwecknormen, die Sicherung des Steueraufkommens zur Staatsfinanzierung (vgl. § 3 Abs. 1 Hs. 1 AO), nicht die Unterlassung bestimmter Handlungen.[73] Ferner sind das durch die Strafnormen zum Ausdruck kommende Unwerturteil und der Schuldvorwurf nicht mit dem Verteilungs- und Finanzierungscharakter des Steuerrechts vergleichbar.[74] Letztlich ist zweifelhaft, ob eine Lücke auch planwidrig wäre. Obwohl ein strenger Gesetzesvorbehalt für das Steuerrecht schon zu Geltungszeiten der Weimarer Reichsverfassung diskutiert wurde, hat der Verfassungsgeber

---

[59] RFH, I D 1/21, E 6, 292, 299 – Betonung durch *Verfasser*.
[60] BFH, IV R 175/79, BStBl. II 1984, 221, 224; *Englisch*, in: Tipke/Lang (Fn. 15), § 5 Rn. 82.
[61] *Roland*, SteuerStud 2009, Beil. 1, 11; *Papier*, Die finanzgerichtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip, 1973, S. 176 f.; *Tipke*, StuW 1981, 189, 192; *Englisch*, in: Tipke/Lang (Fn. 15), § 5 Rn. 82.
[62] So auch *Tanzer*, in: StuW 1981, 201, 209 f.; *Tipke*, in: DStJG 5 (Fn. 5), S. 1, 11.
[63] BVerfGE 78, 374, 382; BVerfGE 95, 96, 130; *Jarass/Pieroth* (Fn. 14), Art. 103 Rn. 43.
[64] BVerfGE 71, 108, 115; *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, S. 127 ff.
[65] In Anlehnung an *„nulla poena sine lege"*.
[66] *Kruse*, StuW 1959, 210, 227; *Felix*, in: DStJG 5 (Fn. 5), S. 99, 128 f.
[67] *Kruse*, StuW 1959, 210, 227.
[68] *Crezelius*, Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung, 1983, S. 153.
[69] BVerfGE 19, 206, 220.
[70] *Roellecke*, in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, 1976, S. 22, 33; in diesem Sinne auch *Müller*, Juristische Methodik I[10], 2009, S. 139.
[71] BVerfGE 41, 314, 319; BVerfGE 87, 209, 223 f.
[72] *Joecks*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB[2], 2011, Einl. Rn. 65; *Rüping*, in: BonnKommGG (Fn. 14), Art. 103 II, Rn. 6.
[73] *Tipke*, StuW 1981, 189, 192; *Papier* (Fn. 61), S. 177; *Walz* (Fn. 47), S. 144.
[74] *Weber-Grellet*, DStR 1991, 438, 444; *Crezelius* (Fn. 68), S. 153; *Hess* (Fn. 15), S. 141 f.

in Kenntnis dieser Problematik ein Rechtsfortbildungsverbot ausdrücklich nur für das Strafrecht normiert.[75] Dies legt nahe, dass für das Steuerrecht eine dem Art. 103 Abs. 2 GG ähnliche Regelung bewusst nicht in das Grundgesetz aufgenommen wurde.

Eine Übertragung des Art. 103 Abs. 2 GG auf dieses Rechtsgebiet im Wege der Analogie muss demnach ausscheiden.

4. Rechtsfortbildung und Rechtssicherheit

Weil sich aus den Grundrechten, dem Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip, sowie aus Art. 103 Abs. 2 GG eine verfassungsrechtliche Grenze der Rechtsfortbildung zuungunsten des Steuerpflichtigen nicht entnehmen lässt, kommt es letztlich auf die allgemeinen Wertungen des Gebots der Rechtssicherheit an.

a) Keine Vorhersehbarkeit der Besteuerungsbelastung bei Analogien

In Anlehnung an das Urteil des BVerfG aus 1961[76] wird vertreten, dass eine Analogie zulasten des Steuerpflichtigen, sei sie steuerverschärfend oder steuerbegründend, ausgeschlossen ist.[77] Die Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit der Besteuerung könne effektiv nur gewährleistet werden, wenn sie sich innerhalb des zwar auslegungsfähigen, aber noch möglichen Wortsinns des Steuertatbestandes bewege. Um Rechtssicherheit zu gewährleisten, müsse der steuerliche Eingriff durch das positive Recht normiert werden. Dieses zu gestalten wäre jedoch nur Aufgabe der Legislative, nicht der Judikative oder Exekutive.

b) Gegenthese: Rechtssicherheit durch Regelsicherheit

aa) Hinreichende Vorhersehbarkeit bei Methodentreue?

Dem hält eine mindestens ebenso stark vertretene Auffassung entgegen, dass nur eine methodengerechte Rechtsfortbildung und Lückenausfüllung hinreichende Rechtssicherheit schaffe.[78] *Tipke* versteht „Rechtssicherheit [als] Regelsicherheit, Sicherheit vor regelloser Willkür“[79]. Demgemäß sei die Besteuerung durch belastende Analogien vorhersehbar und verfassungsgemäß, wenn sie methodentreu hergeleitet würde.

Gegen diese Auffassung könnte man indes anführen, dass sich das Steuerrecht der Rechtsfortbildung entziehe, weil es positivistisches Recht sei, dem es an der „Sachlogik der Steueranknüpfung“[80] fehle.[81] Zwar kann die Bruchstückhaftigkeit der Steuergesetze nicht vollends von der Hand gewiesen werden, jedoch gibt es beispielsweise mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip, dem Liebhaberei-, Annuitäts- und Sozialstaatsprinzip wesentliche der Besteuerung zugrunde liegenden Prinzipien.[82] Weil das Recht nicht mit der Gesamtheit geschriebener Normen identisch ist,[83] muss sich die verfassungsrechtliche Vorhersehbarkeit statt positivistisch an dem Wortlaut, auch an der Methodik der Lückenausfüllung orientieren.

Überdies wird zu Recht darauf verwiesen, dass auch die Gerichte, die ihre Urteile unter der Prämisse eines Analogieverbots gefasst haben, das Lückenausfüllungsverbot zuungunsten des Steuerpflichtigen durch exzessive Auslegung umgingen (zum Beispiel der doppelstöckigen GmbH & Co. KG unter C.I.1.).[84]

Nach zutreffender Ansicht ist Rechtssicherheit daher nur durch methodengerechte Rechtsfortbildung und Regelsicherheit zu erreichen.

bb) Verfassungskonforme Anwendung der Analogievoraussetzungen

Nimmt man mit der hier vertretenen Ansicht an, dass eine Besteuerung auch dann vorhersehbar ist, wenn ein Tatbestand methodengerecht rechtsfortbildend verschärft wird, ist die Anschlussfrage zu erörtern, ob und wie das Rechtsstaatsprinzip die Analogievoraussetzungen beeinflusst.

(1) Keine Einschränkung

Eine Anpassung der Analogievoraussetzungen aufgrund der Verfassung könnte man ablehnen und die Grenze der Rechtsfortbildung erst am „Gebot der rechtsanwendungspolitischen Zurückhaltung“[85] ziehen, also dort, wo mit der Analogie in die souveräne Entscheidungshoheit des Gesetzgebers über die Auswahl der Steuertatbestände eingegriffen wird. Dies käme im Ergebnis einer Ablehnung jeder eingeschränkten Zulässigkeit der Analogie im Steuerrecht gleich.[86] Dieses Verständnis birgt jedoch eine „Tendenz zum Willkürlichen“[87], wenn die Einschätzung über die legislative Nachbesserungsbedürftigkeit allein dem Richter obliegt. Diese Auffassung, die dem Steuerpflichtigen keine hinreichende Vorhersehbarkeit gewährt, ist daher abzulehnen.

(2) Subjektiver oder objektivierter gesetzgeberischer Wille als Analogieschranke

Eine belastende Analogie ist nur dann verfassungskonform, wenn der Steuerpflichtige aufgrund erkennbarer Umstände nicht auf den (unzureichenden) Wortlaut vertrauen darf. Das schutzwürdige Vertrauen in den Wortlaut nehmende Umstände können nach einer Ansicht solche sein, die den subjektiven Willen des Gesetzgebers erkennen lassen, den in Frage stehenden Sachverhalt unter die Norm zu fassen. Dieser Wille kann aus dem Gesetz und unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung und Parlamentsdebatten ermittelt werden.[88]

---

[75] *Barth* (Fn. 6), S. 408 f.; *Papier* (Fn. 61), S. 22 ff.
[76] Vgl. Fn. 37 mit zugehörigem Zitat im Text.
[77] BFH, I R 20/76, BStBl. II 1978, 346, 347; BFH, I R 205/66, BStBl. II 1972, 455, 457; *Offerhaus*, BB 1984, 993, 996 f.; *Friauf*, in: DStJG 5 (Fn. 5), S. 53, 60 ff.; *Friedrich* (Fn. 58), S. 151, 156; *Hegelau*, Analogie im Steuerrecht, 1985, S. 87; *Scholtz*, in: Koch/Scholtz (Hrsg.), Kommentar zur AO[5], 1996, § 4 Rn. 18.
[78] BFH, IV R 175/79, BStBl. II 1984, 221, 224; *Tipke* (Fn. 25), S. 200 ff.; *Völker*, DStZ 1989, 235, 239.
[79] *Tipke*, StuW 1981, 189, 194 f.
[80] *Kruse*, in: DStJG 5 (Fn. 5), S. 71, 75 f.
[81] *Wendt* (Fn. 36), S. 1203, 1213 f.
[82] *Tipke*, in: DStJG 5 (Fn. 5), S. 1, 12.
[83] BVerfGE 34, 269, 287.
[84] *Englisch*, in: Tipke/Lang (Fn. 15), § 5 Rn. 83.
[85] *Walz* (Fn. 47), S. 142 ff., 154.
[86] So auch *Tanzer*, StuW 1981, 201, 206.
[87] *Woerner*, BB 1984, 523.
[88] BFH, IV R 175/79, BStBl. II 1984, 221, 224; *Tipke*, in: DStJG 5 (Fn. 5), S. 1, 12; *Plückebaum*, DStZ 1984, 284.

Nach einer engeren These erfordert das Gebot der Rechtssicherheit, dass sich die planwidrige Unvollständigkeit aus dem objektivierten Willen des Gesetzgebers ergibt – maßgeblich sei also allein der Gesetzestext selbst.[89] Gemeinsam halten es beide Auffassungen für unentbehrlich, dass der Wille eindeutig sein müsse, um dem Steuerpflichtigen das Vertrauen in den Wortlaut des Gesetzes nehmen zu können.

Naheliegend ist zunächst der für die subjektive Bestimmung der Unvollständigkeit sprechende Gedanke, dass sich auch die Methode der Auslegung aller Gesetzesmaterialien bedient. Jedoch muss der subjektive Wille im Falle seiner Verfassungswidrigkeit zugunsten der verfassungskonformen Auslegung weichen, die einen objektiviert-teleologischen Ansatz verfolgt.[90] Weil die Analogiefähigkeit zunächst eine Verfassungsfrage ist, wäre demnach der objektivierte Wille maßgeblich.

Mitunter wird versucht, die subjektive Methode mit dem Demokratieprinzip zu rechtfertigen, da bei der Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien der hinter dem Gesetz stehende wahre Wille des Gesetzgebers eher zum Ausdruck komme als im Gesetz selbst.[91] Dieses Argument verkennt indes, dass der Steuergesetzgeber selbst an das Grundgesetz gebunden und an dessen Geboten und Prinzipien zu messen ist. Nur weil der subjektive Wille demokratisch – da er den wahren Willen des Gesetzgebers besser erkennen lässt, vielleicht „demokratischer" – ist, heißt dies noch nicht, dass dieser mit dem Rechtsstaatsprinzip harmonisiert und verfassungsgemäß ist.[92] Ein demokratisch gefasster Besteuerungswille kann gleichwohl mit den *verfassungs*rechtlichen Geboten der formellen Rechtsstaatlichkeit unvereinbar sein.

Vielmehr spricht die Natur des Steuerrechts für die objektiv-teleologische Ermittlung der Gesetzeslücke. Als besonders intensives, wesentliche private und unternehmerische Entscheidungen prägendes Eingriffsrecht muss das Steuerrecht dem Steuerpflichtigen eine erhöhte Rechtssicherheit durch Vorhersehbarkeit bieten. Selbst von den Vertretern des subjektiven Ansatzes wird eingestanden, dass die Erkundung des tatsächlichen Willens für diesen weder zumutbar noch verhältnismäßig ist.[93] Denn nur wenn auch ein Richter „den gesetzgeberischen Plan aus [dem Gesetz] ebenso exakt belegen [kann] wie das Defizit an verbaler Ausformung"[94], kann der aufmerksame Steuerpflichtige die Unausgewogenheit des Steuergesetzes erkennen und sich auf die den Wortlaut übersteigende Besteuerung einstellen.[95]

Folglich müssen sich die Analogievoraussetzungen, um den Anforderungen der der Verfassung wegen gewährten Rechtssicherheit zu genügen, eindeutig und nur aus dem Gesetzestext selbst herleiten lassen.

D. Fazit

Der Beitrag hat gezeigt, dass die Grundrechte, das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip, sowie das Gebot der Rechtssicherheit einer den möglichen Wortsinn eines Steuertatbestandes überschreitende Besteuerung nicht entgegenstehen. Die Rechtsfortbildung durch die Finanzverwaltung und die Gerichte im Wege einer Analogie zulasten des Steuerpflichtigen setzt aus verfassungsrechtlichen Erwägungen gleichwohl voraus, dass sich allein aus der Teleologie des Steuergesetzes selbst der eindeutige Wille des Gesetzgebers ergibt, den in Frage stehenden Sachverhalt als steuerwürdig einzustufen. Andernfalls schließt das schutzwürdig Vertrauen des Steuerpflichtigen in das geschriebene Recht die Besteuerung auf Grundlage einer Analogie aus.

Trotz oder aufgrund der lebhaften Diskussion über die Analogiefähigkeit steuerrechtlicher Normen ist anzuerkennen, dass sich die Finanzgerichte der Problematik um die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung mehr als andere Gerichte bewusst sind und sich entsprechend dezidierter hiermit auseinandersetzen.[96] Schließlich bleibt zu hoffen, dass sich die Exekutive und insbesondere die Judikative – unabhängig von einer konkreten Rechtsauffassung – der Frage nach den Grenzen der Lückenausfüllung *praeter legem* methodenehrlich annimmt, um hierdurch selbst Rechtssicherheit zu schaffen.

---

[89] *Woerner* (Fn. 40), S. 967, 976 f.; *ders.*, FR 1992, 226, 231; *Birk* (Fn. 23), § 2 Rn. 174.
[90] *Woerner*, BB 1984, 523.
[91] *Tipke*, StuW 1981, 189, 194 f.
[92] *Woerner*, BB 1984, 523.
[93] *Tipke*, in: DStJG 5 (Fn. 5), S. 1, 12 f.
[94] *Woerner*, in: DStJG 5 (Fn. 5), S. 23, 44.
[95] *Woerner*, BB 1984, 523.
[96] Ebenso dahingehend die Rechtsprechung des BFH analysierend *Woerner*, in: DStJG 5 (Fn. 5), S. 23, 51.

Jan Henrik Weischede*

Urheberrechtsschutz für Gebrauchsgegenstände?

Ein Vergleich der Kriterien der Entscheidung BGH, GRUR 2012, 58 – *Seilzirkus* mit der aktuellen EuGH-Judikatur zum Werkbegriff, insbesondere den Entscheidungen EuGH, GRUR 2009, 1041 – *Infopaq*, GRUR 2011, 220 – *BSA/Kulturministerium* und GRUR 2012, 386 – *Dataco/Yahoo*

A. Einführung

Klettergerüste, Zusammenfassungen von Zeitungsartikeln, Software und Fußballspielpläne haben zwei entscheidende Gemeinsamkeiten: Sie dienen erstens einem Gebrauchszweck und sind damit Gebrauchsgegenstände[1] und werfen zweitens in ihrer Eigenschaft als Gebrauchsgegenstände die Frage auf, ab welcher Grenze ihnen und ihrer Gattung urheberrechtlicher Schutz zukommen soll. Diese Gegenstände, die in ihrer Formgestaltung zwischen Funktionalität und Kreativität stehen, nennt das Urheberrechtsgesetz[2] angewandte Kunst (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG).[3]

Urheberrechtlicher Schutz für Gebrauchsgegenstände ist nicht selbstverständlich. Gebrauchsgegenstände sind – im Gegensatz zur zweckfreien Kunst – Teil des technischen Fortschritts und müssen der Allgemeinheit zugänglich sein, um technologischen Fortschritt zu ermöglichen. Sie unterfallen deshalb zunächst dem patentrechtlichen Schutz, der höhere Schutzanforderungen als das Urheberrecht stellt[4] und vor allem eine kürzere und damit gemeinwohlverträglichere Schutzzeit als das Urheberrecht vorsieht[5]. Da aber viele Gebrauchsgegenstände nicht nur auf ihre Funktion beschränkt sind, sondern auch das Ergebnis eines kreativen Schaffensprozesses sein können, stellt sich die Frage nach ihrem Urheberrechtsschutz. Die Aufgabe, einen urheberrechtlichen Schutzmaßstab zu bilden, fällt dem Werkbegriff zu. Er entscheidet als „Eingangstor“[6] zum Urheberrecht über die Schutzfähigkeit eines Gegenstands.

Ziel der Arbeit ist es, den Werkbegriff des BGH und des EuGH für Gebrauchsgegenstände anhand von vier Entscheidungen herauszuarbeiten und zu systematisieren. Nach einer Einführung in die europäische Werkkonzeption (B.) folgt die Analyse der Entscheidungen (C.). Daraufhin sind die Urteile in ihren schutzniveaurelevanten Gemeinsamkeiten und Unterschieden zu vergleichen (D.), um abschließend auf die Konsequenzen der Unterschiede für das deutsche Urheberrecht eingehen zu können (E.).

B. Trend zur Harmonisierung – Die europarechtliche Entwicklung des Werkbegriffs

Die europäische Konzeption des Werkbegriffs in den betreffenden Richtlinien birgt in sich bereits die Ursache für die zunehmende Rechtsprechung des EuGH zum Werkbegriff. Die unterschiedlichen Traditionen im Werkverständnis der Mitgliedstaaten sollten im Wege der europäischen Harmonisierung in Einklang gebracht werden.[7] Dieses Anliegen scheiterte. Der Harmonisierungsstand ist lückenhaft.

Lediglich für drei Werkarten sind europäisch autonome Schutzanforderungen in den jeweiligen Richtlinien aufgestellt: Für Computerprogramme in der Richtlinie 2009/24/EG[8] (Computer-RL), für Datenbanken in der Richtlinie 96/9/EG[9] (Datenbank-RL) und für Fotografien in der Richtlinie 93/98/EWG[10] (Schutzdauer-RL). Trotz unterschiedlicher Schutzgegenstände hat der Richtliniengeber den Werkbegriff in den drei Richtlinien auf die einheitliche Formel der „eigenen geistigen Schöpfung“[11] bringen können. In der Übereinstimmung der Definitionen deutete sich bereits die Entwicklung hin zu einem autonomen Werkbegriff für sämtliche Werkarten an[12] – ein Ausgangspunkt, den der EuGH bereitwillig aufgriff, um vom Werkbegriff dieser Richtlinien auf ein werkübergreifendes Werkverständnis zu schließen.

Den genannten werkspezifischen Richtlinien steht die Richtlinie 2001/29/EG[13] (Infosoc-RL) gegenüber, die werkunabhängig die urheberrechtlichen Verwertungsrechte harmonisiert. Sie stellt damit zwar die bisher umfassendste

---

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

1 Zum Begriff der angewandten Kunst, der inzident Aufschluss über den Begriff des Gebrauchsgegenstands gibt: vgl. *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz[3], 2008, § 2 Rn. 158.

2 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG) vom 09.09.1965 (BGBl. I S. 1273), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.07.2013 (BGBl. I S. 2586) mit Wirkung vom 01.08.2013.

3 Vgl. *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Fn. 1), § 2 Rn. 158.

4 Das Patentrecht verlangt als zusätzliche Schutzvoraussetzung beispielsweise eine neue Erfindung (s. *Osterrieth*, Patentrecht[4], 2010, Rn. 201 ff.)

5 Vgl. Schutzzeit in § 16 Abs. 1 S. 1 PatG: 20 Jahre und § 64 UrhG: 70 Jahre *post mortem auctoris*.

6 *Bullinger*, GRUR-Prax 2011, 536.

7 Vgl. First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases, Punkt 1.1, verfügbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/prot-databases/index_en.htm (letzter Abruf am 30.09.2013).

8 Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, kodifizierte Fassung (ABl. EG Nr. L 111/16).

9 Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates der Europäischen Union vom 11.03.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (ABl. EG 1996 Nr. L 77/20).

10 Richtlinie 93/98/EWG des Rates vom 29.10.1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (ABl. EG 1993 Nr. L 290/9).

11 Art. 1 Abs. 3 S. 1 Computer-RL; Art. 3 Abs. 1 S. 1 Datenbank-RL; Art. 6 S. 1 Schutzdauer-RL.

12 Vgl. *Klauer*, Europäisierung des Privatrechts, 1997, S. 320; *Handig*, Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (ÖBl.) 2010, 52; **a.A.**: *Erdmann*, in: FS Michael Loschelder, 2010, S. 61, 64 f.

13 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. EG 2001 Nr. L 167/10).

Harmonisierungsmaßnahme im Urheberrecht dar,[14] eine Bestimmung des Werkbegriffs sucht man aber vergeblich. Diese Lücke war durch den jeweiligen nationalen Werkbegriff zu füllen – ein Umstand, der einem einheitlichen Urheberrechtsstandard zuwiderlief:[15] Der nationale Werkbegriff als Lückenfüller war ein Fremdkörper im ohnehin unsystematischen „Flickenteppich"[16] des europäischen Urheberrechts. Es verwundert daher nicht, dass der EuGH sich dazu berufen sah, den nationalen Werkbegriff mithilfe eines autonomen Werkverständnisses zu verdrängen.

C. Analyse der Entscheidungen

I. Die EuGH-Judikatur

Deutlich wird in der Analyse erstens, dass der *Gerichtshof* um die Verfestigung seiner Rechtsprechung zur Grundsatzentscheidung *Infopaq* bemüht ist. Zweitens zeigt sich in den darauffolgenden Entscheidungen auch eine sukzessive Präzisierung des Werkbegriffs.

1. EuGH, GRUR 2009, 1041 – *Infopaq* (C-05/08)

a) Das Urteil

Das dänische Unternehmen *Infopaq International A/S* bietet an, auf Stichwörter hin Zeitungsartikel zu suchen und für den Kunden ein Protokoll zu erstellen, das aus dem Suchwort sowie den fünf vorangehenden und den fünf nachfolgenden Wörtern in dem gefundenen Artikel besteht. Inzident musste der EuGH über die Frage entscheiden, ob dieses Protokoll urheberrechtlich schützenswert ist und hielt fest, dass das Protokoll als Werkteil den gleichen Regeln wie der Artikel als Gesamtwerk unterliegen müsse.[17] Geradezu beiläufig[18] setzt der EuGH dabei den Beginn einer nunmehr verfestigten Rechtsprechung[19] zum europäischen Werkbegriff.

b) Schlussfolgerungen für den Werkbegriff

aa) Kreation eines einheitlichen europäischen Werkbegriffs

Mit lediglich zwei Sätzen erklärt der Gerichtshof die Grundsätze zum Werkschutz, die im Rahmen der Datenbank-RL, der Computerprogramm-RL sowie der Schutzdauer-RL gelten, auch in diesem Fall und damit für den allgemeinen Werkbegriff in der Infosoc-RL für anwendbar:[20] Der Begriff der „eigene[n] geistigen Schöpfung"[21] fristet damit nicht mehr länger ein Dasein im Sonderregelungsbereich, sondern beansprucht kraft höchstrichterlicher Rechtsfortbildung Allgemeinbegriff zu sein.[22]

Methodisch leitet der Gerichtshof den Werkbegriff aus dem völkerrechtlichen und europarechtlichen Zusammenhang her. Die Methode überzeugt, weil sie auf die etablierten[23] Auslegungskategorien des Normzwecks, des gesetzgeberischen Ziels und der völkerrechtskonformen Auslegung zurückgreift.[24] Ausgangspunkt ist die Berner Übereinkunft[25] (RBÜ), die eine geistige Schöpfung als Schutzvoraussetzung verlangt.[26] In „Gesamtanalogie"[27] zum autonomen Werkbegriff der Richtlinien präzisiert der Gerichtshof den Werkbegriff auf die „eigene geistige Schöpfung ihres Urhebers"[28]. Kritikern, die den Schluss vom Werkbegriff der drei Richtlinien auf einen einheitlichen Werkbegriff infrage stellen, weil die drei Richtlinien abgeschlossene Sonderregelungen seien[29], sind zwei Argumente entgegenzuhalten: Erstens gelten die Richtlinien als frühzeitiger, wenn auch in seinen Ansätzen stehengebliebener Entwurf eines einheitlichen Werkbegriffs des Richtliniengebers.[30] Der EuGH setzt damit in seiner einheitlichen Begriffsbildung den Willen des Richtliniengebers fort. Zweitens zeigt der einheitliche Begriff der drei Richtlinien, dass trotz unterschiedlicher Werktypen (Software, Datenbanken und Fotografien) ein gemeinsamer Nenner gefunden wurde. Deshalb ist kein Grund ersichtlich, warum dieser nicht über die Regelungsgegenstände der Richtlinien hinaus anwendbar sein sollte.[31]

bb) Das Werkkriterium der Originalität

Bereits in *Infopaq* ist die Originalität als Schutzkriterium in der Definition erkennbar. Bei einem Schutzobjekt müsse es sich um ein „*Original* in dem Sinne handel[n], dass es eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers darstellt"[32]. Im engen Bezug zum unbestimmten Begriff der eigenen geistigen Schöpfung wird deutlich, wie offen das Originalitätskriterium in *Infopaq* noch gehalten ist. Es wird im Verlaufe der folgenden Entscheidungen deutliche Konturen annehmen. Auch wenn das Originalitätskriterium nach *Infopaq* keinen Gewinn an Unterscheidbarkeit bedeutet, ist doch ein Fortschritt darin zu sehen, dass nun auf europäischer Ebene ein „systemkonformes"[33] Kriterium geschaffen wurde, das auch im Urheberrecht der Mitgliedstaaten das entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen schutzfähigem Werk und nicht schutzwürdigem Allgemeingut darstellt.

---

[14] Vgl. *McGuire*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2010, S. 1085 Rn. 135.
[15] Vgl. *Metzger*, GRUR 2012, 118, 121.
[16] *Schack*, in: Leistner (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, 2010, S. 173, 175.
[17] EuGH, GRUR 2009, 1041 Rn. 38 – *Infopaq*.
[18] Auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Sequenz von elf Wörtern schützenswert ist, geht die Generalanwältin in ihren Schlussanträgen nicht ein; siehe Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* in der Rechtssache C-5/08 (*Infopaq*) vom 12.02.2009, verfügbar unter: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&jur=C,T,F&num=C-5/08&td=ALL, letzter Abruf am 30.09.2013 (zitiert nach *Schlüter*, in: FS D. Stauder,, 2011, S. 239 Fn. 8).
[19] Vgl. die folgenden Entscheidungen mit ausdrücklichem Bezug zu *Infopaq*: EuGH, GRUR 2011, 220 Rn. 45 – *BSA/Kulturministerium*; EuGH, GRUR 2012, 386 Rn. 37 f. – *Dataco/Yahoo*.
[20] EuGH, GRUR 2009, 1041, 1044 – *Infopaq*.
[21] Art. 1 Abs. 3 Computer-RL; Art. 3 Abs. 1 Datenbank-RL; Art. 6 Schutzdauer-RL.
[22] Vgl. *Handig*, ÖBl 2010, 52, 53.
[23] Siehe dazu *Anweiler*, Auslegungsmethoden, 1997, S. 376 f.
[24] Vgl. auch *Metzger*, GRUR 2012, 118, 121 („methodisch kaum angreifbar"); vgl. allgemein zur Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Werkbegriff auch *Berger*, ZUM 2012, 353, 361 („methodisch gesichertes Rüstzeug").
[25] Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 09.09.1886, überarbeitet in Paris am 24.07.1971, englische Version verfügbar unter: http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne (letzter Abruf am 30.09.2013).
[26] EuGH, GRUR 2009, 1041, 1044 – *Infopaq*.
[27] *Metzger*, GRUR 2012, 118, 121.
[28] EuGH, GRUR 2009, 1041 Rn. 37 – *Infopaq*.
[29] So *Erdmann* (Fn. 12), S. 61, 64 f.
[30] Vgl. *Klauer*, (Fn. 12), S. 320.
[31] Vgl. *Metzger*, GRUR 2012, 118, 121: „Die Unterschiedlichkeit der Regelungsgegenstände belegt, wie breit die Basis für den Induktionsschluss [...] ist."
[32] EuGH, GRUR 2009, 1041 Rn. 37 – *Infopaq*.
[33] *Handig*, ÖBl. 2010, 52, 54.

c) Auswirkungen auf das Schutzniveau von Gebrauchsgegenständen

Wie hoch die Anforderungen an die Individualität eines schutzfähigen Gegenstands nach dem Begriff der „eigenen geistigen Schöpfung" sind, ist der Definition nicht zu entnehmen. Aufschlussreich für die Beurteilung des Schutzniveaus ist deshalb nicht die autonome Werkdefinition, sondern vielmehr der Ansatz einer Subsumtion des Gerichtshofs. Die Entscheidung, ob das aus elf Wörtern bestehende Protokoll nach Maßgabe des entwickelten Werkbegriffs ein urheberrechtlich schützenswertes Sprachwerk ist, überlässt der Gerichtshof zwar dem nationalen vorlegenden Gericht.[34] Er setzt aber voraus, dass das Protokoll als schützenswert angesehen werden *kann*, und seine Formulierung lässt darauf schließen, dass er von der Schutzfähigkeit des Protokolls ausging.[35] Insofern gibt dieser Ansatz einer Subsumtion Aufschluss über ein sehr niedriges Schutzniveau des autonomen Werkbegriffs: Verwendete man diesen Schutzstandard werkübergreifend, würde jede Ergebnisliste einer Suchmaschine, die notwendigerweise aus Textausschnitten anderer Urheber besteht, eine Vielzahl von Urheberrechtsverletzungen bedeuten.[36]

Infopaq setzt damit einen neuen Maßstab für das Schutzniveau von Gebrauchsgegenständen. Die sehr niedrige Schutzschwelle ist wegweisend für die folgenden Entscheidungen, die auf den werkübergreifenden europäischen Werkbegriff[37] aus *Infopaq* aufbauen und vor allem das Originalitätskriterium präzisieren. Der Schluss vom besonderen auf das allgemeine Urheberrecht wird als Methode der Begriffsentwicklung in den beiden folgenden Entscheidungen wiederkehren.

2. EuGH, GRUR 2011, 220 – BSA/Kulturministerium (C-393/09)

a) Das Urteil

In *BSA/Kulturministerium* entschied der EuGH, dass Benutzeroberflächen keine Ausdrucksform eines Computerprogramms seien, weil durch sie das Computerprogramm nicht vervielfältigt werden könne. Ein urheberrechtlicher Schutz nach der Computer-RL schied damit aus. Eine Benutzeroberfläche könne aber in den Genuss des urheberrechtlichen Schutzes der Infosoc-RL kommen, wenn es sich bei ihr um eine geistige Schöpfung des Urhebers handelt.[38] Das Kriterium der Originalität sei allerdings nicht erfüllt, wenn der Ausdruck der einzelnen Teile der Benutzeroberfläche durch ihre technische Funktion vorgegeben ist.[39]

b) Schlussfolgerungen für den Werkbegriff

Dass nun die Benutzeroberfläche nicht unter die Computer-RL fällt, sondern dem allgemeinen Urheberrecht der Infosoc-RL unterliegt, macht die Entscheidung für das Verständnis des einheitlichen autonomen Werkbegriffs bedeutsam.

BSA/Kulturministerium bestätigt den einheitlichen autonomen Werkbegriff aus *Infopaq*. Das wird in der wörtlichen Anlehnung und dem ausdrücklichen Verweis auf *Infopaq*[40] deutlich. Bemerkenswert dabei ist, dass der Gerichtshof die Grundsätze aus *Infopaq* ohne weitere Begründung übernimmt. In diesem Schweigen gibt er zu erkennen, dass die Grundsätze keiner Begründung mehr bedürfen, weil der entwickelte Begriff nunmehr ein feststehender ist. *BSA/Kulturministerium* ist damit der erste Schritt zu einer verfestigten Rechtsprechung des EuGH zum autonomen Werkbegriff.

BSA/Kulturministerium erschöpft sich jedoch nicht in der Wiederholung der Rechtssätze aus *Infopaq*. Vielmehr legt es darüber hinaus die Schutzanforderungen fest, die an den europäischen Werkbegriff zu stellen sind. Notwendigerweise beschränke der Gebrauchszweck einer Benutzeroberfläche, die Anwendung von Computerprogrammen zu erleichtern, die Ausdrucksmöglichkeiten ihrer Elemente.[41] Daraus leitet der Gerichtshof ab, dass das Kriterium der Originalität nicht erfüllt sei, „wenn der Ausdruck dieser Komponenten durch ihre technische Funktion vorgegeben ist, denn die verschiedenen Möglichkeiten der Umsetzung einer Idee sind so beschränkt, dass Idee und Ausdruck zusammenfallen"[42]. Die Originalität als maßgebliches Werkkriterium aus *Infopaq* ist damit bestätigt und zugleich weiterentwickelt, indem es nunmehr negativ definiert ist.

c) Auswirkungen auf das Schutzniveau von Gebrauchsgegenständen

Es drängt sich nun die Frage auf, inwiefern diese negative Definition des Originalitätskriteriums noch den niedrigen Schutzanforderungen aus *Infopaq* entspricht. Sollte die europäische „kleine Münze"[43] in *BSA/Kulturministerium* größer und damit die Schutzanforderungen höher geworden sein?

Dagegen spricht zunächst der systematische Zusammenhang der Entscheidung zu *Infopaq*. Hier entwickelte der Gerichtshof das Originalitätskriterium aus den niedrigen Schutzvoraussetzungen für Computerprogramme, Datenbanken und Fotografien.[44] Indem der Gerichtshof in *BSA/Kulturministerium* ausdrücklich auf dieses Kriterium in der *Infopaq*-Entscheidung verweist,[45] übernimmt er das Kontextverständnis des Originalitätskriteriums aus den Richtlinien und damit das weite Werkverständnis mit seinen niedrigen Schutzanforderungen. Zudem findet sich in *BSA/Kulturministerium* keine ausdrückliche Abgrenzung zu *Infopaq*. Im Wortlaut der Definition des Originalitätskriteriums klingt indes ein anderes Verständnis

---

[34] EuGH, GRUR 2009, 1041 Rn. 48 – *Infopaq*.
[35] Vgl. EuGH, GRUR 2009, 1041 Rn. 47 – *Infopaq*; dieser Interpretation zustimmend: *Metzger*, GRUR 2012, 118, 121; *Schlüter* (Fn. 18), S. 239, 240; dagegen: *Erdmann* (Fn. 12), S. 61, 66.
[36] *Metzger*, GRUR 2012, 118, 121.
[37] *Metzger*, GRUR 2012, 118, 121; **a.A.**: *Erdmann* (Fn. 12), S. 61, 66.
[38] EuGH, GRUR 2011, 220 Rn. 46 – *BSA/Kulturministerium*; vgl. bereits EuGH, GRUR 2009, 1041 Rn. 33-37 – *Infopaq*.
[39] EuGH, GRUR 2011, 220 Rn. 49 – *BSA/Kulturministerium*.
[40] EuGH, GRUR 2011, 220 Rn. 45 – *BSA/Kulturministerium*.
[41] Vgl. EuGH, GRUR 2011, 220 Rn. 49 – *BSA/Kulturministerium* i.V.m. *Bot*, Schlussanträge BSA/Kulturministerium, Rn. 75.
[42] EuGH, GRUR 2011, 220 Rn. 49 – *BSA/Kulturministerium*.
[43] Dazu zum deutschen Urheberrecht *Elster*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 40.
[44] EuGH, GRUR 2009, 1041 Rn. 35 – *Infopaq*.
[45] EuGH, GRUR 2011, 220 Rn. 45 – *BSA/Kulturministerium*.

an. Das Ausschlusskriterium technisch notwendiger Gestaltungen legt dem Schaffenden höhere Schutzanforderungen auf als noch das in der Subsumtion angedeutete Schutzniveau in *Infopaq*. Damit gibt der EuGH eine „größere Sensibilität“[46] für die Gemeinfreiheit zu erkennen und trägt dem für Gebrauchsgegenstände typischen Spannungsverhältnis zwischen Schutzinteresse des Urhebers und Gemeinwohlinteresse an der Zugänglichkeit der Errungenschaft Rechnung.

Der Werkbegriff hat durch diese Entscheidung klarere Konturen erhalten und steht weiter in der Tradition niedriger Schutzanforderungen. Die negative Definition des Originalitätskriteriums berücksichtigt nunmehr die Funktion eines Gegenstands, um seine Werkqualität zu beurteilen.

3. EuGH, GRUR 2012, 386 – *Dataco/Yahoo (C-604/10)*

a) Das Urteil

In *Dataco/Yahoo* stellte der EuGH fest, dass ein Fußballspielplan urheberrechtlich nicht geschützt sei, wenn Regeln und Zwänge seine Erstellung bestimmen, die für künstlerische Freiheit keinen Raum lassen. Ein bedeutender Arbeitsaufwand und eine besondere Sachkenntnis des Urhebers bei der Erstellung der Spielpläne würden den urheberrechtlichen Schutz eines Spielplans nach der Datenbank-RL nicht rechtfertigen.

b) Schlussfolgerungen für den Werkbegriff

Zwar findet sich in *Dataco/Yahoo* keine Aussage zum allgemeinen europäischen Urheberrecht der Infosoc-RL. Rückschlüsse auf den allgemeinen Werkbegriff sind dennoch möglich. Denn der EuGH entwickelte in *Infopaq* den allgemeinen Werkbegriff mitunter aus dem Werkverständnis der Datenbank-RL. Ihre Auslegung wirkt sich damit mittelbar auch auf den allgemeinen Werkbegriff aus.

Der EuGH stellt fest, dass das Kriterium der Originalität erfüllt sei, wenn der Urheber der Datenbank „über die Auswahl oder Anordnung der in ihr enthaltenen Daten seine schöpferischen Fähigkeiten in eigenständiger Weise zum Ausdruck bringt, indem er freie und kreative Entscheidungen trifft und ihr damit seine ‚persönliche Note’ verleiht“[47]. Das Originalitätskriterium ist nun *positiv* definiert. Besonders aufschlussreich dabei ist die Übernahme der „persönlichen Note“ aus der Entscheidung *Painer/Standard*.[48] Sie stellt klar, dass das Werk mehr als das Ergebnis menschlicher Mühe ist[49] und mit der Prüfung einer gewissen Schöpfungshöhe einhergeht. War vor *Dataco/Yahoo* nicht sicher, ob dieses Kriterium der Schöpfungshöhe für andere Werkarten als Fotografien über *Painer/Standard* hinaus gelten solle,[50] verschafft *Dataco/Yahoo* nunmehr Gewissheit. Der EuGH greift die „persönliche Note“ hier im anderen Werkkontext der Datenbanken auf und verleiht ihr damit werkübergreifenden Charakter. Sie ist nun fester Bestandteil des europäischen Originalitätskriteriums. Eine Abweichung vom niedrigen Schutzniveau der beiden vorigen Entscheidungen ist in *Dataco/Yahoo* nicht erkennbar.

4. Schlussbetrachtung: Der europäische Werkbegriff

Von der Grundlagenentscheidung *Infopaq* ausgehend hat der EuGH in einer Mischung aus Bestätigung und Fortentwicklung der bis dahin angewendeten Kriterien und einem beständigen argumentativen Wechselspiel zwischen besonderem (Datenbanken, Computerprogramme und Fotografien) und allgemeinem (Infosoc-RL) Urheberrecht[51] einen europäisch autonomen Werkbegriff entwickelt, der folgendermaßen zusammenzufassen ist: Bei einem Werk muss es sich um ein Original in dem Sinne handeln, dass es eine *eigene geistige Schöpfung* seines Urhebers ist (*Infopaq*). Originell ist ein Gegenstand nicht, wenn seine Erstellung durch seine technische Funktion vorgegeben ist (*BSA/Kulturministerium*), sondern wenn die schöpferischen Fähigkeiten des Urhebers in eigenständiger Weise zum Ausdruck kommen, indem er freie und kreative Entscheidungen trifft (*Dataco/Yahoo*) und dem Gegenstand damit seine „persönliche Note“ verleiht (*Dataco/Yahoo* und *Painer/Standard*).

II. BGH GRUR 2012, 58 – *Seilzirkus*

Auch der BGH hatte in *Seilzirkus* über die Auslegung des Werkbegriffs zu entscheiden. Seine Entscheidung verdient deshalb insbesondere hinsichtlich ihres Verhältnisses zur EuGH-Judikatur Beachtung.

1. Das Urteil

Der BGH entschied, dass Kletternetze kein schöpferisches Werk im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 UrhG seien. Es bestehe lediglich ein technischer, aber kein künstlerischer Gestaltungsspielraum. Die ästhetische Gestaltung reiche nicht aus, um von einer künstlerischen Leistung zu sprechen.[52]

2. Technisch notwendige und technisch bedingte Formgestaltung

Ob ein Gegenstand in Ausnutzung eines künstlerischen Gestaltungsspielraums geschaffen und damit in den Genuss des urheberrechtlichen Schutzes gelangt, ist nicht mehr einheitlich zu beurteilen.[53] In vorigen Urteilen[54] stellten die Gerichte darauf ab, ob die Form eines Gebrauchsgegenstands *zwingend* aus seinem technischen Zweck folgt. Nur eine technisch notwendige Formgestaltung schloss demnach den urheberrechtlichen Schutz aus, denn in diesem Fall bestehe kein Gestaltungsspielraum, der dem Entwerfer eine kreative und damit schützenswerte Leistung ermöglichen würde.[55]

---

[46] *Heinze*, 2 JIPITEC (2011), 97 Rn. 34.
[47] EuGH, GRUR 2012, 386 Rn. 38 – *Dataco/Yahoo*.
[48] EuGH, GRUR 2012, 166 Rn. 92 – *Painer/Standard*.
[49] *Metzger*, GRUR 2012, 118, 122.
[50] *Metzger*, GRUR 2012, 118, 122.
[51] Vgl. dazu *Heinze*, JIPITEC (2011), 97 Rn. 34: Der Schluss vom Besonderen auf das Allgemeine dürfte die „europäische Urheberrechtswissenschaft weiter in Atem halten.“
[52] Vgl. BGH, GRUR 2012, 58 Rn. 31 – *Seilzirkus*.
[53] Eingehend zu technisch notwendiger und bedingter Gestaltung: *Zentek*, ZUM 2012, 42 f.
[54] Vgl. BGH, GRUR 1961, 635, 637 – *Stahlrohrstuhl*; bestätigend: BGH, GRUR 1981, 820, 822 – *Stahlrohrstuhl II* sowie OLG Köln, GRUR 1990, 356, 357 – *Freischwinger*.
[55] Vgl. *Zentek*, ZUM 2012, 42, 45.

Im Ausgangspunkt klingt dieses Verständnis in *Seilzirkus* noch an: Eine persönliche geistige Schöpfung sei ausgeschlossen, wenn „für eine künstlerische Gestaltung kein Raum besteht, weil die Gestaltung durch technische Erfordernisse vorgegeben ist“[56]. Ob die Formgestaltung allerdings technisch vorgegeben ist, beurteilt sich nicht mehr allein danach, ob die Formmerkmale bei gleichartigen Erzeugnissen zwingend verwendet werden müssen. Technisch vorgegeben sind nach Ansicht des BGH auch Formmerkmale, „die zwar aus technischen Gründen verwendet werden, aber frei wählbar oder austauschbar sind“[57]. Nicht mehr eine technisch notwendige, sondern bereits eine technisch bedingte Formgestaltung verschließt damit nach höchstrichterlicher Rechtsprechung Gebrauchsgegenständen den urheberrechtlichen Schutz. Verbleibende Gestaltungsspielräume sind demnach kein Argument mehr, um urheberrechtlichen Schutz in Anspruch nehmen zu können. Vielmehr ist nun ein Schutzausschluss auch bei Gestaltungsspielräumen möglich geworden, sofern der Gebrauchsgegenstand „allein aus zwar frei wählbaren oder austauschbaren, aber technisch bedingten Merkmalen besteht und keine künstlerische Leistung erkennen lässt“[58].

3. Auswirkungen auf das Schutzniveau von Gebrauchsgegenständen

Die urheberrechtlichen Schutzanforderungen an Gebrauchsgegenstände haben sich mit der Messlatte der technisch *bedingten* Gestaltung aus *Seilzirkus* erhöht.[59] Es ist Gebrauchsgegenständen eigen, dass ihre kreative Schaffung von technischen Merkmalen bestimmt ist.[60] Die technische Determinierung in dieser Form stellt nun viele Gebrauchsgegenstände ins urheberrechtliche Abseits.

Ob der BGH darüber hinaus an den höheren Anforderungen an die Gestaltungshöhe angewandter Kunst festhält, hat er ausdrücklich offen gelassen. Solange die Frage nicht höchstrichterlich entschieden ist, muss man vom Fortbestand der tradierten Rechtsprechung[61] dazu ausgehen.

D. Vergleich

Die Gemeinsamkeiten und Differenzen der Entscheidungen sind an ihren Auswirkungen auf das urheberrechtliche Schutzniveau von Gebrauchsgegenständen zu messen.

I. Gemeinsamkeit: Individualität und Originalität als entscheidende Abgrenzungskriterien

Während der EuGH eine originelle Schöpfung verlangt, setzt der BGH einen Gegenstand individueller Prägung voraus, um urheberrechtlichen Schutz zu gewähren. Auch wenn keine begriffliche Identität zwischen Originalität und Individualität besteht, ist mit ihnen dasselbe gemeint. Es kommt auf die Schöpfungshöhe[62] des Gegenstands oder, anders ausgedrückt, den Gestaltungsspielraum[63] des Urhebers an. Dass dieser Maßstab die urheberrechtliche Schutzfähigkeit maßgeblich beeinflusst, ergibt sich für den BGH aus der deutschen Urheberrechtsdogmatik.[64] Der EuGH stellte in *Dataco/Yahoo* fest, dass die Originalität sogar das einzige Kriterium zur Bestimmung der Schutzfähigkeit eines Gegenstands ist.

Die Gemeinsamkeit ist Ausdruck der dogmatischen Nähe zwischen europäischem und deutschem Werkbegriff.[65] Sie lässt in ihrer abstrakten Gemeinsamkeit aber keine Rückschlüsse auf das konkrete Schutzniveau für Gebrauchsgegenstände zu. Aufschlussreich sind in dieser Hinsicht vielmehr die Differenzen.

II. Differenzen

1. Vielfalt und Einheit des Werkbegriffs

Zunächst zeigt sich in den Urteilen der Gegensatz zwischen einheitlicher und vielfältiger Begriffsbildung. Dass der BGH in *Seilzirkus* die Entscheidung offen lässt, ob für die angewandte Kunst weiterhin höhere Anforderungen gelten, ist Zeichen der starken Tradition im deutschen Urheberrecht, werkabhängige Schutzanforderungen zu bilden.[66]

Dem steht im Ausgangspunkt der *Infopaq*-Entscheidung ein werkübergreifender und damit einheitlicher europäischer Werkbegriff gegenüber. Der EuGH differenzierte in seiner Werkdefinition der „eigenen geistigen Schöpfung“ aus *Infopaq* nicht zwischen verschiedenen Werktypen und schuf so einen werkübergreifenden Begriff. In der fortschreitenden Konkretisierung des Werkbegriffs fand aber insbesondere die werkspezifische Besonderheit von Gebrauchsgegenständen, namentlich ihre Funktion und der naturgemäß geringere Gestaltungsspielraum, Berücksichtigung. Die Methode des EuGH, vom besonderen auf das allgemeine Urheberrecht zu schließen und umgekehrt, sowie sein Anliegen, besonderes wie allgemeines Urheberrecht einander anzunähern,[67] verraten zwar, dass werkabhängige Definitionen und Schutzanforderungen nicht intendiert sind. Eine Ausnahme gilt aber nach *BSA/Kulturministerium* für Gebrauchsgegenstände, deren Gestaltung nicht durch ihre technische Funktion vorgegeben sein darf, um urheberrechtlich schutzfähig zu sein. Auch wenn die Definition auf jeden Werktyp anwendbar ist, bezieht sich der Definitionsteil der technisch vorgegebenen Form ausschließlich auf Gebrauchsgegenstände. Indem der europäische Werkbegriff präziser geworden ist, hat er an werkübergreifendem Charakter verloren.

---

[56] BGH, GRUR 2012, 58 Rn. 20 – *Seilzirkus*.
[57] BGH, GRUR 2012, 58 Rn. 20 – *Seilzirkus*.
[58] BGH, GRUR 2012, 58 Rn. 30 – *Seilzirkus*.
[59] Vgl. *Zentek*, ZUM 2012, 42, 42.
[60] Vgl. *Zentek*, ZUM 2012, 42, 43.
[61] Vgl. BGH, GRUR 2011, 803 Rn. 31 – *Lernspiele*; BGH, GRUR 1987, 903, 904 – *Le Corbusier*.
[62] So wörtlich *Bot*, Schlussanträge BSA/Kulturministerium, Rn. 75; Rn. 75 ausdrücklich übernommen in EuGH, GRUR 2011, 220 Rn. 49 – *BSA/Kulturministerium*.
[63] *Metzger*, GRUR 2012, 118, 121 f.; vgl. *Heinze*, 2 JIPITEC 2011, 97 Rd. 29.
[64] *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), Urheberrecht[4], 2010, § 2 Rn. 23 („das zentrale Kriterium“).
[65] Die Gemeinsamkeit liegt in der individualistischen Konzeption des Urheberrechts im Gegensatz zum *copyright*, nach dem bereits eine eigenständige („skill, judgment, labour“), also nicht notwendigerweise individuelle Schöpfung genügt, vgl. *McGuire*, (Fn. 14), S. 1085, 1151.
[66] Zu geringeren Schutzanforderungen z.B. für Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG): BGH, GRUR 2011, 803 Rn. 62 – *Lernspiele*.
[67] Vgl. *Heinze*, 2 JIPITEC (2011), 97 Rn. 34.

2. Technisch notwendige und technisch bedingte Formgestaltung

Aus *Seilzirkus* und *BSA/Kulturministerium* ist ersichtlich, dass der Urheberrechtsschutz von Gebrauchsgegenständen mit zweierlei Maß gemessen wird: Die Anforderungen auf deutscher Ebene sind höher als auf europäischer Ebene.

Der BGH entschied in *Seilzirkus*, dass bereits technisch bedingte Gestaltungen nicht mehr dem urheberrechtlichen Schutz unterliegen. Ein technischer Spielraum genüge nicht, vielmehr komme es auf eine künstlerische Gestaltung an. Anders hingegen ist die Entscheidung *BSA/Kulturministerium* zu verstehen. Der EuGH sieht nur Gegenstände vom Urheberrecht ausgeschlossen, bei denen die „Möglichkeiten der Umsetzung einer Idee [...] so beschränkt [sind], dass Idee und Ausdruck zusammenfallen“[68]. Wenn Idee und Ausdruck zusammenfallen, existiert kein technischer oder künstlerischer Spielraum mehr. Der Ausdruck folgt der Idee in technisch notwendiger Weise. Nur wenn kein Spielraum besteht, ist der urheberrechtliche Schutz der Gestaltung also nach Ansicht des EuGH ausgeschlossen. Er verweigert damit nur technisch notwendigen und nicht bereits technisch bedingten Formgestaltungen den urheberrechtlichen Schutz.

Die Begriffe der technisch bedingten und technisch notwendigen Formgestaltung führen zu einem wesentlichen Unterschied im urheberrechtlichen Schutzniveau von Gebrauchsgegenständen: Auf europäischer Ebene sind die Schutzanforderungen niedriger und das Schutzniveau höher als nach dem deutschen höchstrichterlichen Werkbegriff aus der Entscheidung *Seilzirkus*.

3. Schlussbetrachtung

Der Vergleich zeigt, dass sich nicht die Gemeinsamkeit, sondern die Differenzen zwischen europäischem und deutschem Werkbegriff auf das Schutzniveau von Gebrauchsgegenständen auswirken. Beide Werkbegriffe berücksichtigen zwar die technische Funktion von Gebrauchsgegenständen, kommen aber in der Bestimmung der Schutzfähigkeit zu unterschiedlichen Ergebnissen. Der EuGH steht weiterhin in der Tradition der niedrigen Schutzanforderungen aus *Infopaq*, während der BGH die Messlatte urheberrechtlichen Schutzes mit dem Kriterium der technisch bedingten Gestaltung höher gesetzt hat.

E. Konsequenzen für das deutsche Urheberrecht

Darf es nun überhaupt einen Unterschied zwischen autonomem und deutschem Werkbegriff geben? Die Antwort ergibt sich aus dem Verhältnis von EuGH-Judikatur zur nationalen Rechtsprechung.

I. Keine Vorlagepflicht des BGH

Aufgrund der Unterschiede im Werkverständnis ist es verwunderlich, dass sich der BGH in *Seilzirkus* nicht mit der EuGH-Judikatur von *Infopaq* und *BSA/Kulturministerium* auseinandersetzt.[69] Ein Urteil verstößt gegen das verfassungsrechtliche Gebot des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), wenn es von der Rechtsprechung des EuGH ohne Vorlage abweicht.[70] Eine Ausnahme von der Vorlagepflicht gilt aber insbesondere, wenn die „gestellte Frage nicht entscheidungserheblich ist“[71]. Mangels Entscheidungserheblichkeit in *Seilzirkus* war der BGH jedenfalls nicht zur Vorlage der Frage verpflichtet, ob an den höheren Schutzanforderungen für die angewandte Kunst festzuhalten ist. Unabhängig von der Vorlagepflicht bleibt der BGH allerdings zur unionsrechtskonformen Auslegung des Werkbegriffs verpflichtet.

II. Unionsrechtskonforme Auslegung

Den Auslegungsurteilen des EuGH kommt jedenfalls *de facto* eine Bindungswirkung außerhalb des Ausgangsverfahrens zu (*erga omnes*-Wirkung).[72] Die faktische Bindungswirkung ist in der unionsrechtskonformen Auslegung zu berücksichtigen.

1. Kein Auslegungsspielraum auf Definitionsebene

Die entscheidende Frage dabei ist, ob den nationalen Gerichten ein Auslegungsspielraum bei der unionsrechtskonformen Auslegung des Werkbegriffs verbleibt. Einigkeit besteht insofern, als die drei Richtlinien als unionsrechtliche Sonderregelungen keinen Auslegungsspielraum zulassen.[73] Für Gebrauchsgegenstände existiert indes keine allgemeine sekundärrechtliche Werkdefinition. Damit stellt sich die Frage, inwieweit die Urteile des EuGH zum autonomen Werkbegriff für das mitgliedstaatliche Werkverständnis verbindlich sind – insbesondere im Hinblick auf die höheren Schutzanforderungen für Gebrauchsgegenstände.

Nach *Infopaq* sah man in der eigenen geistigen Schöpfung als europäische Vorgabe noch den „kleinste[n] gemeinsame[n] Nenner“, der höhere Anforderungen bei bestimmten Werkarten nicht ausschließe.[74] Der weite Regelungsrahmen der eigenen geistigen Schöpfung ermögliche den Mitgliedsstaaten, nach ihren eigenen urheberrechtlichen Maßstäben bestimmen zu dürfen, was schutzfähig ist.[75]

Diese Ansicht ist unter Berücksichtigung der Entscheidungen *BSA/Kulturministerium* und *Dataco/Yahoo* überholt. Der autonome Werkbegriff ist nicht bei *Infopaq* stehen geblieben, sondern hat in den folgenden Urteilen konkrete Formen angenommen. Mitunter berücksichtigt der autonome Begriff die Besonderheit, dass der Gestaltungsspielraum bei Gebrauchsgegenständen wegen ihres Funktionscharakters eingeschränkt ist, und stellt für die Beurteilung ihrer Schutzfähigkeit seit *BSA/Kulturministerium* einen griffigen Maßstab bereit. Die Fortentwicklung des Werkbegriffs nach

---

[68] EuGH, GRUR 2011, 220 Rn. 49 – *BSA/Kulturministerium*.

[69] *Dataco/Yahoo* (Entscheidung vom 01.03.2012) konnte wegen ihres späteren Entscheidungsdatums nicht in *Seilzirkus* (Entscheidung vom 12.05.2011) berücksichtigt werden.

[70] *Classen*, in: Mangoldt/Klein/Stark, Grundgesetz[6], Bd. 3, 2010, Art. 101 GG Rn. 55.

[71] EuGH, EuGHE 1982 IV, 3415 Rn. 21 – C.I.L.F.I.T.

[72] *Borchardt*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge[5], 2009, Art. 267 AEUV Rn. 60.

[73] *G. Schulze*, GRUR 2009, 1019, 1020; vgl. *Erdmann* (Fn. 12), S. 61, 63 f.

[74] *Erdmann* (Fn. 12), S. 61, 66; so auch: *Ungern-Sternberg*, GRUR 2010, 273.

[75] Vgl. *G. Schulze*, GRUR 2009, 1019; so auch noch nach *BSA/Kulturministerium*: *Ungern-Sternberg*, GRUR 2012, 224, 225.

Infopaq lässt damit für die mitgliedstaatlichen Werkbegriffe keine Abweichung mehr zu.[76] In der kontinuierlichen Präzisierung des Werkbegriffs kommt der starke Wille des EuGH zur Harmonisierung des Urheberrechts zum Ausdruck. Dem Harmonisierungswillen ist Rechnung zu tragen und versperrt den Mitgliedsstaaten jeglichen Auslegungsspielraum in der Werkdefinition.

2. Auslegungsspielraum auf Subsumtionsebene

Dennoch können die mitgliedstaatlichen Gerichte das urheberrechtliche Schutzniveau beeinflussen. Der EuGH wird nicht müde zu betonen, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte seine Rechtssätze anzuwenden haben.[77] Darin drückt sich aus, was dogmatisch zwingend ist: Die Anwendung, anders als die Auslegung, des EU-Rechts ist aufgrund strikter Zuständigkeitstrennung zwischen EuGH und vorlegendem Gericht alleinige Aufgabe des nationalen Richters.[78] Den nationalen Gerichten steht damit zwar nicht auf Definitions-, aber auf Subsumtionsebene ein „erheblicher Einschätzungsspielraum“[79] offen – ein Einfallstor für die Aufrechterhaltung unterschiedlicher Schutzstandards, die das Anliegen eines europäischen Werkbegriffs konterkarieren können. Freilich setzt der Grundsatz der Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV) diesem Einschätzungsspielraum Grenzen. Die Mitgliedstaaten haben demnach in der Rechtsanwendung die einheitliche Wirksamkeit des Unionsrechts sicherzustellen.[80] Hohe Schutzanforderungen würden diesem Prinzip zuwiderlaufen.

III. Schlussbetrachtung

Die Höhe der Schutzanforderungen ist damit beschränkt und im deutschen Urheberrecht insbesondere für Gebrauchsgegenstände künftig abzusenken, für die nun die „kleine Münze“ zu gelten hat.[81] Auf die einheitliche autonome Definition bleiben die nationalen Gerichte in der unionsrechtskonformen Auslegung ihres Werkbegriffs festgelegt, auch wenn nicht auszuschließen ist, dass sie mit ihrem Spielraum auf Subsumtionsebene Einfluss auf das praktizierte Schutzniveau nehmen. Die Entscheidungen der vorlegenden Gerichte sind aus diesem Grund wachsam zu verfolgen.

---

[76] Vgl. *Handig*, GRUR Int. 2012, 9, 11; vgl. auch: *ders.*, ÖBl. 2010, 52, 53; mit zutreffender Prognose bereits 2009: *ders.*, UFITA: Archiv für Urheber- und Medienrecht, 2009, 55, 69.

[77] EuGH, GRUR 2012, 386 Rn. 43 – *Dataco/Yahoo*; EuGH, GRUR 2011, 220 Rn. 47 – *BSA/Kulturministerium*; EuGH, GRUR 2009, 1041 Rn. 51 – *Infopaq*.

[78] *Borchardt*, in: Lenz/Borchardt (Fn. 71), Art. 267 AEUV Rn. 10.

[79] *Heinze*, 2 JIPITEC (2011), 97 Rn. 28.

[80] Vgl. *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar[3], 2012, Art. 4 EUV Rn. 36.

[81] *Berger*, ZUM 2012, 353, 354.

Lars Olßon*

Kritik an der Rechtsprechung des 1. Strafsenats zur Parteienuntreue

A. Einleitung

Seit einiger Zeit beschäftigen sich Rechtsprechung und Literatur mit der Strafbarkeit wegen der sog. Parteienuntreue nach § 266 StGB.[1] Dabei hat der *1. Strafsenat* jüngst fragwürdige Entscheidungen zur Strafbarkeit wegen Untreue aufgrund von Pflichtverletzungen getroffen, welche parteiengesetzliche Sanktionen als (etwaigen) Vermögensnachteil auslösen (Parteienuntreue i.e.S.).[2] In Anlehnung an diese Entscheidungen zur „Kölner Parteispendenaffäre"[3] wird in diesem Beitrag gezeigt, dass der *1. Strafsenat* mit vormals in der Rechtsprechung vertretenen Ansichten bricht und dadurch entgegen scheinbarer Restriktionsbemühungen mit nicht überzeugenden Ausführungen den Anwendungsbereich der Untreue faktisch erheblich ausweitet. Dazu werden im Folgenden nach einer jeweils kurzen Skizze der bisherigen Rechtsprechung die Ausführungen des *1. Strafsenats* zur Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht (B.) und zum Vermögensnachteil (C.) dargestellt und kritisch untersucht. Abschließend werden die Auswirkungen der Rechtsprechung des *1. Strafsenats* auf die Strafbarkeit wegen Parteienuntreue ausblickartig eingeschätzt (D.).

B. Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht

Dass bestimmte Parteiämter für dessen Träger eine Pflicht zur Betreuung des Parteivermögens begründen, ist allgemein anerkannt.[4] Umstritten ist jedoch, unter welchen Voraussetzungen bei der Parteienuntreue eine untreuerelevante Verletzung dieser Vermögensbetreuungspflicht anzunehmen ist.[5] Es stellt sich die Frage, ob die Vorschriften des PartG wegen der bei einem Verstoß ausgelösten Sanktionen einen solchen Bezug zum Parteivermögen aufweisen, der die Annahme einer untreuetauglichen Pflichtverletzung rechtfertigt.

Die bisherige Rechtsprechung hat dies bejaht: Im Fall *Kohl*[6] stellte das *LG Bonn* fest, dass eine Untreue „nicht generell ausgeschlossen" ist und ein Verstoß gegen das PartG eine Untreue begründen könnte.[7] In der vom *2. Strafsenat* getroffenen *Kanther*-Entscheidung[8] wurde in den wegen falschen Rechenschaftsberichten ausgelösten Sanktionen ein Nachteil gesehen[9] und festgehalten, dass die Vorschriften des PartG „die im Sinne des § 266 StGB verletzte Pflicht selbst" beschreiben.[10] Auch der *3. Strafsenat* lässt in seinem Beschluss zum „Wuppertaler Spendenskandal"[11] erkennen, dass er bei einem Verstoß gegen parteiengesetzliche Vorschriften und der daraus resultierenden Sanktionsgefahr eine Untreue für möglich hält.[12]

I. Ansicht des 1. Strafsenats

Eine andere Auffassung vertritt der *1. Strafsenat:* In seinem „AUB-Beschluss"[13] hat er unter Bezugnahme auf die vom *BVerfG* im „Untreuebeschluss"[14] aufgestellten Grundsätze entschieden, dass eine untreuetaugliche Pflichtverletzung nur dann anzunehmen ist, „wenn die verletzte Rechtsnorm ihrerseits – wenigstens auch, und sei es mittelbar – vermögensschützenden Charakter für das zu betreuende Vermögen hat".[15] Das gelte selbst dann, wenn der Verstoß Schadensersatzansprüche auslösen könne.[16]

Im Urteil zur „Kölner Parteispendenaffäre"[17] hat der *1. Strafsenat* zu der im „AUB-Beschluss" noch ausdrücklich offen gelassenen Frage[18] ohne Begründung ausgeführt, dass nichts anderes bei spezifischen, sich vermögensmindernd auswirkenden Sanktionen gilt. Die Möglichkeit sich mittelbar auf das Vermögen auswirkender Sanktionen mache die Vorschriften des PartG nicht zu vermögensschützenden Normen i.S.v. § 266 StGB.[19] Weil diese auch sonst nicht dem Schutz des jeweiligen Parteivermögens dienten, sei ein Verstoß gegen die Vorschriften des PartG keine untreuerelevante Pflichtverletzung i.S.d. § 266 I StGB.[20] Allerdings sei die Beachtung dieser Normen wegen der Verpflichtung hierzu im Bundesstatut der Partei zum Gegenstand einer selbstständigen Pflicht gemacht worden. Diese Pflicht sei eine fremdnützige, das Parteivermögen schützende Hauptpflicht i.S.v. § 266 I StGB. Nicht der Verstoß gegen das PartG, sondern gegen die aus dem Statut resultierende Treuepflicht begründe die Pflichtwidrigkeit i.S.v. § 266 I StGB.[21] An diesen Auffassungen hat der *1. Strafsenat* auch in folgenden Entscheidungen festgehalten.[22] Damit verneint er entgegen der bisherigen Rechtsprechung die unmittelbare Untreuetauglichkeit parteiengesetzlicher Pflichten.

II. Kritik an der Ansicht des 1. Strafsenats

Zunächst ist zu klären, ob der Annahme des *1. Strafsenats* zuzustimmen ist, dass die Vorschriften des PartG nicht vermögensschützend seien. Dazu ist es erforderlich, Kriterien aufzustellen, welche für die Bejahung eines – jedenfalls mittelbar – vermögensschützenden Charakters ausschlaggebend sein sollen.

---

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

1 Siehe zum Begriff der Parteienuntreue: *Saliger*, Parteiengesetz und Strafrecht, 2005, S. 66 f.

2 Für einen Überblick über mögliche Tathandlungen und an die Verstöße gegen das PartG geknüpfte Sanktionen siehe *Morlok*, NJW 2000, 761, 763-769; *Saliger* (Fn. 1), S. 66, 75, 234, 394 f., 573-604, 669 f.

3 BGHSt 56, 203-222; BGH, wistra 2013, 153 f.; BGH, NJW 2012, 3797 f.

4 BGHSt 51, 100, 112 f. und 117; BGH, NStZ-RR 2007, 176; BGHSt 56, 203, 210 f.

5 Vgl. etwa *Jäger*, in: FS Otto, 2007, S. 593, 598-608; *Saliger*, NStZ 2007, 545, 548 f.; *Wittig*, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB[22], 2013, § 266 Rn. 44.3 m.w.N.

6 LG Bonn, NStZ 2001, 375-379.

7 Vgl. LG Bonn NStZ, 2001, 375, 377 f.

8 BGHSt 51, 100-124.

9 BGHSt 51, 100, 117.

10 BGHSt 51, 100, 119.

11 BGH, NStZ-RR 2007, 176.

12 Vgl. BGH, NStZ-RR 2007, 176.

13 BGHSt 55, 288-314.

14 BVerfGE 126, 170-233.

15 BGHSt 55, 288, 300; vgl. auch *Bittmann*, NJW 2011, 88, 96; *Wagner*, ZIS 2012, 28, 32.

16 BGHSt 55, 288, 300 f.

17 BGHSt 56, 203-222.

18 Siehe BGHSt 55, 288, 301; BGHSt 56, 203, 211; *Bittmann*, NJW 2011, 88, 96.

19 BGHSt 56, 203, 211; auf die fehlende Begründung zum vermögensschützenden Charakter weisen auch hin: *Saliger*, ZIS 2011, 902, 911 (dortige Fn. 105); *Wagner*, ZIS 2012, 28, 32.

20 Vgl. BGHSt 56, 203, 211.

21 BGHSt 56, 203, 211-213.

22 Vgl. BGH, NStZ-RR 2013, 157 f.; BGH, NJW 2012, 3797 f.

1. Schutzzweck und Rechtsgut der verletzten Normen

a) Unmittelbar vermögensschützender Charakter

Erstaunlicherweise widmet sich der *1. Strafsenat* diesem Problem nicht ausdrücklich. Vielmehr stellt er wie selbstverständlich allein auf den Schutzzweck[23] und damit auf das geschützte Rechtsgut der verletzten Norm[24] ab. Diese Kriterien werden auch von der Literatur beachtet und herangezogen.[25]

Für die Vorschriften des PartG ergibt sich danach das Folgende: Anerkannt ist, dass diese das öffentliche Interesse an der Transparenz der Parteienfinanzierung schützen.[26] Weiter wird angeführt, das PartG schütze die Demokratie[27] sowie die Integrität politischer Entscheidungen[28]. Um diesen Schutz effektiver zu gestalten, wurde mit den Sanktionen ein „Motivationsimpuls“[29] geschaffen bzw. ein „Abschreckungseffekt“[30] eingeführt. Stellt man demnach allein auf diese Schutzzwecke ab, wird dem PartG kein vermögensschützender Charakter beigemessen werden können.

b) Mittelbar vermögensschützender Charakter

aa) Auslösen von Sanktionen oder Schadensersatzforderungen

Allerdings ist umstritten, ob der Umstand, dass ein Tatverhalten Sanktionen oder Schadensersatzforderungen auslösen kann, als Kriterium eines – jedenfalls mittelbar – vermögensschützenden Charakters herangezogen werden kann. Ohne eine Begründung anzuführen, verneint der *1. Strafsenat* dies bezüglich der Sanktionen in Folge von Verstößen gegen das PartG.[31] Es ist auch beachtlich, dass Teile der Literatur die Ansicht des *1. Strafsenats* teilen, sich aber ebenfalls nicht argumentativ mit der Möglichkeit eines vermögensschützenden Charakters wegen der Auslösung von Sanktionen befassen.[32] Andere lassen diese Frage ohne weitere Einlassungen bewusst unbeantwortet oder charakterisieren sie lediglich als streitig.[33]

Um eine passende Antwort auf die aufgeworfene Frage zu finden, bietet es sich an, zunächst die Formulierung des *1 Strafsenats*, nur Verstöße gegen Normen mit vermögensschützendem Charakter seien pflichtwidrig i.S.v. § 266 StGB,[34] zu untersuchen.

Diese Formulierung legt nahe, sich tatsächlich primär auf den Schutzzweck der verletzten Norm zu stützen. Bei oberflächlicher Untersuchung impliziert sie, dass sich der vermögensschützende Charakter als etwas der Norm inhärentes darstellt und daher allein auf diese abgestellt werden muss. Eine an den Verstoß geknüpfte Schadensersatzforderung oder Sanktion wäre demnach als reflexartige Auswirkung im Außenverhältnis nicht mehr vom Charakter der Norm umfasst.[35]

Bedenkt man jedoch, dass die verletzten Normen als akzessorisches Recht im Rahmen der Untreueprüfung relevant werden,[36] erscheint es sinnvoll, die normative Bestimmung des vermögensschützenden Charakters allein auf der Ebene des akzessorischen Rechts zu verlassen und in den unmittelbaren Kontext der Untreue einzubinden. Damit ist gemeint, dass für den vermögensschützenden Charakter der verletzten Norm auch das Telos des § 266 StGB (Vermögensschutz) relevant sein muss,[37] sodass – neben dem eigentlichen Zweck der Normen – auch die faktischen Auswirkungen eines Verstoßes auf das Vermögen des Treugebers Beachtung finden müssen. Ein solches Verständnis ist mit dem Wortlaut des verlangten „vermögensschützenden Charakters“ vereinbar. Denn Charakter bezeichnet nicht nur das Telos. Überträgt man dessen Wortbedeutung auf eine Norm, so gelangt man zu der Einsicht, dass der Charakter einer Norm ihr individuelles Gepräge durch Eigenschaften bezeichnet, wie es in ihrer Wirkung zum Ausdruck kommt.[38] Hat die tatsächliche Wirkung also einen Vermögensbezug, lässt sich hieraus auf ihr Gepräge und damit auf ihren Charakter schließen, sodass auch faktische Auswirkungen als Kriterium berücksichtigt werden müssten.[39]

Gegen ein solches Verständnis sprechen jedoch im Zusammenhang mit § 30 OWiG geäußerte Bedenken. Wenn jede nach § 30 OWiG tatbestandsmäßige Handlung mit der angeknüpften Geldbuße zur Begründung der Pflichtwidrigkeit i.S.v. § 266 StGB ausreichte, dann würde der § 266 StGB zu einem Universaldelikt aufgeblasen.[40] Denn über den § 30 OWiG würden eine nicht absehbare Anzahl von Pflichten in den untreuerelevanten Pflichtenkreis aufgenommen. Diese Überlegung zeigt, dass die Berücksichtigung aller faktischen Auswirkungen auf das zu betreuende Vermögen zur Beurteilung des vermögensschützenden Charakters der verletzten Normen zu einer tatbestandlichen Ausweitung der Untreue führen würde. Das liefe aber der vom *BVerfG* geforderten restriktiven Handhabung des § 266 StGB entgegen.[41]

Allerdings ist, wie *Saliger* gezeigt hat, der § 30 OWiG nicht mit den Sanktionsnormen des PartG vergleichbar: Zum einen ist die Existenz einer (individuellen) Straftat bzw. Ordnungswidrigkeit die Grundvoraussetzung des § 30 OWiG. Das PartG sanktioniert aber umgekehrt unmittelbar die Partei, die individuelle Strafbarkeit ist eine nachgelagerte – und hier diskutierte – Frage. Zum anderen besteht neben der § 30 OWiG zu Grunde liegenden individuellen Sanktion kein weiteres Strafbedürfnis für eine Untreuestrafbarkeit.[42]

---

[23] Vgl. BGHSt 55, 288, 299 f.; BGHSt 56, 203, 211; *Bittmann*, NJW 2011, 88, 96.

[24] Vgl. BGHSt 55, 288, 303; BGHSt 56, 203, 111; *Corsten*, wistra 2011, 389.

[25] Siehe nur *Corsten*, wistra 2011, 389; *Seier*, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht[3], 2012, V 2 Rn. 209; *Saliger*, ZIS 2011, 902, 911; *Velten*, NJW 2000, 2852, 2853.

[26] BGHSt 56, 203, 211; *Corsten*, wistra 2011, 389.

[27] *Saliger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 2009, § 266 Rn. 82 m.w.N.

[28] Vgl. *Corsten*, wistra 2011, 389; *Velten*, NJW 2000, 2852, 2853.

[29] Vgl. *Lampe*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 31b PartG Rn. 3.

[30] Vgl. *Morlok*, NomosKommentar Parteiengesetz[2], 2013, § 31b Rn. 1.

[31] BGHSt 56, 203, 211.

[32] Vgl. etwa *Corsten*, wistra 2011, 389; *Velten*, NJW 2000, 2852, 2853.

[33] Vgl. *Bittmann*, wistra 2011, 343; *Brand*, NJW 2011, 1747, 1751.

[34] BGHSt 55, 288, 300.

[35] Vgl. zu diesem Grundgedanken *Jäger* (Fn. 5), S. 593, 604 f.

[36] Vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen[60], 2013, § 266 Rn. 59.

[37] Vgl. zum Telos des § 266 StGB stellvertretend *Saliger*, in: SSW-StGB (Fn. 27), § 266 Rn. 1.

[38] Vgl. zur Bedeutung des Wortes „Charakter“: http://www.duden.de/rechtschreibung/Charakter#Bedeutung1, letzter Abruf am 05.06.2013.

[39] Ähnliches wird wohl auch *Saliger* gemeint haben, wenn er davon spricht, dass die Untreuestrafbarkeit von dem Schädigungspotential für das Vermögen des Treugebers abhängt, siehe: *Saliger* (Fn. 1), S. 48; der *1. Strafsenat* wird freilich nicht von diesem Verständnis geleitet worden sein, hat er doch das Erfordernis des vermögensschützenden Charakters gerade im Hinblick auf das Rechtsgut des § 266 StGB eingeführt: vgl. *Bittmann*, NJW 2011, 88, 96.

[40] Vgl. *Seier*, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 25), V 2 Rn. 208; **a.A.** *Schwind*, NStZ 2001, 349, 352 f.

[41] Vgl. BGHSt 55, 288, 300 f.; BVerfGE 126, 170, 204 f. und 210 f.

[42] Vgl. *Saliger* (Fn. 1) , S. 207 f.

Daraus ergibt sich zwar nicht unmittelbar ein Kriterium zur Beurteilung des vermögensschützenden Charakters einer Norm. Wohl ist danach aber zuzugeben, dass nicht sämtliche Sanktionen oder Schadensersatzforderungen als Kriterium herangezogen werden können, insbesondere weil bei Berücksichtigung aller faktischen Auswirkungen eine vom *BVerfG* verbotene Verschleifung der Merkmale Pflichtwidrigkeit und Nachteil drohen würde.[43] Ein genereller Ausschluss der Berücksichtigung von Sanktionen oder Schadensersatzansprüchen erscheint aber ebenso unangemessen. Vielmehr ist aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltungen jede Norm bzw. jeder Normenkomplex mit den jeweils angeknüpften Sanktionen auf ihren Charakter zu untersuchen. Eine pauschale Ablehnung der Berücksichtigung von Sanktionen ohne nähere Untersuchung erscheint danach zweifelhaft. Genau dies tut aber der *1. Strafsenat* bezüglich der Sanktionen nach dem PartG. Ob ein spezieller Zusammenhang zum Vermögen der Partei besteht, untersucht er nicht.[44]

bb) Hinreichender Fremdvermögensbezug

Folgt man den obigen Ausführungen, so gelangt man zu dem Schluss, dass die Kriterien für die Bejahung des vermögensschützenden Charakters der verletzten Normen und das Erfordernis eines solchen etwa dem entsprechen, was *Saliger* als „hinreichenden Fremdvermögensbezug" der (verletzten) Pflicht bezeichnet.[45] Maßgebend für diesen seien die Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Zweck der (jeweiligen) Vorschrift und die Nähe der Pflicht zum Vermögen des Treugebers.[46]

In Konsequenz des Festgestellten muss danach gefragt werden, ob der Gesetzgeber zwischen den Pflichten und Sanktionen des PartG einen Bezug zum Parteivermögen hergestellt hat, der eine untreuerelevante Pflichtverletzung rechtfertigt, oder – mit den Worten des *1. Strafsenats* – einen jedenfalls mittelbar vermögensschützenden Charakter begründet.

Das ist zu bejahen. Die hier in Rede stehenden Pflichten des PartG betreffen direkt das Vermögen bzw. Vermögenswerte der Partei. Indirekt besteht aufgrund der Sanktionen eine Verbindung zum Parteivermögen. Diese können insbesondere aufgrund der finanziellen Abhängigkeit der Parteien von staatlichen Mitteln einen großen finanziellen Schaden anrichten, sodass die Pflichten des PartG von hoher wirtschaftlicher Bedeutung für die Parteien sind.[47] Zwar ist vorrangiger Zweck der Vorschriften die Sicherstellung der Transparenz der Parteienfinanzierung, doch hat der Gesetzgeber die Rechnungslegungsvorschriften des PartG offensichtlich mit der Parteienfinanzierung und Verstöße mit finanziellen Sanktionen verknüpft. So hat der Gesetzgeber selbst einen Bezug der Pflichten des PartG mit dem jeweiligen Parteivermögen hergestellt.[48]

Hiergegen wird von *Wagner* angeführt, dass eine Pflicht nur dann vermögensschützend sein könne, wenn das Vermögen unabhängig von der Pflicht selbst einer Gefahr ausgesetzt ist. Da die Pflichtverletzung nach dem PartG aber Voraussetzung einer Sanktion sei, könne die Pflicht schwerlich gleichzeitig dem Schutz des Vermögens dienen.[49] Dieses zunächst logisch erscheinende Argument erweist sich bei näherer Betrachtung jedoch lediglich als bloße Behauptung. Diskutiert man nämlich über den Charakter einer Norm bzw. über die in ihr verkörperte Pflicht, bewegt man sich auf einer stark abstrakten Ebene. Dabei muss gefragt werden, ob ausschlaggebend für Feststellungen in diesem Bereich die Logik oder der Wille des Gesetzgebers sein soll. Letzteres ist überzeugender: Der Gesetzgeber ist als Schöpfer der Normen und Pflichten in seiner Gestaltung – bei Beachtung verfassungsrechtlicher Grenzen – frei. Wenn er also einer Pflicht einen entsprechenden Charakter verleiht, dann ist dem zu folgen, solange die Pflicht nicht in sich widersprüchlich ist. Die Vorschriften des PartG verlangen aber nicht sich gegenseitig Ausschließendes, sondern stellen Pflichten auf, die um ihrer eigenen Durchsetzung willen, also in ergänzender und nicht gegenläufiger Funktion, mit Sanktionen bewährt sind. Daher ist *Wagners* These abzulehnen.

Als weiteres Argument für den vermögensschützenden Charakter des PartG führt *Saliger* an, dass das Parteienrecht Wettbewerbsrecht ist. Die Sanktionen fungieren dabei als Regulationsinstrument, indem sie sich vermögensmindernd auf die staatliche Parteienteilfinanzierung der gegen das PartG verstoßenden Partei auswirken.[50] Dass der Wettbewerb der Parteien um staatliche Mittel mit dem jeweiligen Parteivermögen verknüpft ist, leuchtet dabei unmittelbar ein. Denn der Erfolg in diesem Wettbewerb bestimmt unmittelbar die Höhe der zur Verfügung stehenden Mittel. Dann müssen folgerichtig aber auch die Sanktionen als Regulationsmechanismen des Wettbewerbs – und damit als Teil desselben – einen Vermögensbezug aufweisen.

Schließlich wird noch darauf hingewiesen, dass der *1. Strafsenat* in Fortführung seiner Entscheidung auch den vergleichbaren Rechnungslegungsvorschriften des HGB, die ebenfalls nicht primär dem Vermögensinteresse des Geschäftsherrn dienen, einen vermögensschützenden Charakter absprechen müsste. Dies könnte zu Strafbarkeitslücken bei der Fallgruppe der Untreue durch unordentliche Buchführung führen.[51]

Daher ist im Ergebnis festzuhalten, dass ein hinreichender Bezug der Vorschriften des PartG zum Parteivermögen und damit auch ein jedenfalls mittelbar vermögensschützender Charakter zu bejahen ist.[52] Ein Verstoß gegen diese kann also eine untreuetaugliche Pflichtverletzung begründen.

2. Vermögensschützender Charakter durch Aufnahme in die Satzung?

Folgt man dennoch dem *1. Strafsenat* in seiner Auffassung, so muss beleuchtet werden, ob ein Verstoß gegen die Vorschriften des PartG wegen deren Aufnahme in die Satzung eine untreuerelevante Pflichtverletzung darstellt.

a) Untreuetaugliche Pflichtverletzung wegen Aufnahme in Satzung

Offenbar geht der *1. Strafsenat* von dieser Annahme aus.[53] Es

---

[43] Siehe dazu BVerfGE 126, 170, 211.
[44] Vgl. BGHSt 56, 203, 211.
[45] *Saliger*, in: SSW-StGB (Fn. 27), § 266 Rn. 32.
[46] Vgl. *Saliger*, in: SSW-StGB (Fn. 27), § 266 Rn. 32.
[47] Vgl. *Saliger* (Fn. 1), S. 49 f.
[48] Vgl. *Saliger* (Fn. 1), S. 51.
[49] *Wagner*, ZIS 2012, 28, 32.
[50] Vgl. *Saliger*, ZIS 2011, 902, 911; zum Wettbewerbsrecht siehe: *Morlok*, NJW 2000, 761, 768.
[51] Vgl. *Saliger*, ZIS 2011, 902, 911 m.w.N.; **a.A.** *Seier*, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 25), V 2 Rn. 210.
[52] So auch: *Saliger*, ZIS 902, 911; *ders* (Fn. 1), S. 51 f.
[53] Vgl. BGHSt 53, 203, 213; zustimmend etwa *Corsten*, wistra 2011, 389, 390.

bleibt jedoch „mysteriös", warum ein nur deklaratorischer Hinweis auf gesetzliche Regelungen den Schutzzweck derselben erweitern oder ändern sollte.[54] Schon aus dem Wortlaut des § 266 I StGB ergibt sich, dass der Inhalt einer Pflicht – und nicht die Quelle – für ihre Untreuetauglichkeit relevant ist. Denn Gesetz und Rechtsgeschäft werden gleichrangig nebeneinander als Pflichtenquellen aufgeführt. Entspringen die Pflichten also aus dem PartG, dann bleiben diese unabhängig von einer etwaigen Wiederholung in der Satzung in ihrem Inhalt unberührt.[55] Dies muss jedenfalls immer dann gelten, wenn die Pflichten nicht rechtsgeschäftlich modifiziert werden, weil andernfalls kein den Inhalt der Pflicht änderndes Moment identifizierbar ist.[56] Die unterschiedliche Beurteilung der Pflichten des PartG in Abhängigkeit davon, ob sie in einem öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Kontext relevant werden, ist daher als gekünstelte Aufspaltung abzulehnen.[57]

Auch ist festzuhalten, dass der *1. Strafsenat* durch seine Annahme die eigentlich bezweckte und vom *BVerfG* geforderte Restriktion der Untreue zu unterlaufen droht: Wenn eine Pflicht durch die formale Wiederholung in einer Satzung vermögensschützend würde, dann läuft das Restriktionspotential des Erfordernisses des vermögensschützenden Charakters leer.[58] Es ist danach nämlich denkbar, dass auf diese Weise selbst vormals nicht untreuerelevante Pflichten zu solchen erhoben werden könnten, solange sie nur irgendeine Auswirkung auf das Vermögen des Treugebers haben.[59] Somit wäre im Ergebnis sogar eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Untreue und gerade keine Restriktion zu erwarten. In diesem Fahrwasser argumentiert auch *Rönnau*, der anmerkt, dass die Gefahr bestehe, dass Privatpersonen durch die Aufnahme von Pflichten in die Satzung in strafbarkeitsbegründender Weise auftreten könnten.[60] Andersherum besteht aber ebenso die Gefahr, dass durch einen bewussten Verzicht auf die Bezugnahme gesetzlicher Pflichten in der Satzung zwecks Vermeidung von Strafbarkeitsrisiken im Grundsatz strafwürdiges Verhalten straflos bliebe.[61] Aus diesen Gründen wird hier vertreten, dass die Aufnahme der Pflichten in die Satzung den vermögensschützenden Charakter derselben nicht zu verändern mag.

b) Widersprüchliche Standpunkte bzgl. der Herstellung des Vermögensbezugs?

Gegenüber der Ansicht des *1. Strafsenats* bestehen noch weitere Bedenken, die sich aus der unterschiedlichen Verortung des „vermögensschützenden Charakters" ergeben: Im Rahmen der Prüfung des unmittelbaren Verstoßes gegen das PartG bejaht der *1. Strafsenat* zunächst kurz eine Vermögensbetreuungspflicht, verneint aber eine Pflichtverletzung wegen des mangelnden vermögensschützenden Charakters dieser Vorschriften.[62] Der vermögensschützende Charakter wird hier also bei der Verneinung der Pflichtverletzung relevant.

Bei der Prüfung des Satzungsverstoßes hingegen argumentiert der *1. Strafsenat*, dass die parteiinterne Ausgestaltung die Pflicht zu einer vermögensschützenden Hauptpflicht erhöbe.[63] Der „vermögensschützende Charakter" wird an dieser Stelle nicht als solcher erwähnt. Vielmehr wird schlicht ein besonderer Zusammenhang zwischen den Aufgaben des Verpflichteten und dem Parteivermögen begründet.[64] Im Ergebnis zieht der *1. Strafsenat* hier also den besonderen Vermögensbezug nicht zur Begründung der Pflichtverletzung, sondern zu der einer spezifischen Pflichtenstellung heran.[65] Er erhebt eine zunächst nicht untreuerelevante Pflicht zu einer von der Vermögensbetreuungspflicht umfassten, vermögensbezogenen Hauptpflicht. Der für eine strafbare Untreue notwendige, untreuespezifische Zusammenhang wird sodann in der Prüfung der Pflichtverletzung ohne weiteres daraus abgeleitet, dass diese Vermögensbetreuungspflicht verletzt wurde.[66]

Damit verortet der *1. Strafsenat* den besonderen Vermögensbezug auf dogmatisch unterschiedlichen Ebenen. Unabhängig von der Verortung desselben bleibt der Kern des Problems aber in beiden Fällen der gleiche: Entscheidend ist, dass ein hinreichender Bezug zwischen der verletzten Pflicht und dem Vermögen hergestellt wird. Durch seine Ausführungen spaltet der *1. Strafsenat* dieses eine Problem unnötig auf; schon die getrennte Prüfung von zwei Pflichtverletzungen ist abzulehnen. Denn in Rede steht im Kern nur die eine Pflichtverletzung der durch Amt und Satzung begründeten Vermögensbetreuungspflicht durch den Verstoß gegen das PartG. Dass den Ausführungen des *1. Strafsenat* dieses Verständnis zugrunde liegt, zeigt sich bereits darin, dass er den Vorschriften des PartG zuspricht, Ursache der Verletzung einer *vermögensbezogenen Hauptpflicht* zu sein. Damit erkennt er indirekt den Vermögensbezug dieser Vorschriften an, sodass er schon den Verstoß gegen sie als untreuetaugliche Pflichtverletzung gelten lassen müsste. Indem der *1. Strafsenat* aber eine Aufspaltung dieses einen Problems unternimmt, schafft er über die Fallgruppe der Parteienuntreue hinaus Unsicherheit darüber, ob der „vermögensschützende Charakter" einer Norm stets als Voraussetzung einer Pflichtverletzung festgestellt werden muss oder ob die Begründung einer speziellen Vermögensbetreuungspflicht ausreicht, um den Bezug zwischen der verletzten Pflicht und dem Vermögen herzustellen. Das ist insbesondere wegen des Rechtsunsicherheitsminimierungs- und des Präzisierungsgebots bedenklich.[67]

C. Vermögensnachteil

Beachtung verdient die Entscheidung des *1. Strafsenats* in der „Kölner Parteispendenaffäre"[68] auch hinsichtlich des Merkmals des Vermögensnachteils.

I. Ansicht des 1. Strafsenats

Die bisherige Rechtsprechung ist in den Fällen der Parteienuntreue i.e.S. von einem Gefährdungsschaden[69] wegen des

---

[54] *Jahn*, JuS 2011, 1133, 1135; *Wagner*, ZIS 2012, 28, 32; vgl. auch *Dierlamm*, in: FS Widmaier, 2008, S. 607, 612.
[55] Vgl. *Saliger*, ZIS 2011, 902, 911; so im Ergebnis auch: *Brand*, NJW 2011, 1747, 1752; *Rönnau*, StV 2011, 753, 755; *Wagner*, ZIS 2012, 28, 32.
[56] So wohl auch *Rönnau*, StV 2011, 753, 755.
[57] Vgl. *Saliger*, ZIS 2011, 902, 911.
[58] Vgl. *Wagner*, ZIS 2012, 28, 32.
[59] Vgl. *Saliger*, ZIS 2011, 902, 911.
[60] Vgl. *Rönnau*, StV 2011, 753, 755.
[61] Vgl. *Saliger*, ZIS 2011, 902, 911.
[62] BGHSt 56, 203, 211.
[63] BGHSt 56, 203, 212 f.
[64] Vgl. BGHSt 56, 203, 212.
[65] So scheint auch *Bittmann* die Entscheidung zu verstehen: *Bittmann*, NStZ 2012, 57, 59.
[66] BGHSt 56, 203, 213.
[67] Näher zu diesen Geboten: *Saliger*, NJW 2010, 3195, 3196.
[68] BGHSt 56, 203-222.
[69] Siehe zum grundsätzlichen Anerkenntnis der Figur des Gefährdungsschadens in der st. Rspr. und h.L. stellvertretend *Fischer* (Fn. 36), § 266 Rn. 150 m.w.N.

konkreten Risikos von Sanktionen für den jeweiligen Bundesverband ausgegangen.[70]

Mit dieser Rechtsprechung zum Nachteil i.S.d. § 266 StGB hat der *1. Strafsenat* gebrochen. So ist nach dessen Auffassung mit der Entdeckung der Tat und schon vor der Festsetzung der Sanktion wegen des Erfordernisses einer Rückstellungsbildung unmittelbar ein endgültiger Vermögensnachteil und nicht bloß ein Gefährdungsschaden zu bejahen.[71] Damit stellt der *1. Strafsenat* zur Beurteilung des Nachteils erkennbar auf den Zeitpunkt der Tatentdeckung ab.[72] Die bisher herrschende Meinung hingegen führte die Gesamtsaldierung im Zeitpunkt der Tathandlungsvollendung durch.[73] Hieran hält der *2. Strafsenat* auch nach der Entscheidung des *1. Strafsenats* weiter fest.[74]

Nicht zuletzt ist die Feststellung beachtlich, dass ein Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Vermögensnachteil nicht erforderlich sei.[75] Damit stellt sich der *1. Strafsenat* ausdrücklich gegen die Auffassung des *5. Strafsenats*.[76] Auch der *2. Strafsenat* hat an dem Unmittelbarkeitserfordernis festgehalten,[77] worauf der *1. Strafsenat* in einer zeitlich darauffolgenden Entscheidung aber nicht eingegangen ist.[78] Schließlich ist es erstaunlich, dass nach Ansicht des *1. Strafsenats* die Möglichkeit der Regressnahme bei dem untergeordneten Verband den Nachteil des Bundesverbandes nicht entfallen lasse. Denn ein solcher Regress stelle keine unmittelbare Schadenskompensation dar.[79] Der *1. Strafsenat* verzichtet also auf das Unmittelbarkeitskriterium zwischen Pflichtverletzung und Nachteil, während er an diesem bei der Schadenskompensation festhält.

II. Kritik an der Ansicht des 1. Strafsenats

1. Sanktionsgefahr – ein Endschaden?

Stellt man wie der *1. Strafsenat* für die Gesamtsaldierung auf den Zeitpunkt der Tatentdeckung ab, so ist die Annahme eines endgültigen Vermögensnachteils folgerichtig. Daher ist zu untersuchen, ob mit der bisherigen Auffassung eine Gesamtsaldierung *ex ante* im Zeitpunkt der Tathandlungsvollendung vorzugswürdig bleibt.

Saliger bemerkt hierzu, dass eine Änderung des maßgeblichen Zeitpunkts der Gesamtsaldierung unabsehbare Folgen für die Schadensdogmatik haben würde.[80]

Eine solche Änderung ist aber abzulehnen, die *ex ante* Betrachtung bei Vollendung der Tathandlung ist überzeugender: Denn die Funktion des Nachteils als Erfolg der Untreue ist nicht, nur solche Fälle herauszufiltern, in denen – mit der Tatentdeckung – der eigentliche Täterplan fehlgeht (etwas „schief geht“), sondern die Opfer schon vor riskanten Tathandlungen als solchen zu schützen.[81] Folgte man aber der Ansicht des *1. Strafsenats*, so wäre die Tatentdeckung als maßgeblicher Zeitpunkt der Gesamtsaldierung notwendige Voraussetzung des Nachteils, weil dieser bezifferbar sein muss.[82] Vor der Tatentdeckung könnte keine Bezifferung mittels Gesamtsaldierung durchgeführt werden. Damit wäre die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht trotz erheblicher Gefahren für das Vermögen des Treugebers oder sogar tatsächlich eingetretener Vermögenseinbußen keine Untreue, wenn diese unentdeckt bliebe. Zwar kann dem entgegnet werden, dass eine Verurteilung in der Praxis immer von der Tatentdeckung abhängt. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Strafwürdigkeit des Täters einer Untreue unabhängig von der Tatentdeckung besteht. Dem wird einzig die Gesamtsaldierung im Zeitpunkt der Tathandlungsvollendung gerecht, da allein dieser Zeitpunkt sicher erfolgt und in jedem Fall die Möglichkeit der Bezifferung des Nachteils eröffnet. Daher sollte der Nachteil weiterhin *ex ante* im Zeitpunkt der Tathandlungsvollendung bestimmt werden,[83] sodass drohende Sanktionen als Gefährdungsschäden anzusehen sind.

Sieht man aber in drohenden Sanktionen einen Gefährdungsschaden, wird ein Problem erkennbar, welches möglicherweise auch die Entscheidung des *1. Strafsenats* erklärt. Während die bisherige Rechtsprechung in dem Risiko von Sanktionen ohne Weiteres einen Gefährdungsschaden annehmen konnte, sah sich der *1. Strafsenat* mit den Vorgaben des *BVerfG* konfrontiert, nach denen der Nachteil in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise beziffert werden muss.[84] Bei einem Abstellen auf die Tathandlungsvollendung muss demnach bereits in diesem Zeitpunkt das Risiko drohender Sanktionen bei etwaiger Tataufdeckung als Nachteil bezifferbar sein. Man könnte hierbei zwar an einen Nachteil wegen des Erfordernisses einer Rückstellungsbildung denken, deren Höhe sich aus einer Multiplikation des Aufdeckungsrisikos mit dem absoluten Sanktionsbetrag ergibt. Denn ein gewisses Mindest-Aufdeckungsrisiko wird anzunehmen sein, sodass ein Mindestschaden wohl konstruierbar wäre. Dies erscheint allerdings sehr vage, weil die Rechengrößen im Ergebnis schwer zu bestimmen bleiben. Ob das noch den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügt, ist zweifelhaft. Falls dies jedoch nicht der Fall sein sollte, bliebe beim Abstellen auf den Tathandlungsvollendungszeitpunkt die Parteienuntreue i.e.S. wegen nicht bezifferbaren Nachteils straflos. Dies erscheint wegen der Strafwürdigkeit des genannten Verhaltens unbefriedigend, wäre aber die Konsequenz der Rechtsprechung des *BVerfG*. Um dies zu vermeiden, könnte der *1. Strafsenat* auf den Zeitpunkt der Tatentdeckung abgestellt haben, da ab diesem Zeitpunkt der Nachteil aufgrund des Wegfalls der Risikokomponente bezifferbar war. Ob dieser Umschwung mit der ansonsten nicht geahndeten Strafwürdigkeit gerechtfertigt werden kann, bedarf jedoch weiterer Diskussion. Es ist dabei aber zu bedenken, dass wegen des § 31d PartG nunmehr keine vollumfängliche Strafbarkeitslücke droht.[85]

---

[70] Vgl. LG Bonn, NStZ 2001, 375, 377; BGHSt 51, 100, 117; BGH, wistra 2007, 184 f.; *Bosch*, JA 148, 150; *Fischer* (Fn. 36), § 266 Rn. 157.

[71] BGHSt 56, 203, 210 f.; an dieser Auffassung hat der *1. Strafsenat* auch in folgenden Entscheidungen festgehalten, vgl. BGH, NStZ 2013, 164.

[72] Dies merkte bereits *Saliger* an: *Saliger*, ZIS 2011, 902, 911.

[73] Vgl. nur *Saliger*, in: SSW-StGB (Fn. 27), § 266 Rn. 5 m.w.N.; **a.A.** etwa: *Krüger*, NJW 2002, 1178, 1179 f.

[74] Vgl. BGH NJW 2011, 3528, 3529.

[75] BGHSt 56, 203, 220.

[76] Vgl. BGH, NStZ 2009, 686, 688; *Wagner*, ZIS 2012, 28, 35.

[77] Vgl. BGH, NJW 2011, 3528, 3529.

[78] Vgl. BGH, NJW 2012, 3797 f.

[79] BGH, NJW 2012, 3797, 3798.

[80] *Saliger*, ZIS 2011, 902, 911.

[81] Vgl. *Velten*, NJW 2000, 2852, 2856.

[82] Vgl. zur Voraussetzung des bezifferbaren Nachteils: BVerfGE 126, 170, 211 und 229 f.

[83] So im Ergebnis auch *Bittmann*, NStZ 2012, 57 f.

[84] BVerfGE 126, 170, 211 f.

[85] Auch vom *1. Strafsenat* ist anerkannt, dass der § 31d PartG einer Strafbarkeit wegen Untreue nicht entgegensteht, beide sind nebeneinander anwendbar: vgl. BGHSt 56, 203, 222; BGH, NStZ-RR 2007, 176; *Wagner*, ZIS 2012, 28, 30; so auch schon *Saliger* (Fn. 1), S. 663-666.

2. Verzicht auf den Unmittelbarkeitszusammenhang

Weiter ist der Verzicht auf den Unmittelbarkeitszusammenhang eine bedeutsame Entscheidung des *1. Strafsenats*.

Dieser stößt überwiegend auf Ablehnung. So halten nicht nur andere Senate am Unmittelbarkeitszusammenhang fest.[86] Auch in der Literatur wird kritisiert, dass er ein Restriktionspotential für den weiten Untreuetatbestand bietet, welches genutzt werden müsse.[87] Der Unmittelbarkeitszusammenhang sei erforderlich, um dem Unrechtsgehalt der Untreue, nämlich der Nachteilszufügung durch Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht, gerecht zu werden.[88] Ferner würde ohne diesen der Anwendungsbereich der ohnehin merkmalsarmen[89] Untreue erheblich erweitert,[90] da allein Kausalität die notwendige Einschränkung des Tatbestandes nicht leisten könne.[91] Dem ist zuzustimmen. Vor dem Hintergrund der Vorgaben des *BVerfG*, welches eine restriktive Handhabung des § 266 anmahnt,[92] ist ein Verzicht auf Möglichkeiten zur Tatbestandseinschränkung nicht überzeugend.[93] Dabei ergeben sich wegen der divergierenden Rechtsprechung anderer Senate auch bezüglich des Rechtsunsicherheitsminimierungs- und Präzisierungsgebotes Zweifel an der Entscheidung des *1. Strafsenats*. Schließlich wird kritisiert, dass der *1. Strafsenat* auf einen Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Vermögensnachteil verzichtet, diesen aber für die Kompensation eines Nachteils fordert. Demnach müsse er auch zwischen Pflichtverletzung und Nachteil bestehen bleiben.[94] Für eine Gleichbehandlung beider Aspekte streitet auch *Bittmann*, der dem *1. Strafsenat* zustimmend andersherum einen Verzicht auf den Unmittelbarkeitszusammenhang bei der Schadenskompensation fordert.[95] Ob ein Verzicht auf das Unmittelbarkeitskriterium, wie *Bittmann* ihn fordert,[96] aber dieselbe restriktive Wirkung haben würde wie die Beibehaltung desselben zwischen Pflichtverletzung und Nachteil, mag bezweifelt werden. Denn dann könnte nur für die Fälle eine strafbare Untreue ausscheiden, in denen überhaupt eine Kompensation im Raum steht. Dagegen sichert eine Beibehaltung des Unmittelbarkeitskriteriums eine Restriktion des § 266 StGB selbst in den Fällen, in denen keine Kompensation ersichtlich ist. Daher ist nach der hier vertretenen Ansicht an dem Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Vermögensnachteil als wichtiger Restriktionsmöglichkeit des § 266 StGB festzuhalten.

D. Fazit

Nach den Entscheidungen des *1. Strafsenats* im Zusammenhang mit der „Kölner Parteispendenaffäre“ wird deutlich, dass die Fallgruppe der (strafbaren) Parteienuntreue i.e.S. unzweifelhaft von der Rechtsprechung Anerkennung findet. Dabei ist den Vorschriften des PartG entgegen der Auffassung des *1. Strafsenats* ein vermögensschützender Charakter zuzusprechen. Er selbst unterläuft jedoch die eigentlich von diesem Erfordernis bezweckte Restriktion des § 266 StGB, indem die Aufnahme von Pflichten in die Satzung deren vermögensschützenden Charakter begründen soll, da soweit ersichtlich ohnehin alle Parteien in ihrer Satzung auf die Vorschriften des PartG verweisen[97]. Ferner weitet der Verzicht auf den Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Nachteil den Anwendungsbereich des § 266 StGB erheblich aus. Schließlich verhindert die Annahme eines endgültigen Nachteils die eventuelle Straflosigkeit wegen eines nicht bezifferbaren Gefährdungsschadens. Jedenfalls führt ein endgültiger Nachteil zur Nichtanwendbarkeit der vom *2. Strafsenat* geforderten höheren Anforderungen an den Vorsatz bei Gefährdungsschäden.[98] Zusätzlich führen die vom *1. Strafsenat* ausgelösten Widersprüche zwischen den verschiedenen Senaten dazu, dass die Voraussetzungen einer Strafbarkeit wegen Parteienuntreue i.e.S. nicht eindeutig einschätzbar sind, was im Hinblick auf das Rechtsunsicherheitsminimierungs- und Präzisierungsgebot problematisch erscheint.[99] Die Entscheidungen des *1. Strafsenats* sind demnach inhaltlich abzulehnen.

---

[86] Vgl. BGH, NStZ 2009, 686, 688; BGH, NJW 2011, 3528, 3529.
[87] Vgl. *Brand*, NJW 2011, 1747, 1751 f.; *Rönnau*, StV 2011, 753, 761; *Saliger*, NStZ 2007, 545, 549; *Wagner*, ZIS 2012, 28, 35.
[88] *Corsten*, wistra 2011, 389, 390.
[89] *Jahn*, JuS 2011, 1133, 1135 f.
[90] Vgl. *Brand*, NJW 2011, 1747, 1752; *Corsten*, wistra 2011, 389, 390.
[91] *Brand*, NJW 2011, 1747, 1752.
[92] Vgl. BVerfGE 126, 170, 198 f. und 215 f.
[93] Vgl. auch *Jahn*, JuS 2011, 1133, 1135 f.; *Wagner*, ZIS 2012, 28, 35.
[94] *Corsten*, wistra 2011, 389, 390; so auch *Seier*, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 25), V 2 Rn. 212.
[95] Vgl. *Bittmann*, NStZ 2012, 57, 60; *ders.*, NJW 2011, 88, 96 f.; *ders.*, wistra 2011, 343, 344.
[96] Vgl. *Bittmann*, NStZ 2012, 57, 60; *ders.*, NJW 2011, 88, 96 f.; *ders.*, wistra 2011, 343, 344.
[97] Vgl. *Rönnau*, StV 2011, 753, 755; siehe auch beispielsweise § 2 I FBO vom Stand 5.12.2012 sowie die Beschlüsse D1 und D2 der Bundes-CDU, aus denen die finanzielle Bedeutung der Sanktionen nach dem PartG hervorgeht: http://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/121205-statutenbroschuere.pdf, S. 32, letzter Abruf am 10.06.2013.
[98] Siehe hierzu BGHSt 51, 100, 121; vgl. auch *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 49.
[99] Vgl. zu diesen *Saliger*, NJW 2010, 3195, 3196.

Max Joite*

Willensfreiheit, Schuldprinzip und grundgesetzliches Menschenbild

Die Diskussion um die Freiheit des menschlichen Willens wird in breiter Fächerung interdisziplinär geführt.[1] Dabei ist weitgehend konsentiert, dass sie auch für das Recht nicht ohne Konsequenz sein kann. Worin die Konsequenz aber liegt, ist umstritten. Ihrer Verwobenheit mit den Feldern der Philosophie und Naturwissenschaften geschuldet ist die rechtswissenschaftliche Diskussion unübersichtlich. Dem versucht sich der vorliegende Aufsatz zu entziehen, indem er sich auf die rechtlichen Diskursfelder beschränkt. Derer gibt es zwei: Wie verweist das Recht auf die Willensfreiheit (sogleich A)? Und wie kann das Recht auf den Streit um die Willensfreiheit reagieren (unten B)? Damit werden die beiden Schnittstellen des Rechts mit dem Problem der Willensfreiheit behandelt. Nicht versucht wird dagegen eine Antwort auf die philosophische Grundfrage selbst. Ob der menschliche Wille als frei oder unfrei zu betrachten ist, wird im Folgenden nicht entschieden.

A. Die Willensfreiheit als Prämisse des Rechts

Das Problem der Willensfreiheit ist nur dann ein Problem des Rechts, wenn das Recht nach dieser Freiheit verlangt. Fast einhellig nimmt die Literatur an, dass das strafrechtliche Schuldprinzip einen solchen Verweis enthält. Dieser Annahme wird sogleich (unter I) nachgegangen. Der Begriff der Willensfreiheit ist jedoch nicht eindeutig. Verweist das Schuldprinzip auf die Willensfreiheit, muss deshalb untersucht werden, welche Aussagen über diese Freiheit sich ihm entnehmen lassen (unten II): Wie stellt sich das Recht die Willensfreiheit vor?

I. Wo sind Recht und Willensfreiheit verknüpft?

Die strafrechtliche Schuld ist der Vorwurf personalen Fehlverhaltens.[2] Dieser Vorwurf verbindet Täter und Tat, er begründet die Zurechnung letzterer zu ersterem: *Wenn*[3] und *soweit*[4] ihm die Tat vorgeworfen werden kann, ist der Täter strafbar. Dieser Vorwurf ist freilich noch formaler Natur, es bedarf eines *materiellen Schuldbegriffs*, um ihn mit Inhalt zu füllen: Wann ist ein Verhalten vorwerfbar?[5]

Hinweise auf den Inhalt des materiellen Schuldbegriffs lassen sich den Schuldausschließungsgründen des § 20 StGB entnehmen. Diese sind Störungen[6] der Fähigkeit, „das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln“. Letzteres setzt voraus, seinen Willen nach der Einsicht auszurichten und alsdann seine Handlungen zu steuern. Gestört wird also die *Willensbildung* des Täters. § 20 StGB setzt damit eine Form der Willensfreiheit voraus:[7] Der Täter muss seinen Willen frei von bestimmten Störungen bilden können.

II. Welches Freiheitsmodell sieht das Recht vor?

Die Diskussion um die Willensfreiheit hat eine Vielzahl an Freiheitsmodellen hervorgebracht. Der Satz, „der menschliche Wille ist frei“, hat deshalb mannigfaltige Bedeutungen. Aus strafrechtlicher Perspektive lassen sich diese Freiheitsmodelle als Versuche verstehen, den materiellen Schuldbegriff mit Inhalt zu füllen. Auf welche dieser Freiheiten aber verweist das Schuldprinzip? Diese Frage ist umstritten und bildet den Kern des ersten hier behandelten Diskursfeldes. Schon einen Maßstab zu finden gestaltet sich schwierig. Das Gesetz enthält keinen eindeutigen Verweis auf den einen oder anderen Freiheitsbegriff.[8] Vorliegend soll der Maßstab aus dem Rechtfertigungsdruck entwickelt werden, der auf dem Schuldprinzip lastet (sogleich 1). Alsdann soll er an die verschiedenen Freiheitsbegriffe angelegt werden (unten 2).

1. Maßstabsbildung

Der Zwang, das Schuldprinzip zu rechtfertigen, ergibt sich aus seinen Funktionen: der Begründung und Begrenzung von Strafe.[9] Strafbegründend ist die Schuld der wichtigste Strafzweck: Vor allen Zwecken der Prävention rechtfertigt die Schuld des Täters seine Bestrafung.[10] Strafbegrenzend verbietet das Schuldprinzip eine Strafe dort, wo keine Schuld (mehr) besteht.[11] Weder darf Strafe also ohne Schuld verhängt werden, noch darf sie über die Schuld hinausgehen (§ 46 Abs. 1 S. 1 StGB). Hier setzt die Schuld präventiven Strafzwecken eine absolute Grenze:[12] Sie wirkt freiheitsverbürgend.[13]

---

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

1 Sie wurde auch an dieser Stelle bereits aufgegriffen, vgl. *Schulenberg*, Bucerius Law Journal (BLJ) 2007, 23-30.

2 Vgl. nur *Lampe*, Strafphilosophie, 1999, S. 226; *Roxin*, Strafrecht AT I[4], 2006, § 19 Rn. 11-14. Dies ist nur eine von einer Vielzahl inhaltsgleicher Fassungen des *normativen Schuldbegriffs*, dessen Ursprung wohl im Begriff des *Dafürkönnens* liegt. Die Feststellung, dass die Schuld zur Erfüllung ihrer Funktionen nicht nur die Geisteshaltung des Täters ermitteln, sondern auch bewerten muss, führte zur Ablösung des psychologischen Schuldbegriffs (Schuld als Entscheidung für das Unrecht) durch den normativen Schuldbegriff (Schuld als Vorwerfbarkeit des Unrechts). Der normative Schuldbegriff ist wohl Grundlage sämtlicher noch vertretener Theorien der Schuld, er wird deshalb hier nicht begründet.

3 Vgl. die Schuldausschließungsgründe des § 20 StGB.

4 Vgl. die Strafmaßbestimmung auf Basis der Schuld nach § 46 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 Var. 2 und 3 StGB.

5 Vgl. *Roxin*, (Fn. 2), § 19 Rn. 19.

6 *Streng*, in: Münchener Kommentar zum StGB[2], 2011, § 20 Rn. 31-47.

7 **A.A.** wohl nur *Herzberg*, Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, 2010, S. 109-111, 127.

8 Dies ist umstritten. Herrschend nimmt man an, ein Umkehrschluss aus § 20 StGB („nach dieser Einsicht zu handeln“) sei möglich. Diesem Umkehrschluss nach hätten jene, die im Tatzeitpunkt nicht durch die in § 20 StGB genannten Gründe gehemmt waren, sich tatsächlich auch gegen die Tat entscheiden können (indeterministische Interpretation, so etwa *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT I[8], 1992, § 36 Rn. 5; *Spilgies*, Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht, 2004, S. 56; *Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2008, S. 110-118, 134; *Duttge*, JuristenZeitung [JZ] 2010, 412; *Keil*, Willensfreiheit[2], 2012, S. 160). Nach a.A. enthält der letzte Halbsatz des § 20 StGB nur eine Angabe über die Wirkung der zuvor genannten Schuldausschließungsgründe: Nur wenn diese *so* wirkten, sei die Schuld ausgeschlossen. Ein Umkehrschluss gehe daher fehl (offene Interpretation, so *Tiemeyer*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht [GA] 1986, 203 [221]; ders. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft [ZStW] 1988, 527 [554]; *Herzberg* [Fn. 7], S. 106;). Dieser Streit ist wohl nicht überzeugend zu lösen. Deshalb wird der Maßstab hier unabhängig vom Wortlaut des Gesetzes gebildet.

9 Sog. *Zweiseitigkeit* des Schuldprinzips, vgl. *Roxin*, ZStW 1984, 641 (654); *Freund*, in: MüKoStGB (Fn. 6), Vor §§ 13 ff. Rn. 239; *Keil* (Fn. 8), S. 159.

10 Vgl. zuletzt BVerfGE 109, 133 (173).

11 Ebd.

12 Diese Grenze ist nicht lückenlos, wie das Maßregelstrafrecht zeigt. Wird sie überschritten, entsteht aber ein besonderes Rechtfertigungsbedürfnis, vgl. BVerfGE 109, 133 (174-176).

13 Begriff nach *Roxin* (Fn. 2), § 19 Rn. 49; zust. *Pauen*, in: Lampe/Pauen/Roth (Hrsg.), Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, 2008, S. 57; *Herzberg* (Fn. 7), S. 86.

Art. 104 Abs. 1 und 2 GG sowie Art. 2 Abs. 2 Sätze 2 und 3 GG ermächtigen den Staat zur Freiheitsentziehung durch richterliches Strafurteil.[14] Diese Strafe ist ein Eingriff in die Freiheit der Person[15] und bedarf somit der Rechtfertigung. Diese ist die Schuld des Täters in ihrer *strafbegründenden* Funktion. Zur Rechtfertigung dieser Schuldfunktion muss der materielle Schuldbegriff also die Strafe selbst rechtfertigen. Die *strafbegrenzende* Schuldfunktion ist für den Täter positiv, somit ihm gegenüber nicht rechtfertigungsbedürftig. Sie führt indes zu einer Ungleichbehandlung von Tätern, bei denen das Präventionsbedürfnis die gleiche Strafbemessung verlangen würde. So wäre auch ein nur strafbegrenzendes Schuldprinzip rechtfertigungsbedürftig, diesmal vor dem allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG.[16] Die Erfüllung beider Schuldfunktionen bedarf also der Rechtfertigung, einmal gegenüber dem Täter (Strafbegründung), einmal gegenüber Dritten (Strafbegrenzung).

2. Anwendung des Maßstabs

Diese Vielfalt der Freiheitsmodelle trägt erheblich zur Verworrenheit der Debatte bei. Hier sollen sie anhand zweier Begriffspaare geordnet werden: absolut/relativ und objektiv/subjektiv.[17]

a) Objektiv absolute Freiheit

Häufig mit dem Begriff der Willensfreiheit gleichgesetzt wird das Modell einer *objektiv absoluten* Freiheit: Der Mensch hat danach in einer gegebenen Situation alternative Möglichkeiten der Entscheidung.[18] Er ist also nicht – auch nicht durch eigene Präferenzen – bestimmt, sondern *absolut* frei. Der menschliche Wille bricht nach diesem Modell mit der Kausalgebundenheit der Physik, mit dem Determinismus.[19] Dabei ist nur seine Entscheidung indeterminiert, seine Handlungen aber sind von der Entscheidung selbst determiniert,[20] mithin ist „Freiheit zur Selbstbestimmung"[21] der diese Freiheit wohl treffendste Begriff. Diese freie Entscheidung mache den freien, verantwortlichen und sittlich selbstbestimmten Menschen zur letzten Ursache der Tat. Dass auf Basis einer solchen Freiheit die Schuld des Täters begründet werden kann, ist unstreitig.[22]

b) Subjektiv absolute Freiheit

Die *subjektive* Freiheit besteht nur in der Selbstwahrnehmung des Entscheidenden.[23] Ihr Bestehen wird häufig mit den menschlichen Schuldgefühlen begründet, die ohne eine empfundene Entscheidungsfreiheit nicht bestünden.[24] Kann das Schuldprinzip aber unmittelbar ein subjektives Empfinden zur Voraussetzung und Grenze von Strafe erklären?

Gegen eine solche Rolle des Freiheitsempfindens spricht dessen Subjektivität. Die Voraussetzungen der Schuld sind von Richtern und Gutachtern festzustellen, mithin aus der Außenperspektive.[25] Ist dem Täter auch seine Freiheit die „gewisseste Realität"[26], solange sie *per definitionem* nur in der Innenperspektive besteht, muss der Richter ihn für determiniert erkennen und erklären.[27] Darüber hinaus ist die subjektive Freiheit auch zu undifferenziert: Der nach § 20 StGB Schuldunfähige, gar jedes Kind kann von seiner Freiheit überzeugt sein.[28] Je stärker ihre Vertreter also die Universalität der subjektiven Freiheit hervorheben,[29] desto schwerer können sie Schuld rechtfertigen.

c) Objektiv relative Freiheit

Eine Entscheidung wird *relativ* frei genannt, wenn der Entscheidende nur durch seine eigenen „personalen Präferenzen"[30] bestimmt ist. Diese Präferenzen können dabei durch das Vergangene vollständig determiniert (also nicht *absolut* frei) sein. Dennoch wird auch diese Freiheit als Willensfreiheit bezeichnet und als Bezugspunkt der Schuld vorgeschlagen. Die menschliche Person, so das Argument, werde durch ihre Präferenzen gebildet. Unabhängig von der

---

[14] Vgl. BVerfGE 33, 1 (9-10).

[15] Vgl. BVerfGE 29, 312 (316); *Freund*, in: MüKoStGB (Fn. 6), Vor §§ 13 ff., Rn. 37, 243; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz Kommentar[67], 2012, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Rn. 34, 61.

[16] Das Gleichheitsproblem sehen auch *Detlefsen*, Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektiven des Schuldprinzips, 2006, S. 115; *Merkel* (Fn. 8), S. 106; *Duttge*, JZ 2010, 412.

[17] Ein drittes Kategorienpaar in der Debatte ist immanent/transzendental. Das Modell eines *transzendentalen* freien Willens entspringt dem deutschen Idealismus, insbesondere der Lehre *Kants*. Danach ist der Mensch als Teil der erfahrbaren Welt determiniert (vgl. *Kant*, Kritik der praktischen Vernunft [Bearbeitung von Raymund Schmidt], 1978, S. 120), als metaphysisches Wesen dagegen frei. Eine angemessene Darstellung und Kritik des transzendentalen Indeterminismus würde den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen (eine solche versucht etwa *Merkel* [Fn. 8], S. 61 – 64). Vorliegend werden deshalb nur die neueren Modelle subjektiver und relativer Freiheit betrachtet.

[18] Diese Form der Freiheit wird mithin als Prinzip alternativer Möglichkeiten („principle of alternate possibilities") beschrieben, Begriff geprägt von *Frankfurt*, The Journal of Philosophy, Vol. 66, No. 23. (Dec. 4, 1969), 829; aufgenommen von *Merkel* (Fn. 8), S. 17.

[19] Der Begriff des Determinismus wird nicht einheitlich verwendet. Die Kernthese der meisten deterministischen Lehren ist, dass von einem Weltzustand jeder andere Weltzustand ableitbar ist, die Kenntnis sämtlicher Eigenschaften dieses Weltzustandes und sämtlicher Naturgesetze vorausgesetzt (vgl. *van Inwagen*, Philosophical Studies 1975, 185 (186); *Nida-Rümelin*, Über menschliche Freiheit, 2005, S. 92-94; *Libet*, in: Hillenkamp [Hrsg.], Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?, 2006, S. 122).

[20] Diese „autonome Urheberschaft", „Autonomie" oder „Akteurskausalität" („agent causation") genannte Form der Kausalität will sich von der in der Naturwissenschaft gebräuchlichen Ereigniskausalität (jedes Ereignis ist Folge eines anderen) lösen und den Einzelnen zum „unbewegten Beweger" machen, siehe *Griffel*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 1983, 340 (355); *Merkel* (Fn. 8), S. 14-15, 29, 51. Von dieser Form der Determinierung *durch den Willen* hat schon *Kant* die Determinierung *des Willens* (bei ihm „Prädeterminismus") unterschieden, vgl. *Bojanowski*, in: Brandhorst/Hahmann/Ludwig (Hrsg.), Sind wir Bürger zweier Welten?, 2012, S. 74.

[21] *Kaufmann*, in: FS Lange, 1976, S. 27 (28).

[22] Vgl. nur BGHSt 2, 194 (200).

[23] Die subjektive Freiheit ist also lediglich eine Wahrnehmungsverschiebung, so auch *Tiemeyer*, GA 1986, 203 (223). **Krit.** zum Ganzen *Merkel* ([Fn. 8], S. 38), der meint, die Gehirnprozesse, auf denen die Entscheidung beruht, erlebe der Mensch weder als determiniert noch indeterminiert, sondern überhaupt nicht.

[24] So etwa *Grasnick*, Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987, S. 55; *Griffel*, ARSP 1983, 340 (353); *Planck*, in: ders., Vom Wesen der Willensfreiheit und andere Vorträge, 1991, S. 161. Eine weitere Begründung bildet der besonders von *Planck* vertretene *epistemische* Indeterminismus: Nach diesem ist der Mensch dem eigenen zukünftigen Verhalten gegenüber in einer besonderen Erkenntnissituation. Er kann es nicht nur praktisch, sondern logisch nicht erkennen. Versuchte er, die eigene Zukunft vorherzusehen, würde jede gewonnene Erkenntnis über die eigene Zukunft deren Inhalt ändern, die gewonnene Erkenntnis also hinfällig machen (vgl. *Kargl*, Handlung und Ordnung im Strafrecht, 1991, S. 189 Fn. 135; *Planck*, [Fn. 24], S. 112-113, 160).

[25] Vgl. *Detlefsen* (Fn. 16), S. 42; *Merkel* (Fn. 8), S. 66, 121; *Duttge*, JZ 2010, 412.

[26] *Griffel*, ARSP 1983, 340 (353).

[27] Vgl. *Detlefsen* (Fn. 16), S. 44.

[28] Vgl. *Griffel*, ARSP 1983, 340 (357); *Detlefsen* (Fn. 16), S. 42; *Merkel* (Fn. 8), S. 66-68. Dies übersieht etwa *Roxin* (Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht [SchwZStR] 1987, 356, 369), wenn er seine Theorie auf das Selbstverständnis des „normalen Menschen" gründet; ähnlich wie dieser *Grasnick* (Fn. 24), S. 55.

[29] *Griffel* (ARSP 1983, 340 [357]) etwa nennt es ein „fundamentales Erlebnis jedes Menschen", ähnl. *Hirsch*, ZStW 1994, 746 (763).

[30] *Pauen* (Fn. 13), S. 55; *Pauen/Roth*, Freiheit, Schuld und Verantwortung, 2008, S. 33, 35.

Determiniertheit dieser Präferenzen sei der Mensch *als Person* frei, wenn er tun könne, wie es seinen Präferenzen entspricht.[31]

Ob schon eine relative Freiheit den Schuldvorwurf rechtfertigen kann, ist umstritten. Ein erster Kritikpunkt ist ihre Zirkularität: Die Theorie anerkennt nämlich, dass sich die personalen Präferenzen in der Straftat unmittelbar niederschlagen. Die Schuld würde dem Täter also weniger seine (vorbestimmte) Tat als „sein ‚Sosein' ankreiden".[32] Hier wird der Zirkel offenbar: Um dem Täter sein Sosein vorzuwerfen, bedarf die Schuldstrafe der schuldhaften Tat, anhand derer sie seine schuldhafte Persönlichkeit erkennt. Die Tat wiederum ist aber nur schuldhaft, weil des Täters Persönlichkeit schuldhaft ist.[33]

Die Theorie sieht sich darüber hinaus dem Vorwurf der Inkonsequenz ausgesetzt: Nach ihren Maßstäben ist eine Zurechnung zum Täter gerechtfertigt, wenn das Zugerechnete auf den personalen Präferenzen des Täters beruht. Diese Präferenzen hat sich der Täter aber nicht wiederum aufgrund personaler Präferenzen ausgesucht.[34] Dies wird von der Theorie nicht beachtet: Die Suche nach der letzten Ursache wird aus begrifflichen Gründen[35] bei einer zuvor definierten „Persönlichkeit" abgebrochen.

II. Zusammenführung

Die Diskussion um die Freiheitsmodelle lässt sich hier nicht umfassend wiedergeben. Jene Autoren, die ein subjektives oder relatives Modell der Willensfreiheit als Prämisse der Schuld genügen lassen, sehen sich jedoch mit erheblichen Einwänden konfrontiert, die auszuräumen bisher nicht gelungen ist. Im Folgenden wird deshalb davon ausgegangen, dass das Schuldprinzip auf eine objektiv absolute Willensfreiheit verweist.

B. Die Willensfreiheit als rechtliche Fiktion

Wurde soeben der *Austritt* des Problems der Willensfreiheit aus dem Recht behandelt, so soll es nun um ihren *Widereintritt* gehen: Wie muss das Strafrecht auf die Diskussion um die Willensfreiheit reagieren? Um zum Kernproblem dieser Frage zu gelangen, werden zunächst drei Prämissen eingeführt. Erstens wird vorausgesetzt, dass die philosophische Diskussion um die Willensfreiheit noch zu keiner befriedigenden Lösung gelangt, ihr das Bestehen dieser Freiheit somit unsicher ist. Zweitens wird angenommen, dass das Strafrecht, um nicht Gefahr zu laufen vom Täter eine Unmöglichkeit zu verlangen, diese Freiheit fingieren sollte. Mit einer solchen Fiktion entledigte sich der Gesetzgeber freilich nicht seiner Rechtfertigungspflicht. Er fingierte die Voraussetzungen der Schuld. Diese Fiktion bedarf deshalb der gleichen Rechtfertigung wie die Schuld selbst, sie ist gleichsam derivativ rechtfertigungsbedürftig. Dies ist die dritte Prämisse der folgenden Darstellung.

Auf dieser Basis kann die Frage gestellt werden, die den Schwerpunkt des zweiten Teils dieser Arbeit bildet: Darf das Recht die Willensfreiheit als Voraussetzung der Schuld fingieren? Prüfungsmaßstab ist dabei jenes Rechtfertigungsbedürfnis, welches oben an die Rechtfertigung der Schuld selbst gestellt wurde.[36]

I. Rechtfertigung der Fiktion in der Literatur

1. Wiederherstellung der Normgeltung

Auf *Jakobs* geht eine dreistufige systemtheoretische[37] Begründung der Freiheitsfiktion zurück:[38] Verbrechen könnten durch Einübung der Bürger in Rechtstreue vermieden werden (erste Stufe). Diese Einübung erfordere, dass das durch deliktisches Verhalten gestörte Ordnungsvertrauen wiederhergestellt werde (zweite Stufe). Die Allgemeinheit sehe den Täter als verantwortlich an. Das Recht müsse ihn entsprechend behandeln, um das Ordnungsvertrauen wiederherzustellen (dritte Stufe).[39]

Jakobs' Begründung der Schuld fußt allein auf dem Zweck der Generalprävention. Der Einzelne wird instrumentalisiert,[40] er ist Objekt der Bedürfnisse der Allgemeinheit. So kann man im *Jakobs'schen* Schuldprinzip nach der *Kant'schen* Objektformel ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG sehen.[41] Zu diesen verfassungsrechtlichen Bedenken gesellt sich ein dogmatisches Problem: Die Schuld nach *Jakobs* kann die Bedürfnisse der Generalprävention nicht begrenzen, denn sie ist von ihr erfüllt.[42] Eine Begründung der Schuld nach *Jakobs* würde sich kaum von einem Recht ohne Schuld[43] unterscheiden, das Schuldprinzip mithin hinfällig machen. Neben diesen konzeptionellen Einwänden zeigen sich praktische Probleme: Welche Strafe ist zur Stabilisierung des Ordnungsvertrauens nötig?[44] Kann das davon abhängen, wie bekannt Tat und Täter sind? Und basiert nicht die Anschauung der Allgemeinheit auf dem bestehenden Normensystem, verteidigt nicht das *Jakobs'sche* Schuldprinzip deshalb indifferent das jeweils vorhandene System?[45]

2. Subjektives Freiheitsempfinden

Zur Fiktion der Freiheit dient Manchen der Rekurs auf das subjektive Freiheitsempfinden.[46] Auf dieses Empfinden gründete man so mittelbar die Schuld. Damit stellen sich hier die gleichen Schwierigkeiten, die bereits oben eine unmittelbare Begründung der Schuld durch die subjektive Freiheit infrage stellten.[47]

---

[31] Vgl. *Figueiredo Dias*, ZStW 1983, 220, (237, 243); *Pauen* (Fn. 13), S. 55; *Pauen/Roth* (Fn. 30), S. 29; ähnl. die „bedingte Freiheit" nach *Habermas*, Zwischen Naturalismus und Religion, 2005, S. 159.

[32] *Engisch*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1963, S. 48; *Merkel* (Fn. 8), S. 108; *Duttge*, JZ 2010, 412.

[33] So auch *Engisch* (Fn. 32), S. 50-51; ähnl. *Herzberg* (Fn. 7), S. 43.

[34] Ähnl. *Engisch* (Fn. 32), S. 48; *Roxin*, ZStW 1984, 641 (647-648); *Tiemeyer*, GA 1986, 203 (206); *Herzberg* (Fn. 7), S. 13-14, 43; *Feldmann*, Das Problem der Neurowissenschaften mit dem freien Willen, 2011, S. 124.

[35] Vgl. *Pauen* (Fn. 13), S. 54.

[36] Vgl. zu diesen oben A.II.1. Dies ergibt sich aus der dritten der eben aufgestellten Prämissen.

[37] *Jakobs* nimmt insbesondere Anleihen bei der Systemtheorie *Luhmanns*, vgl. Schuld und Prävention, 1976, S. 9 Fn. 19; S. 17 Fn. 48.

[38] Vgl. *Jakobs* (Fn. 38); aufgenommen von *Merkel* (Fn. 8), S. 122-133.

[39] Wenn und soweit aber eine anderweitige Konfliktverarbeitung möglich sei, könne der Täter als unschuldig gelten. *Jakobs* ([Fn. 38], S. 11) verweist dabei beispielhaft auf die medizinische Behandlung von Triebtätern. *Tiemeyer* bemerkt hierzu zutreffend, dass *Jakobs* so mittelbar die von den Bürgern verinnerlichte Freiheit des Täters in genau dem Maße voraussetze, in dem ihm diese von den Bürgern zugeschrieben werde, GA 1986, 203 (213).

[40] Vgl. *Roxin*, SchwZStR 1987, 356 (365).

[41] Ähnlich *Roxin*, (Fn. 2), § 3 Rn. 57.

[42] So auch *Streng*, in: MüKoStGB (Fn. 6), § 20 Rn. 22. *Jakobs* ([Fn. 38], S. 32) meint, zumindest der Spezialprävention Grenzen zu setzen. **Krit.** dazu *Roxin* (SchwZStR 1987, 356 [367]), mit dem Hinweis, dass das Ordnungsvertrauen der Bevölkerung gerade durch ungehemmte Spezialprävention bestärkt werden könne.

[43] Siehe sogleich B.II.1

[44] Vgl. *Roxin*, SchwZStR 1987, 356 (366).

[45] Vgl. *Roxin*, SchwZStR 1987, 356 (367).

[46] Vgl. *Roxin*, SchwZStR 1987, 356, 369; *Maurach/Zipf* (Fn. 8), § 36 Rn. 9.

[47] Siehe oben A.II.2.b.

3. Gesellschaftliche Anschauung

Eine wichtige Strömung rechtfertigt die Fiktion durch Rekurs auf die gesellschaftliche Anschauung. Die Rechtswissenschaft habe sich an den „Erscheinungen des sozialen Lebens“[48] zu orientieren. Eine solche sei die „wechselseitige Zuschreibung von Freiheit“[49]. In der Fiktion der Freiheit verfahre das Recht also wie Jedermann, und dies dürfe es auch.[50]

Man kann dieses Modell sowohl in seinen empirischen Prämissen, als auch in seiner Schlussfolgerung angreifen. Empirisch lässt sich ein gesellschaftlicher Konsens erkennen, dass jemandem, der erkennbar nicht anders handeln konnte, sein Handeln nicht vorgeworfen werden darf. Schreiben die Menschen einander Verantwortung zu, so müssen sie also glauben, dass sie hätten anders handeln können, um nicht gegen diesen zweiten Konsens zu verstoßen. Die gesellschaftliche Anschauung *fingiert* also nicht die Willensfreiheit der Menschen, sondern geht von dieser *als Tatsache* aus. Ein Strafrecht, das gerade zur Fiktion greift, weil ihm die Willensfreiheit als Tatsache zweifelhaft ist, kann dies nicht kopieren.

Auf einer normativen Ebene zeigt sich ein kategorialer Unterschied zwischen gesellschaftlicher und strafrechtlicher Fiktion: Das Recht muss vor der Verfassung bestehen, welche eine Rechtfertigung der Strafe verlangt. Die Bestimmung von Strafwürdigkeit als normative Aufgabe des Strafrechts kann nicht an die Gesellschaft ausgelagert werden.[51] Zugleich würde sonst die gestaltende Aufgabe des Rechts unterlaufen, um derentwillen es sich gerade nicht „überkommenen Denkgewohnheiten“[52] unterwerfen darf.

II. Versuch einer funktionalen Rechtfertigung

Wie dargestellt, lassen sich gegen jede der in der Literatur vertretenen Rechtfertigungstheorien schwerwiegende Einwände erheben. Deshalb soll im Folgenden versucht werden, auf einem anderen Wege die Fiktion zu rechtfertigen. Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung, dass der Rechtfertigungsdruck verfassungsrechtlicher Art ist.[53] Verlangt die Verfassung selbst nach einem Schuldstrafrecht, so muss die Fiktion von dessen Voraussetzungen deshalb gerechtfertigt sein. Um dies festzustellen wird geprüft, ob das Grundgesetz die Willensfreiheit voraussetzt, sich den Menschen also frei und verantwortlich vorstellt (sogleich 1). Alsdann ist zu fragen, ob es eines Schuldstrafrechts bedarf, um dieses grundgesetzliche Menschenbild[54] zu achten (unten 2).

1. Die Willensfreiheit im grundgesetzlichen Menschenbild

Anfragen an das Menschenbild des Grundgesetzes sind schwierig. Hier soll versucht werden, der Menschenwürdegarantie entsprechende Hinweise zu entnehmen. Deren Aussagegehalt wird dabei insbesondere im Lichte ihrer Ideengeschichte betrachtet.[55]

Den Begriff der Würde prägend, verstanden *Cicero* und *Seneca* diese nicht als bloße Regel, sondern als *Seinsgegebenheit*, welche die Regel erst begründe.[56] Das Wesen der Menschenwürde als Aussage über das tatsächliche Sein des Menschen, als „ontologische Größe“[57], wurde seitdem nicht in Frage gestellt.[58]

Ihre Begründung dagegen unterlag stetem Wandel. *Seneca*[59] und ihm folgend die christliche *imago-dei*-Lehre[60] verwiesen auf die Gottesähnlichkeit des Menschen. Schon *Albertus Magnus* und *Thomas von Aquin* begründeten die Würde jedoch mittelbar mit der menschlichen Willensfreiheit, die ihm seine Gottesebenbildlichkeit verleihe.[61] In der Renaissance trat diese Freiheit in den Vordergrund, und verdrängte mit der Aufklärung die *imago-dei*-Lehre vollständig. Mit der Aufklärung fand mit *Pufendorf* eine auf Willensfreiheit beruhende Würdekonzeption Einzug auch in die deutsche Staatstheorie.[62] Auch die für die das Grundgesetz stark prägende[63] Menschenwürdetheorie *Kants* löst sich vom *imago dei* und gründet sich ganz auf die Freiheit zur Selbstbestimmung.[64] Dieser Ideengeschichte folgend liegt auch Art. 1 Abs. 1 GG die Vorstellung eines Menschen zugrunde, der „darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten.“[65] Diese Freiheit begründe seine Freiverantwortlichkeit, und diese wiederum

---

[48] *Hirsch*, ZStW 1994, 746 (763).

[49] *Roxin*, SchwZStR 1987, 356 (369). Diese sei ein „Grundgesetz des sozialen Daseins“, so grundlegend *Graf von Dohna*, ZStW 1954, 503 (509); ähnl. *Jescheck*, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, 1957, S. 20; *Roxin*, SchwZStR 1987, 356 (369); *Grasnick* (Fn. 24), S. 55; *Maurach/Zipf* (Fn. 8), § 36 Rn. 12; *Hirsch*, ZStW 1994, 746 (763); *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre[3], 2008, S. 144.

[50] Vgl. *Röhl/Röhl* (Fn. 49) S. 144.

[51] Ansonsten könnte jede Form von staatlicher Rache, soweit diese von der Gesellschaft gewollt ist, gerechtfertigt werden.

[52] *Tiemeyer*, GA 1986, 203 (205).

[53] Dazu schon oben A.II.1.

[54] Zum Begriff des Menschenbildes *Häberle*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 1988, S. 11 Fn. 9 m.w.N.

[55] Die Menschenwürde ist von ihrer Ideengeschichte besonders geprägt, vgl. BVerfGE 45, 187 (229); *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Fn. 15), Art. 1, Rn. 7. Dies gilt in besonderem Maße für das ihr zugrundeliegende Menschenbild, vgl. *Häberle* (Fn. 54), S. 19.

[56] Der Mensch *sei* für den anderen eine heilige Sache (*sacra res*), so *Seneca*, Epistulae, 95, 33, zit. nach *Lausberg*, Untersuchung zu Senecas Fragmenten, 1975, S. 146 Fn. 54.

[57] *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Fn. 15), Art. 1, Rn. 10, Begriff nach *Giannozo Manetti*.

[58] *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz Kommentar (Altaufl.)[39], Art. 1, Rn. 18; *Häberle* (Fn. 54), S. 12; *Wachtendorf*, Die Würde des Menschen, 2004, S. 12. Ähnlich heißt es auch in BVerfGE 25, 269 (285), in Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG zeige sich, dass das Grundgesetz Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen *voraussetze*.

[59] *Seneca* glaubt, die Menschen seien Teil eines großen (göttlichen) Körpers (*membra sumus corporis magni*), *Seneca*, Epistulae, 95, 52, zit. nach *Stelzenberger*, Die Beziehungen der frühchristlichen Sittenlehre zur Ethik der Stoa, 1989, S. 44 Fn. 59.

[60] Dazu eingehend *Wildfeuer*, in: ders./Nicht (Hrsg.): Person – Menschenwürde – Menschenrechte im Disput, 2002, S. 41. Diese Lehre gründete sich wesentlich auf die biblische Schöpfungsgeschichte, vgl. Genesis 1 (26/27); 9 (6).

[61] So gilt *Albertus Magnus* die Willensfreiheit als „das wichtigste Zeugnis des *imago*-Verhältnisses“, *Wildfeuer* (Fn. 60), S. 41 Fn. 57. Für *Thomas von Aquin* konstituiert die Entscheidungsfreiheit des Menschen seine Gottesähnlichkeit, vgl. *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Fn. 15), Art. 1 Rn. 9.

[62] Vgl. *Pufendorf*, De iure naturae et gentium, 1672, 2. Buch, 1. Kapitel, § 5, dt. Übersetzung nach *Wesel*, in: Artinger (Hrsg.): Die Grundrechte im Spiegel des Plakats, 2000, S. 9.

[63] Siehe *Häberle* (Fn. 54), S. 10; *Nida-Rümelin* (Fn. 19), S. 127; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Fn. 15), Art. 1, Rn. 12; **Krit.** *Frister* (Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988, S. 19 Fn. 56), der sich gegen eine Auslegung der Menschenwürde anhand einer bestimmten Philosophie ausspricht.

[64] Vgl. *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Bearbeitung auf Grundlage der zweiten Originalausgabe (1886), 1978, S. 254.

[65] BVerfGE 45, 187 (227); ähnl. BVerfGE 27, 1 (6); 32, 98 (107-108); *Dürig*, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 1956, 117 (125, 131); *Stratenwerth*, Leitprinzipien der Strafrechtsreform, 1970, S. 9; *Otto*, GA 1981, 481 (486); *Lampe* (Fn. 2), S. 225; *Schünemann* in: ders./Müller/Philipps (Hrsg.): Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte, 2002, S. 4-5 m.w.N.; *Wildfeuer* (Fn. 60), S. 51; *Wachtendorf* (Fn. 58), S. 12; *Hillenkamp*, in: ders. (Hrsg.), Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?, 2006, S. 7; *Roxin* (Fn. 2), § 3 Rn. 55; *Tiedemann*, Menschenwürde als Rechtsbegriff, 2009, S. 233.

mache seine Würde aus.[66] Damit ist zugleich eine Aussage über das Wesen der in Art. 1 Abs. 1 GG angelegten menschlichen Freiheit getroffen: Diese soll Verantwortlichkeit begründen. Verantwortung ist nur durch objektiv absolute Freiheit zu begründen,[67] diese wird somit von Art. 1 Abs. 1 GG vorausgesetzt.

2. Ein Schuldprinzip zur Achtung dieses Menschenbildes

Mit der Menschenwürde entscheidet sich das Grundgesetz für ein Menschenbild, demzufolge der Wille frei und der Mensch verantwortlich ist. Mit seiner Würde hat der Staat also auch die „Eigenverantwortlichkeit des Menschen (...) bei der Ausgestaltung des Strafrechts zu achten und zu respektieren".[68] Diese Pflicht trifft den Staat als individueller Achtungsanspruch des Einzelnen sowie als von den Grundrechten geprägte objektive Werteordnung.[69]

Kann auf dieser Grundlage das Schuldprinzip bestehen bleiben? Zur Beantwortung dieser Frage werden zunächst Bedenken gegen die Koppelung von Menschenwürde und Schuld ausgeräumt (sogleich a). Alsdann wird untersucht, ob das oben entwickelte Menschenbild die Erfüllung der Schuldfunktionen erfordert (unten b). Ist nur eine der Schuldfunktionen rechtfertigungsfähig, stellt sich die Frage, ob diese unabhängig voneinander bestehen können (unten c).

a) Zur Koppelung von Schuld und Menschenwürde

Gegen eine Koppelung von Schuld und Menschenwürde bestehen Einwände: Basiere das Schuldprinzip auf der auch von Art. 1 Abs. 1 GG vorausgesetzten Willensfreiheit, so könne niemandem die Schuldfähigkeit ab- und dennoch die Menschenwürde zugesprochen werden.[70] Die Fähigkeit zur Selbstbestimmung könne zwar abstrahiert, also auch bei jenen, denen sie fehle, als vorhanden gedacht werden.[71] Dann müsste man aber auch die Schuldfähigkeit abstrahieren, und könne sie nicht in Fällen des § 20 StGB ausschließen.[72]

Der zweite Schritt entlarvt sich bei näherer Betrachtung als Fehlschluss. Er verkennt den Grund, aus dem die gleiche Würde aller Menschen angenommen wird. Zur Begründung eines Menschen*bildes* genügt die Freiheit „des Menschen an sich".[73] Vorausgesetzt ist damit nur eine abstrakte Freiheit, eine Eigenschaft des idealtypischen Menschen. Warum vermag diese abstrakte Freiheit auch die Würde desjenigen zu begründen, bei dem sie konkret nicht vorliegt? Nicht nur die Freiheit des Menschen, auch seine Gleichheit ist eine in der Menschenwürde enthaltene Teilgegebenheit. Schon deshalb muss die Freiheit, die sie postuliert, als Freiheit *jedes Menschen* gedacht werden. Mit der Freiheit jedes Menschen ist auch die Würde jedes Menschen begründet. Somit haben auch jene, bei denen die tatsächlichen Voraussetzungen zur Selbstbestimmung fehlen, einen Anspruch darauf, als würdig behandelt zu werden. Ein *Anspruch* aus Art. 1 Abs. 1 GG darf freilich nicht zulasten seines Trägers gehen. Somit kann die Menschenwürde nicht die Verantwortlichkeit der nach § 20 StGB schuldlos Handelnden begründen.

b) Rechtfertigung der Schuldfunktionen

Grundsätzlich ist es also möglich, Schuld und Menschenwürde zu koppeln. Nun kann untersucht werden, ob das Schuldprinzip erforderlich ist, um den Menschen so zu behandeln, wie die Menschenwürde ihn sich vorstellt: frei, verantwortlich und gleich.

aa) Exkurs: Strafrecht ohne Schuld

Um zu verstehen, was das Schuldprinzip leistet, muss die Möglichkeit eines Strafrechts ohne Schuld skizziert werden. Ein solches richtete sich nach Prävention und Verhältnismäßigkeit: Ein Wegfall der strafbegründenden Schuldfunktion ließe die Prävention in ihren beiden Varianten ins Zentrum der Strafzwecke vorstoßen (Strafrecht als *défense sociale*[74]). Ein Wegfall ihrer strafbegrenzenden Funktion ließe das staatliche Präventionsbedürfnis nicht ohne Hemmnis, würde doch das Verhältnismäßigkeitsprinzip die Strafzumessungsschuld substituieren.[75] Dieses berücksichtigte jedoch neben vom Täter begangenen Taten auch von ihm *zu erwartende*.[76] Außerdem setzte es diese nur *ins Verhältnis* zur Strafe, bildete keine absolute Schranke der Strafhöhe.[77]

Will man das Bedürfnis nach Schuld aus der Verfassung herleiten, so muss man Folgendes darlegen: Schreibt das Grundgesetz ein Strafen aufgrund der Täterschuld vor, in Abgrenzung zu einem Strafen aus Präventionsgesichtspunkten? Dies führte zur Rechtfertigung der strafbegründenden Schuldfunktion. Verlangt das Grundgesetz eine Strafbegrenzung gerade durch das Schuldprinzip, und nicht nur durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz? Dies führte zur Rechtfertigung der strafbegrenzenden Schuldfunktion.

bb) Strafbegründende Funktion

Der *Strafbegründungsfunktion* der Schuld folgend wird durch die Strafe die Verantwortlichkeit des Täters anerkannt und abgegolten.[78] Das grundgesetzliche Menschenbild wird so geachtet. Aber ist damit schon die Strafbegründungsschuld gerechtfertigt? Dem muss auf Ebene der Grundrechtsdogmatik widersprochen werden: Art. 1 Abs. 1 GG vermittelt einen Anspruch auf Achtung und Schutz.[79] Er kann aber keinen Eingriff in Grundrechte seines Trägers rechtfertigen. Auch die grundrechtsgeprägte objektive Werteordnung soll nur den Schutzanspruch des Individuums erweitern,[80] sie

---

[66] Vgl. nur BVerfGE 25, 269 (285); 32, 98 (107); 45, 187 (228); ähnl. *Lampe* (Fn. 2), S. 225; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Fn. 15), Art. 79 Rn. 116.

[67] Siehe oben A.II.

[68] BVerfGE 25, 269 (285); ähnlich BVerfGE 45, 187 (228).

[69] Vgl. BVerfGE 7, 198 (205); 35, 202 (225); 39, 1 (43); 50, 290 (337).

[70] So *Detlefsen* (Fn. 16), S. 102-104, 117-118.

[71] So die wohl herrschende Meinung zur Menschenwürde, siehe *Dürig*, AöR 1956, 117 (125).

[72] Vgl. *Detlefsen* (Fn. 16), S. 103.

[73] *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Fn. 58), Art. 1 Rn. 18.

[74] Vgl. *Ellenscheid/Hassemer*, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II, Bd. 1, 1975, S. 282; *Kaufmann* (Fn. 21), S. 27 (35). Bedeutungsgleich finden auch die Begriffe des *Zweckstrafrechts* (etwa *Liszt*, in: ders., Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. 2, 1905, S. 25), des *Schutzstrafrechts* (*Wulff*, Die Existenziale Schuld, 2008, S. 11) und des *Sanktionenrechts* (*Detlefsen* [Fn. 16], S. 345) Verwendung.

[75] Vgl. zu diesem nur BVerfGE 23, 127 (133). Das Schuldprinzip kann als spezielle Ausprägung der Verhältnismäßigkeit gelten, vgl. *Kaufmann* (Fn. 21), S. 27 (34); *Weber*, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT[11], 2003, § 3 Rn. 35; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 15), Art. 20 Rn. 124. Weil der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dem präventiven Strafbedürfnis Grenzen setzen würde, darf es als verfehlt gelten, die Befürwortung eines schuldfreien Strafrechts als „Plädoyer für das Wegsperren" zu kennzeichnen. So aber *Pawlik*, FAZ v. 12.10.2007, S. 45.

[76] Vgl. *Kaufmann* (Fn. 21), S. 27 (34).

[77] Vgl. *Kaufmann* (Fn. 21), S. 27 (34-35).

[78] Dies beruht auf *Hegels* Verständnis von Schuld und Menschenwürde, vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 2009, § 100; zust. *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 97.

[79] Vgl. nur BVerfGE 109, 133 (149-150).

[80] Vgl. BVerfGE 7, 198 (205).

kann mithin die Schuldstrafe ebenfalls nicht rechtfertigen.[81] Auf das Menschenbild der Menschenwürde vermag sich also kein zur *Strafbegründung* geeignetes Schuldprinzip stützen.[82]

cc) Strafbegrenzende Funktion

Die strafbegrenzende Funktion der Schuld birgt eine Ungleichbehandlung der Täter anhand ihrer von Gesetzgeber und Richter bestimmten Verantwortlichkeit. Dies bedarf vor Art. 3 Abs. 1 GG der Rechtfertigung. Eine solche Rechtfertigung könnte in dem von Art. 1 Abs. 1 GG vorausgesetzten und geschützten Menschenbild liegen.

Wehrt sich ein Täter gegen eine Ungleichbehandlung durch das Schuldprinzip, so muss er geltend machen, alle Menschen seien gleichermaßen determiniert. Nur auf Basis dieses *tertium comparationis* (verantwortungsloser, determinierter Mensch) verstieße die Ungleichbehandlung anhand der individuellen Verantwortlichkeit gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Der Gleichheitssatz ist jedoch Ausdruck der Menschenwürde. Als solcher muss er sich auch auf das von der Menschenwürde vorausgesetzte Menschenbild gründen. Dieses kann deshalb selbst nicht Gegenstand der Überprüfung anhand von Art. 3 Abs. 1 GG sein. Aus demselben Grund kann eine von diesem Menschenbild abweichende Auffassung nicht als *tertium comparationis* zur Verfügung stehen. Der determinierte Mensch ist also keine Grundlage des Art. 3 Abs. 1 GG. Differenziert man die Täter anhand ihrer Verantwortlichkeit, so werden mithin nicht gleiche Sachverhalte ungleich behandelt: Sie waren nie gleich.

Art. 3 Abs. 1 GG steht einer Differenzierung nach Verantwortlichkeit also nicht entgegen. Ist eine solche Differenzierung sogar geboten? Hierfür spricht das Rechtsstaatsgebot: Die Schuld ist ein Mittel bürgerlicher Freiheitswahrung.[83] Sie begrenzt die staatliche Strafgewalt in rechtsstaatlich angemessener Weise.[84] Das Rechtsstaatsgebot gebietet, dass jede Strafe in gerechtem Verhältnis zur Schwere der Straftat und zur Schuld des Täters steht.[85] *Ohne* das oben begründete Menschenbild könnten diese Aussagen nicht sinnvoll bestehen. Worin sollte auch ausgleichende Gerechtigkeit, Schuldangemessenheit liegen, ohne die Verantwortlichkeit des Täters als Grundlage? *Mit* dem Menschenbild des Art. 1 Abs. 1 GG als Grundlage wird eine Differenzierung anhand der Schuld dagegen zwingend. Schaffte der Gesetzgeber die Strafbegrenzungsschuld ab, so verstieße er gegen zwei Verfassungsnormen: Erstens ignorierte er damit den Anspruch des Einzelnen auf Achtung seiner Verantwortlichkeit, verstieße also gegen Art. 1 Abs. 1 GG. Immer dann, wenn die vom Staat gefundene Strafe die Verantwortlichkeit des Einzelnen überschritte, verletzte der Staat außerdem das Gebot materieller Gerechtigkeit, also das Rechtsstaatsprinzip.[86] So verlangen Art. 1 Abs. 1 GG (als Grundlage der Verantwortlichkeit) und das Rechtsstaatsprinzip (als Pflicht, diese Verantwortlichkeit in der Strafe zu berücksichtigen), dass die Strafe das Maß der Schuld nicht überschreite.[87]

c) Zur Trennung der Schuldfunktionen

Das grundgesetzliche Menschenbild vermag also die *Strafbegrenzung* durch Schuld zu begründen. Damit ist die Abschaffung der Schuld als Strafbegründung eingeläutet. Ist diese Trennung der Schuldfunktionen aber überhaupt möglich? Der Schuld ist ihre Janusköpfigkeit gegenüber dem Täter keineswegs immanent.[88] Im Gegenteil: Ihrer Ideengeschichte[89] und ihrer Aufnahme in das StGB[90] liegen fast allein liberale, täterfreundliche Gedanken zugrunde. Insbesondere dann, wenn man die Schuld auf Grundrechte zurückführt, so ist ihr gerade die Einseitigkeit zugunsten des Grundrechtsträgers immanent. Die Schuldfunktionen sind mithin voneinander lösbar.

III. Zusammenführung

Die hier vorgeschlagene Lösung des zweiten Diskursfeldes kann die Schuld nur zur Strafbegrenzung aufrechterhalten. Die Strafe selbst kann danach nur durch präventive Zwecke gerechtfertigt werden. Schuld und Prävention stehen danach im Verhältnis wechselseitiger Begrenzung.[91]

C. Schlussbetrachtung

Der hier versuchte Überblick wollte sich auf die beiden juristischen Kernfragen des Themas beschränken, die Darstellung blieb deshalb notwendig lückenhaft. Ob man eine Fiktion der Willensfreiheit für notwendig hält, ist abhängig davon, welchen Standpunkt man in der Diskussion um das Bestehen der Willensfreiheit einnimmt. Geht man aber von der Notwendigkeit einer Fiktion aus, so muss sich auch das Grundverständnis des Strafrechts ändern. Fingiert man nämlich die Voraussetzungen der Schuld, dann kann eine Verurteilung kein Vorwurf, kein staatliches Werturteil mehr sein.[92]

---

[81] So auch *Detlefsen* (Fn. 16), S. 109.

[82] Eine Strafbegründung durch das Prinzip des Schuldausgleichs verstößt darüber hinaus gegen das der Demokratie zugrundeliegende staatsvertragliche Denkmodell: Die „Verwirklichung von Ideen“ gehört nicht zum dem Staat übertragenen Aufgabenkreis, siehe nur *Roxin*, ZStW 1984, 641 (645); menschliche Schuld durch Übelzufügung auszugleichen sei dem Menschen nicht möglich, ders. SchwZStR 1987, 356 (371); die Strafe sei auch schon deshalb nicht mit dem Verbrechen aufrechenbar, weil sie gerecht sei, *Pauen* (Fn. 13), S. 60.

[83] Vgl. *Roxin* (Fn. 2), § 3 Rn. 55.

[84] Vgl. *Roxin*, ZStW 1984, 641 (639, 645).

[85] Vgl. BVerfGE 6, 389 (439); 45, 187 (228).

[86] BVerfGE 20, 323 (331).

[87] Diesem Gedankengang folgend auch BVerfGE 25, 269 (285): Es *sei* ein *rechtsstaatlicher* Grundsatz, dass keine Strafe ohne Schuld verwirkt werde. Dieser *wurzele* „in der in Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG verfassungskräftig geschützten Würde und der Eigenverantwortlichkeit des Menschen“.

[88] **A.A.** *Detlefsen* (Fn. 16), S. 108.

[89] Vgl. *Roxin*, ZStW 1984, 639; *Weber* (Fn. 75), § 3 Rn. 54.

[90] Dieser lag insbesondere die Erfahrung des Nationalsozialismus zugrunde, unter welchem der Täter zum Objekt der Verbrechensbekämpfung gemacht, der Prävention also unbedingter Vorrang eingeräumt wurde, vgl. *Stratenwerth* (Fn. 65), S. 8; *Lackner*, in: FS Kleinknecht, 1985, S. 245 (246-248).

[91] *Roxin*, ZStW 1984, 641 (654-655).

[92] So auch *Tiemeyer*, GA 1986, 203 (227); *Roxin*, SchwZStR 1987, 356 (371); *Maurach/Zipf* (Fn. 8), § 36 Rn. 7.

Streitgespräch

Das transatlantische Freihandelsabkommen: Wachstumsmotor oder Neoliberalisierungsagenda?

Es diskutierten Professor Dr. Gabriel Felbermayr (Inhaber der CESifo Professur für Volkswirtschaftslehre an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Autor einer im Auftrag des BMWi entstandenen Studie über die Auswirkungen eines transatlantischen Freihandelsabkommens), Professor Dr. Peter-Tobias Stoll (Inhaber des Lehrstuhls für Internationales Wirtschaftsrecht und Umweltrecht an der Georg-August-Universität Göttingen) und Jürgen Knirsch (Globalisierungsexperte und Campaigner für Greenpeace). Die Moderation übernahm RiLG Dr. Sebastian Puth (Dozent für WTO-Recht an der Bucerius Law School).

Puth: Ich möchte Sie herzlich begrüßen zu diesem Streitgespräch, das unter der Überschrift steht „Das transatlantische Freihandelsabkommen – Wachstumsmotor oder Neoliberalisierungsagenda?". Um gleich bei den Begrifflichkeiten zu beginnen: Als Abkürzung haben wir TTIP, die offizielle Bezeichnung, Transatlantic Trade and Investment Partnership. Es ist jetzt von einer Partnerschaft die Rede. Nicht mehr wie zu Be-ginn noch von der TAFTA, Transatlantic Free Trade Agreement. Von dieser Bezeichnung ist man wieder abgekommen. Ich denke, die Ähnlichkeit zu der vorhandenen NAFTA, mit der nicht alle wirklich zufrieden sind, die irgendwie damit zu tun haben, mag ihren Teil dazu beigetragen haben, dass man zu anderen Begrifflichkeiten gekommen ist.

Wie Sie vielleicht verfolgt haben, ist nach erfolgreichen Auftaktgesprächen im Juli dieses Jahres in Washington der weitere Verlauf der Verhandlungen etwas ins Stocken geraten, und zwar wurde im Zuge der Haushaltsauseinandersetzung in den Vereinigten Staaten die zweite Verhandlungsrunde durch die US-Regierung, die jetzt vom 7. Oktober an in Brüssel stattfinden sollte, abgesagt. Vielleicht ein guter Zeitpunkt, um sich das Projekt noch einmal kritisch anzusehen, was wir im Rahmen dieser Veranstaltung vorhaben, und die eine oder andere Dimension davon zu beleuchten. So viel zur Einleitung, damit Sie wissen, worum wir uns hier heute streiten werden – wenn es denn zum Streit kommt.

Ich möchte mit der ökonomischen Dimension beginnen. Das wird Sie nicht wirklich verwundern; darum geht es. Die beteiligten Akteure sind ja schon heute ganz weitgehend verflochten. Ich habe einmal zwei Zahlen herausgegriffen, um das etwas handhabbarer zu machen: Schon heute werden jeden Tag Waren und Dienstleistungen im Wert von rund zwei Milliarden Euro zwischen den Vereinigten Staaten und der EU ausgetauscht, das ist die Zahl Eins. Die Zahl Zwei beschäftigt sich mit den Investitionen. Der Wert der wechselseitigen Investitionen belief sich im Jahr 2011 auf rund 2,7 Billionen Euro in dem Verhältnis EU – Vereinigte Staaten. Das, meine ich, macht schon deutlich, wie weitgehend die Bereiche schon verflochten sind, sodass sich die Frage unmittelbar aufdrängt: „Geht es denn noch besser?" Und mit dieser Frage möchte ich mich gerne *Herrn Felbermayr* zunächst zuwenden. Sie haben die möglichen Effekte untersucht und das Wort möchte ich Ihnen gerne erteilen.

Felbermayr: Danke Ihnen. Ich danke auch für die Einladung, hierher zu kommen. Geht es noch besser? Die Antwort ist: Ja, es geht noch besser. Die Zahlen, die genannt worden sind, sind gigantisch, das ist keine Frage. Hinter den Handelsvolumina, die wir aber so kennen aus den öffentlichen Statistiken, stecken aber auch jede Menge Doppelbuchungen. Wenn Sie sich den deutschen Handel mit den USA angucken, da stecken z.B. Zwischenprodukte drinnen, die aus Osteuropa kommen oder die aus China kommen, die werden auch als Exporte Deutschlands in die EU verbucht, sodass man – wenn man sich die Zahlen nicht in diesen platten Statistiken anguckt, sondern nachdenkt, was eigentlich der Wertschöpfungsgehalt dieser Exporte in die USA ist, und das muss man, vor allem wenn man das mit dem Bruttoinlandsprodukt dann vergleicht – darauf kommt, dass es eine deutlich kleinere Zahl ist. Also größenordnungsmäßig 30% des Welthandels findet zwischen EU und USA statt, aber wenn man auf Wertschöpfung absieht, dann reden wir eher von 20%-25%. Gleichzeitig aber haben diese beiden großen Blöcke USA und Europa ungefähr 45% des Welt-BIP in Dollar gerechnet. Von Kaufkraftparitäten haben Sie vielleicht eher Zahlen von 40 %, aber das ist auch nicht die wichtige Statistik. Aber wenn man sich theoretisch Gedanken macht „Was ist da noch drinnen?", sagen die meisten Handelsmodelle, wir sollten so viel Handelsanteile haben zwischen zwei Regionen wie diese Regionen einen Anteil des Welt-BIP auf sich vereinen, also statt 20-22% Wertschöpfungsanteil sollten wir sehen, dass es eher an die 40-45 % geht. Und da sehen Sie auch das Delta, das uns die Potentiale ausleuchtet.

Was hindert denn die beiden großen Wirtschaftsmächte, heute schon mehr Handel miteinander zu treiben? Die Zölle sind es nicht, so wie es gesagt wurde. Die Zölle sind im Durchschnitt, je nachdem, wie man gewichtet und wie man das genau ansieht, zwischen 2% und 3%. Die Zölle sind also nicht die große Hürde. Es gibt ein paar Zollspitzen, und Zollspitzen an sich sind schädlich. Wenn man die Zölle angleichen würde über einzelne Produkte hinweg oder sie ganz absenken würde, wären da schon ganz erhebliche Wohlfahrtseffekte drin. Aber das Gros des Handelshemmnisse sind entweder natürliche Handelsbarrieren wie z.B. Distanz, wie die unterschiedlichen kulturellen Systeme, in denen wir leben, die Sprache, auch rechtliche Unterschiede, die einfach existieren; oder zweitens das, was bezeichnet wird als nichttarifäre Maßnahmen, non-tariff measures. Und dahinter verbirgt sich eine gewaltige Anzahl an ganz verschiedenen Maßnahmen, die existieren meistens mit einem guten Grund, z.B. der Verbraucher, Schutz der Umwelt usw., die aber letztlich auch einen protektionistischen Effekt haben können.

Um mal ein Beispiel zu nennen: In der Automobilbranche gibt es unterschiedliche Vorschriften und unterschiedliche Standards, wie Autos auszusehen haben, wie sie konstruiert werden müssen. Das sind Lächerlichkeiten wie die Farbe der Abblinklichter, ob die gelb oder rot sein müssen. Oder Dinge, in welcher Höhe, in welchem Abstand zum Boden die Bremsleuchten angebracht werden müssen. Jeder, der das liest, denkt, mein Gott, das kann doch nicht so schwierig sein.

Aber diese Liste hat kein Ende. Da geht es um Millionen solcher Kleinigkeiten, die sich addieren und die dann dazu führen, dass deutsche Automobilhersteller die Heckpartie eines Autos zweimal entwickeln müssen, einmal für den europäischen Markt und einmal für den amerikanischen Markt. Das verdoppelt dort die Kosten. Das führt dazu, dass wir z.B. in Europa manche Modelle, die Sie vielleicht in den USA im Urlaub gesehen haben, bei uns nicht kaufen können, weil sie bei uns nicht so ohne weiteres zugelassen würden. Das würde höhere Kosten verursachen bei den amerikanischen Automobilherstellern und umgekehrt.

Die Frage ist jetzt natürlich, von diesem gewaltigen Dschungel an nicht-tarifären Hürden, die da existieren, was ist davon überhaupt politisch angreifbar? Was kann man da absenken? Und da beginnt dann schon eine gewisse methodische Debatte. Wie soll man das machen? Die Kommission hat eine Studie in Auftrag gegeben, da wurde wirklich dieser ganze Dschungel durchforstet. Und für jedes Item, das man da hat, wurde gefragt: Wie viel trauen wir denn dem *Michael Foreman* und dem *Karel De Gucht*, die da miteinander verhandeln, zu, dass sie absenken. Das ist ein Weg. Wir haben es anders gemacht. Wir haben uns gefragt: Was ist denn das Potential dieser Absenkung dieses sehr komplexen Kostenbereichs, wenn wir angucken, was andere tiefe Abkommen geleistet haben. Es gibt ja schon welche. Das ungeliebte NAFTA ist ein Beispiel, der Europäische Binnenmarkt ist auch ein Beispiel. Die USA hat ein Abkommen z.B. mit Israel, das auch ein tiefes Abkommen ist, usw. Wir haben Beispiele und man kann das heutzutage ökonometrisch untersuchen. Und was wir finden, ist, dass die Gesamtzahl der Kosten, die heute noch neben den Zöllen auf dem transatlantischen Handel liegen, ungefähr 40% des Produktionswertes ausmachen., Das ist eine große Zahl. Sie enthält aber auch wirklich alle Kostenbelastungen. Und davon lassen sich 15 Prozentpunkte potentiell durch ein solches Abkommen aus der Welt schaffen. Und das ist eine ganze Menge. Wie viel von dieser Menge realistisch ist, das weiß ich nicht. Unser Job ist es, für den deutschen Steuerzahler die Potentiale aufzuzeigen. Und was dann verhandelt wird, muss gegen diese Potentiale verglichen werden. Dann kann man sagen, ob es ein Erfolg war oder kein Erfolg.

Wenn man absenkt, was sind die Effekte? Im besten Fall, wenn sie die 15% nicht-tarifäre Kosten wegbekommen und 2-3% Zölle abschaffen, dann sehen wir gemäß unseren Modellrechnungen für Deutschland einen Zuwachs des realen Pro-Kopf-Einkommens von 4,7% in der langen Frist. Das dauert ungefähr 15 Jahre, bis diese 4,7% sich wirklich auch materialisiert haben werden. Und wenn man sich das in Jahreswachstumsraten überlegt, dann sind es ungefähr 0,3 % mehr Wachstum mehr pro Jahr für die nächsten 15 Jahre, die wir aus einem solchen Abkommen ziehen können. Was bedeutet das für die Jobs? Wir haben uns angeguckt, wie viel Reduktion der Arbeitslosigkeit stattfinden kann, und kommen auf Zahlen zwischen 150.000 und 200.000 Arbeitsplätze – neugeschaffen aufgrund dieser abgesenkten Handelskosten in Deutschland. Es gibt natürlich auch negative Seiten dieses Abkommens, es ist nicht alles wunderbar. Wenn ich über Effekte spreche mit der Größenordnung 4,7 % und 200.000 Arbeitsplätze mehr, dann spreche ich über die lange Frist. Über die kurze Frist wissen wir, dass Handelsliberalisierungsschocks zu einer Restrukturierung von Industrien führen, typischerweise. Das hat man auch beim NAFTA-Fall gesehen beispielsweise. Das ist der Grund, warum NAFTA nicht so beliebt ist – noch nicht, hoffentlich –, weil es den Wettbewerb natürlich verstärkt.

Wenn man sich die Automobilbranche wieder anschaut, beispielsweise die Zulieferer: In Deutschland agieren sie jetzt unter dem Schutzwall diverser Vorschriften, auch Zölle, die erheblich sind, die sie vor dem Wettbewerb amerikanischer Zulieferer schützen. Und wenn diese Barrieren wegfallen, dann gehen wir davon aus, dass es für die weniger wettbewerbsfähigen Firmen im Zulieferbereich schwierig wird. Die verlieren Marktanteil. Dort wird Beschäftigung abgebaut. Gleichzeitig aber sind die wettbewerbsfähigeren deutschen Zulieferer in der Lage, ihre Marktanteile in den USA auszubauen und – was aus meiner Sicht besonders interessant ist – es sind gerade Firmen im mittleren Bereich, die von einer Liberalisierung im nicht-tarifären Bereich profitieren, weil alles darauf hindeutet, dass diese nicht-tarifären Barrieren fixe Kosten darstellen für die Unternehmen. D.h. das Unternehmen muss sich fragen: Sind eigentlich die im Ausland zu erzielenden Deckungsbeiträge groß genug, dass ich die fixen Kosten dieses Markteintritts leisten kann. Und wenn jetzt ein mittelständisches Unternehmen, das ein wettbewerbsfähiges Produkt hat, davon ausgehen muss, dass es nicht genug Umsatz hat, um die fixen Kosten abzudecken, dann kann es sein, dass ein Absenken dieser fixen Kosten dazu führt, dass plötzlich der Markteintritt in den USA für diese Unternehmen möglich wird. Also wir sehen, wenn wir uns die Unternehmensverteilung ansehen, die Vorteile bei den mittleren Firmen.

Ja, zu diesem Thema ließe sich noch sehr viel sagen. Vielleicht kommen wir in der weiteren Folge des Gesprächs noch darauf zu sprechen. Eine Sache, die mir interessant erscheint, die in der Debatte bisher ziemlich unterbeleuchtet ist: Wenn Sie sich die Studie der Kommission angucken, dann wird Europa als ein Block betrachtet. Mit denselben Methoden, mit denen wir nachsehen können, wie hoch die Handelskosten zwischen der EU und den USA sind, können wir aber auch nachsehen: Wie hoch sind denn eigentlich die Handelsbarrieren in Europa? Und die sind nicht wirklich viel niedriger. Sie sind niedriger, aber wir reden noch immer von erheblichen Friktionen innerhalb Europas. Und dann stellt sich natürlich die Frage: Wie sind denn die einzelnen Länder in Europa betroffen von einem solchen Abkommen; wie sind zum Beispiel Griechenland oder Portugal betroffen, die gerade in der Krise sind? Und da gibt es eine gute und eine schlechte Nachricht. Die gute Nachricht ist, dass tendenziell Länder mit kleinen Binnenmärkten von diesem Abkommen besonders profitieren werden. Da gehören Griechenland und Portugal dazu, und Irland. Das sind Länder, die einen besonderen Nutzen aus dem Außenhandel ziehen, weil ihr Binnenmarkt so klein ist. Gleichzeitig aber ist für diese Länder auch festzuhalten, dass der Anpassungsbedarf durch einen solchen – ich sage mal –„Globalisierungsschub" besonders hoch ist. Und wenn Sie sich jetzt die Arbeitsmarktsituation zum Beispiel in Portugal ansehen, so muss man skeptisch sein, was die kurze Frist angeht. Dort kann TTIP sehr wohl, jedenfalls innerhalb der kurzen Frist, zu einer Verschärfung der jetzt schon angespannten Situation führen, gleichzeitig aber auch natürlich zu einem Anreiz, die Reformen weiter zu treiben. Denn wenn diese Länder wett-

bewerbsfähig werden, auf den Weltmärkten erfolgreich sein werden – man kann ja nur hoffen, dass das in absehbarer Zeit passiert –, dann hilft der Zugang zu diesem großen, reichen Markt Amerika, um die wiedergewonnene Wettbewerbsfähigkeit auch richtig in Jobs und Wachstum ummünzen zu können.

Puth: Ich nehme also mit: Die Musik spielt bei den non-tariff measures, insbesondere bei den technischen Vorschriften und Normen im Eigentlichen, die dem Handel entgegenstehen mögen. Nun erschöpfen sich diese ja nicht alle in der Gestaltung von rückwärtigen Partien von Pkw oder ähnlichen Dingen, die uns weitgehend unberührt lassen in unserer täglichen Lebensführung. Wir haben ja auch ganz viele, sehr empfindlich wirkende technische Vorschriften. Wenn man mal an die Streitigkeiten um hormonbehandeltes Rindfleisch denkt oder an den Einsatz von gentechnisch veränderten Organismen in der Nahrungskette, so mögen ja zwischen den Partnern in einigen sensiblen Bereichen so weitreichende Unterschiede bestehen, dass wir möglicherweise Gefahr laufen, den hohen europäischen Schutzstandard zu verlieren. Da wird in der Diskussion häufig auf das europäische Vorsorgeprinzip Bezug genommen. *Herr Stoll*, wie sehen Sie diese Diskussion? Sehen Sie dieses Prinzip grundsätzlich in Gefahr? Welche Bedeutung hat es? Bitteschön.

Stoll: Ja, ganz herzlichen Dank. Ich möchte mich auch an dieser Stelle für die Einladung bedanken und für die Chance, hier sein zu können und etwas zu diesem wichtigen Thema zu sagen.

Unter „Vorsorgeprinzip" verstehen wir allgemein – mit einer Reihe von Details, die hier nichts zur Sache tun – das Prinzip, dass eine Regierung in Fällen, in denen eine Gefahr für die Umwelt oder für die Menschen droht, schon Maßnahmen ergreifen kann und eigentlich auch soll, auch im Vorfeld einer abgeschlossenen wissenschaftlichen Bewertung. Das soll heißen, dass Maßnahmen auch ergriffen werden können, wenn man einen Verdacht hat, dass beispielsweise eine Chemikalie eine gesundheitsschädliche Wirkung hat – nehmen wir zum Beispiel Asbest –, oder dass zum Beispiel die Wachstumshormonbehandlung von Kälbern in den USA mit den möglichen Resten dieses Wachstumshormons im Rindfleisch, das dann nach Europa importiert wird, dazu führt, dass der europäische Verbraucher dieses Hormon möglicherweise mit dem Genuss des Fleisches zu sich nimmt und dadurch Gesundheitsschäden erleidet. Man sollte dazu sagen: Das Vorsorgeprinzip ist eigentlich eine deutsche Erfindung; es wurde dann europäisiert, im Wesentlichen durch die Umweltpolitik, und seit 1992 finden wir es auch als Bestandteil großer internationaler Dokumente über die Politikbereiche Umweltpolitik und nachhaltige Entwicklung. Die Schlusserklärung der Konferenz der Vereinten Nationen für Umwelt und Entwicklung, die berühmte Rio-Konferenz enthält dieses Vorsorgeprinzip, genauso wie die wohlbekannte Klimarahmenkonvention und zum Beispiel die Konvention über die biologische Vielfalt. Also das internationale Umweltrecht enthält diesen Grundsatz der Vorsorge. Nun finden wir diesen Vorsorgebegriff nicht ohne weiteres in den ganzen Regularien der Weltwirtschaft. Die WTO enthält zwar einen Hinweis auf das Prinzip der Nachhaltigkeit und wir finden eine Annäherung daran in dem sogenannten SBS-Abkommen, aber das ist vielleicht ein bisschen zu sehr im Detail. Aber das Problem, das oft bezeichnet wird als ein Problem zwischen Handel und Umwelt, das besteht tatsächlich, weil viele der internationalen Handelsregeln, die wir schon haben oder die jetzt gerade verhandelt werden, möglicherweise diesen Vorsorgegedanken nicht in der Form aufnehmen, wie wir in Europa darüber denken. Und das liegt daran, dass es einen Kulturunterschied gibt.

Dieses Vorsorgeprinzip ist insbesondere in Nordamerika, in Kanada wie in den USA, nicht so verbreitet. Das heißt jetzt nicht, dass es dort nicht andere Prinzipien geben kann oder andere Argumente, um auch einen wirksamen Verbraucherschutz oder Umweltschutz zu betreiben. Aber an dieser Stelle besteht ein wirklicher Unterschied, und diesen Unterschied können wir immer wieder an Handelskriegen über den Atlantik feststellen. Das eine Beispiel ist Asbest, daran war Kanada beteiligt; das zweite große Beispiel ist die Frage des Hormonfleisches. Eine andere große Frage ist gentechnisch verändertes Pflanzenmaterial, hauptsächlich für die Landwirtschaft, aber auch für andere Bereiche; eine andere Sache ist die Behandlung von Hühnerfleisch durch Chlor; und die Liste ließe sich eigentlich noch fortsetzen. Um an das, was *Herr Felbermayr* gesagt hat, anzuschließen: Es ist eben ein Problem, wenn wir in Bereiche kommen, wo unsere unterschiedlichen Standards jetzt nicht nur zufällig oder aus historischen Gründen anders sind, sondern wo sie solche politischen Kulturunterschiede repräsentieren. Da ist es dann natürlich relativ schwer, zu einer Einigung zu kommen, und da wäre abzusehen, dass es einen Konflikt gibt zwischen den beiden Vertragsparteien. Entweder lassen sie diese Ebene dann ganz außer Betracht in den Abkommen – das ist aber nicht unendlich möglich; aus einer Reihe von Gründen kann man nicht alle diese Streitfälle ausklammern – oder dann stellt sich die Frage: Setzt sich die europäische Position durch, die wir mit dem Wort „Vorsorgeprinzip" vielleicht ganz gut bezeichnen können, oder macht Europa in diesem Bereich dann Kompromisse?

Puth: Ich denke, *Herr Knirsch* wird dazu noch etwas sagen wollen, sodass ich gerne danach wieder zurückgebe.

Knirsch: Auch von meiner Seite einen schönen Abend und herzlichen Dank für die Einladung. Ich würde gern das ergänzen, was *Herr Stoll* gerade gesagt hat. Zunächst der Hinweis, dass das Vorsorgeprinzip auch in der europäischen Verfassung verankert ist, somit hat eigentlich die EU-Kommission den Auftrag, dieses Vorsorgeprinzip in allen Politikbereichen durchzusetzen. Wenn man die Kommissionsvertreter fragt: „Wie ist das mit den Chlorhähnchen, der Gentechnik und dem Hormonfleisch?", dann sagen sie: „Ganz ruhig bleiben, keine Panik. Ihr könnt ganz entspannt sein als Nichtregierungsorganisationen. Wir geben unsere Standards nicht auf."

Ist das so? Wir haben uns angeschaut, was die Lobby-Verbände auf der amerikanischen Seite für Forderungen gestellt haben. Sie werden heute von mir ein paar kritische Töne über die USA hören; es gibt aber auch Bereiche, wo man sie loben muss. Und wo man sie vor allem loben kann, ist die Tatsache, dass sie mit der Transparenz viel weiter sind als wir hier in Europa. Es gab vom US-Handelsbeauftragten, dem Handelsminister der USA, eine öffentliche Anhörung im Mai in Washington, auf der Verbände der Industrie und Nichtregierungsorganisationen ihre Statements abgeben und ihre Befürchtungen und Wünsche äußern konnten. Wir haben die im Internet verfügbaren Statements von knapp 30 US-

Industrieverbände untersucht, und in diesen kommen Aussagen vor wie: „Das Vorsorgeprinzip ist nicht wissenschaftlich fundiert; das muss gekippt werden," Es ist überraschend, dass sich diese Aussagen auch in der Wortwahl ziemlich deutlich wiederholen. So wird mehrfach darauf hingewiesen, das Vorsorgeprinzip würde nicht auf „sound science" beruhen, also auf irgendeiner abgesicherten Wissenschaft. Ich bin Biologe. Als ich studierte, gab es einen Begriff wie „sound science" nicht. Er ist 1993 von einer für den Tabakkonzern Philip Morris arbeitenden PR-Agentur in der Auseinandersetzung um das Gesundheitsrisiko des Passivrauchens in die Welt gesetzt worden. Jetzt greift man auch bei TTIP auf diesen PR-Kampfbegriff zurück und sagt: „Alles, was die EU macht bei Gentechnik, gegen Chlorhähnchen, oder gegen den Einsatz von Hormonen und andere Wachstumsbeschleuniger in der Fleischproduktion, das ist nicht wissenschaftlich abgesichert." Also: wir haben diese Standards, wir haben diese Gesetzgebung, wir haben die Aussage der Kommission, sie nicht aufs Spiel zu setzen, aber wir haben auch deutlich formulierte wirtschaftliche Interessen in den USA, das Vorsorgeprinzip zu kippen.

Und dann passierte noch etwas Interessantes: Der US-Ausschuss für Landwirtschaft, Wissenschaft und Technik, CAST abgekürzt, hat im Juni, kurz nachdem die Kommission das Mandat für die Verhandlungen gegeben hatte, eine Studie zum Vorsorgeprinzip herausgegeben. Dass CAST zu dem Thema publiziert, ist an sich nichts Unübliches, aber der Zeitpunkt überrascht schon, denn die Jahre vorher gab es keine derartige CAST-Studie. Die CAST-Studie ist sehr interessant: Auf der einen Seite sagt sie: „Ja, das Vorsorgeprinzip ist eigentlich eine gute Idee." Und auf der anderen Seite behauptet sie: „Aber diese Idee ist gescheitert, denn es gibt unterschiedliche Definitionen, was Vorsorge ist, es ist alles nicht wissenschaftlich eindeutig fassbar. Millionen von Menschen sterben an Hunger, weil das Vorsorgeprinzip durch die EU angewandt wird, weil man ihnen Gentechnik vorenthält oder weil sie gewisse andere Fortschritte in der landwirtschaftlichen Produktion nicht bekommen." Nun kann man durchaus am Vorsorgeprinzip Kritik haben. Man könnte nun also sagen: „Okay, lasst uns doch am Vorsorgeprinzip arbeiten, es weiterentwickeln, die vielleicht fehlenden methodischen Standards einbauen." Das will die US-Seite aber gar nicht, sondern sie verweist lieber auf das Goldlöckchen-Prinzip. Vielleicht kennen einige das amerikanische Märchen von Goldlöckchen und den drei Bären. Ein kleines, hungriges und müdes Mädchen geht in ein Haus, in dem drei Bären leben. Der eine hat ein enges Zimmer und liebt sehr scharfes Essen, der andere hat ein großes Zimmer und bevorzugt eher mildere Kost, und der dritte hat ein Zimmer von der richtigen Größe für das Mädchen und kocht auch so, wie es dem Mädchen schmeckt. Er repräsentiert also die goldene Mitte. Aber: Ist ein Goldlöckchen-Prinzip etwas, das wissenschaftlich basiert ist? Das bezweifele ich.

Es gibt also einen deutlichen Angriff auf das Vorsorgeprinzip der EU. Aus meinen Erfahrungen des Verhaltens der EU-Kommission in WTO-Verhandlungsprozessen habe ich meine Zweifel, ob die Kommission ihre Ankündigungen auch immer einhält. Am Ende der TTIP-Verhandlungen werden ja alle Verhandlungsthemen parallel abgeschlossen. Es gibt das Single Undertaking genannte Verfahren, dass nicht einzelne Punkte nacheinander - sondern in der Schlussrunde gemeinsam abgehandelt werden. Und dann ist eben die Frage, ob man Autoschlusslichter gegen Chlorhähnchen tauscht oder nicht. Ich bin mir nicht sicher, ob die EU-Kommission immer so standhaft bleiben wird, wie sie jetzt vorgibt. Danke.

Puth: Ja, vielen Dank. Ich glaube tatsächlich, dass es zum Schwur kommen wird, wenn man einzelne umstrittene Standards aushandeln wird, wenn es also nicht gelingt, diese en bloc auszuschließen, wie Sie, *Herr Stoll*, gerade gesagt haben, Prinzipienbezeichnung hin oder her. Ich möchte diesen Bereich jetzt zur Seite stellen und die Diskussion auf den zweiten Teil im Namen „Freihandels- und Investitions-Übereinkommen" lenken, sprich also auf den Investitionsschutz. Da ich mir vorstellen kann, dass der ein- oder andere unter den Zuhörern damit nicht allzu viel anfangen kann, was es denn in rechtlicher Hinsicht damit auf sich hat, würde ich *Herrn Stoll* gerne bitten, uns dazu eine Einführung zu geben. Welche Bedeutung hat der Investitionsschutz im Völkerrecht?

Stoll: Ja, herzlichen Dank. Sie haben gelesen: Dieses neue Freihandelsabkommen oder dieses Projekt heißt TTIP, da steckt Transatlantic Trade and Investment Partnership dahinter. Investment ist für den international tätigen Juristen eine zweite Ebene neben dem Handel. Wir haben auf der ganzen Welt ein System von Investitionsschutz, was in seinen Ursprüngen auf dem Völkergewohnheitsrecht beruht, wo es schon ganz alte Regeln gibt. Da will man zunächst, dass man Fremden im eigenen Land nicht ihr Eigentum wegnehmen soll, aber seit etwa Ende der 50er, Anfang der 60er Jahre hat man dieses System perfektioniert. Man hat Verträge geschlossen zwischen den einzelnen Ländern, die eigentlich im Wesentlichen nur drei große Punkte haben. Der erste ist: Man soll das Eigentum von ausländischen Investoren im Land schützen, und wenn man es enteignet, dann soll man ihnen dafür eine Entschädigung zahlen. Diese Entschädigung soll, das wird im Einzelnen dann ausgeführt, äquivalent sein, sofort gezahlt werden und in einer Form gezahlt werden, dass sie wirklich als Entschädigung dienen kann. Daneben gibt es eine Reihe von anderen Standards. Man soll Investoren fair und gerecht behandeln; das ist ein weiterer Standard, den man in diesen Investitionsschutzabkommen findet.

Und der dritte Punkt ist sehr wichtig: Es gibt unter der Weltbank so eine Art Schiedsinstitution, die eine ganz einzigartige Konstellation ermöglicht, nämlich dass eine Privatperson, ein Investor, vor einem internationalen Schiedsgericht gegen den Gaststaat, in dem seine Investition belegen ist, klagt auf Kompensation für eine erlittene Enteignung oder für eine unfaire Behandlung, die ihm einen Nachteil gebracht hat. Das ist übrigens ein System, das sehr stark in Deutschland entwickelt worden ist, interessant auch warum: Wahrscheinlich, weil Deutschland diplomatisch nicht so stark ist, dass es seine Unternehmen auf der ganzen Welt in anderer Form schützen kann. Und so ein Erfolg ist dieses System, dass wir heute auf der ganzen Welt in etwa zweieinhalbtausend von diesen Verträgen haben. Früher waren sie gedacht als Exportschutz und Investitionsschutz eines Industrielandes gegenüber Entwicklungsländern. Darum war wahrscheinlich früher auch die Weltbank beteiligt, weil viele große Investitionsförderungen der Weltbank infrage standen dadurch, dass es in vielen Entwicklungsländern viele Enteignungen gegeben hatte und man deswegen diese Regelungen beförderte.

Aber inzwischen wird dieses Modell des Investitionsschutzes auch zwischen Industrieländern und nebenbei auch zwischen Mitgliedstaaten der Europäischen Union angewendet. Ein Grund dafür ist vielleicht die sog. europäische Energiecharta, ein großer Vertrag, der in Europa dafür sorgt, dass die Energiemärkte liberalisiert werden und frei und effizient funktionieren können. Denn dazu gehörte auch der Investitionsschutz, also finden sich entsprechende Regeln und ein entsprechender Verweis auf die Schiedsgerichtsbarkeit in diesem Vertrag. Das ist eine neue Entwicklung. Die andere, neuere Entwicklung ist auch ein Beispiel dafür, wie wir den Investitionsschutz zwischen Industrieländern angesiedelt finden: Die Nordamerikanische Freihandelszone, ein Dreierbündnis zwischen Kanada, den USA und Mexiko, das schon eine ganze Reihe von Jahren existiert, und in dem wir auch eine Mischung haben zwischen Handelsregelungen und einem Schutz der Investitionen. Und dieser sog. NAFTA-Vertrag dient wahrscheinlich auch ein bisschen als Vorbild für das, was jetzt zwischen den USA und der Europäischen Union vereinbart werden soll und, diese Fußnote sei erlaubt, das, was vor einigen Tagen beschlossen worden ist zwischen Kanada und der Europäischen Union, nämlich jeweils ein Freihandelsvertrag, der sowohl Handelsbestimmungen enthält als auch diesen Investitionsschutz.

Nun, warum ist das Ganze heute so problematisch? Nachdem Deutschland dieses Vertragsmodell eines Investitionsschutzabkommens in die Welt gesetzt hatte, der berühmte Vertrag Deutschland-Pakistan 1958, hat sich irgendwann die Welt geändert, es waren nicht nur Industrieländer, die mit Entwicklungsländern solche Verträge schlossen, um dort die Investitionsbedingungen und den Investitionsschutz zu fördern, sondern es gab eben diese Verträge zwischen verschiedenen Industriestaaten, unter anderem wegen der schon erwähnten europäischen Energiecharta, in der solche Investitionsschutzregeln drinstehen. Und wie sie vielleicht aus der Presse wissen, hat dies dazu geführt, dass jetzt in einem zweiten, aber sehr großen Fall aufgrund des zweiten Atomausstiegs nach Fukushima ein großes schwedisches Energieunternehmen, das in Deutschland mehrfach tätig ist, die Belastung aufgrund der Nach-Fukushima-Regelung versteht als Enteignung oder zumindest als unfaire oder ungerechte Behandlung und deswegen die Einsetzung eines Schiedsgerichts gegen die Bundesrepublik Deutschland angestrebt hat, in dem es um erhebliche Summen geht, die im Milliardenbereich liegen.

Gerade dieser Fall – und es gab einen ähnlichen Fall wegen des gleichen Unternehmens wegen eines Kraftwerkes hier in Hamburg, das Hamburg dann kleiner genehmigt hatte, als es ursprünglich zugesagt worden war – hat in Deutschland, dem Pionierland des Investitionsschutzes, zu einem Umdenken geführt, wo man sagt, ein solcher isolierter Schutz von Investitionen, der sehr weit geht und indirekte Investitionen und Ähnliches miteinbezieht, der nicht kontextualisiert ist in der Rechtsordnung, der eine riesige Privilegierung von ausländischen Investoren bedeutet, der ist eigentlich nicht mehr so ganz angemessen und darum gibt es, *Herr Knirsch* hat mir das bestätigt, sehr vorsichtige Positionen von Leuten in Deutschland im Hinblick auf dieses Investitionsrechtskapitel für das neue EU-USA-Freihandelsabkommen, weil man sagt, „Diese Vorschriften gehen uns zu weit!“ Weil die Begrifflichkeiten eben wenig präzisiert sind kann der Investitionsschutz dazu führen, dass ein Staat, der legitime und rationale Regelungen im Bereich von Umwelt, Verbraucherschutz, Energiepolitik trifft, dann auf einmal ausländische Investoren kompensieren muss, die geltend machen können, dass sie dadurch einen Schaden erlitten haben.

Knirsch: Ich würde das gerne ergänzen. Einmal möchte ich, was *Herr Stoll* schon angedeutet hat, konkretisieren. Wir sind hier in Hamburg. Wenn der schwedische Konzern Vattenfall in der Auseinandersetzung um Moorburg seine Forderungen durchgesetzt hätte, hätte er 20% des finanziellen Volumens des Hamburger Haushalts als Kompensation bekommen. Vattenfall versucht ja, das Kohlekraftwerk Hamburg-Moorburg zu betreiben. Das ist noch im Probelauf und noch nicht richtig ans Netz gegangen. Um dieses Kraftwerk gab es über Jahre Auseinandersetzungen, die bis heute andauern. Als wir in Hamburg 2008 eine schwarz-grüne Regierung bekamen, gab es Bestrebungen, die Umweltauflagen für das Kraftwerk strenger zu fassen. Aber auch die zuvor allein regierende CDU hatte bereits angesichts der Klimadebatte die Auflagen für das Kraftwerk angehoben. Es ging vor allem um die Temperatur des Kühlwassers und um die Frage, wie stark die Elbe durch das Kraftwerk aufgeheizt werden darf. Gegen diese zusätzliche Umweltauflagen und die daraus resultierenden Verzögerungen bei der Inbetriebnahme der Anlage klagte Vattenfall im Frühjahr 2009 vor ICSID, dem bei der Weltbank angesiedelten Gremium für die Schlichtung von Investitionsstreitigkeiten.

Der schwedische Konzern forderte 1,4 Milliarden Euro Schadensersatz ein. In der Klageschrift wurde mit einer indirekten Enteignung argumentiert, weil durch die politischen und behördlichen Prozesse das Kraftwerk nicht so schnell gebaut werden konnte, wie Vattenfall es geplant hatte. Deshalb seien die Erwartungen am Gewinn geschwunden; außerdem fühlte sich das Unternehmen unfair und ungerecht behandelt. Der Konflikt führte dann auch in einem parallelen Verfahren im August 2010 zu einem Vergleich vor dem Oberverwaltungsgericht Hamburg, auf den das ICSID Streitschlichtungsgremium verwies und auf dessen Grundlage das ICSID-Verfahren eingestellt wurde. Aber es waren diese 1,4 Milliarden, mit denen Vattenfall gedroht hat, und das war wie gesagt 2009 etwa 20% des Hamburger Haushalts. Sie können sich ausrechnen, was 20% des Hamburger Haushalts bedeuten, wenn sie statt für Leistungen zugunsten der Bevölkerung an einen schwedischen Konzern bezahlt werden.

Wir haben versucht, zu diesem Verfahren Öffentlichkeit herzustellen. Diese ICSID-Verfahren laufen in der Regel so ab, dass drei ausgewählte Streitschlichter mit den Juristen der Parteien zusammensitzen und dann irgendwas aushandeln. Die Öffentlichkeit hat da weder Zutritt, noch wird sie über die Verhandlungen informiert. Diese laufen hinter verschlossenen Türen ab. Wir haben alles versucht, was es an rechtlichen Möglichkeiten zum Zugang zu Informationen gibt. Zunächst haben wir eine Beschwerde wegen der Missachtung der OECD-Leitsätze für transnationale Unternehmen eingelegt. Dann haben wir nach dem Umweltinformationsgesetz versucht, Informationen zu bekommen. Wir bemühten auch das Informationsfreiheitsgesetz, um Einsicht in die Verhandlungsdokumente zu erhalten. Alle unsere Anträge sind abgelehnt worden mit dem Argument, die Position der Bundesregierung würde Schaden nehmen, wenn diese Informationen öffentlich verfügbar wären. Wir haben dann

letztlich den Vergleich zwischen Vattenfall und der Stadt Hamburg vorm Oberverwaltungsgericht auch nur durch eine weitere Eingabe bekommen und mussten dann nach dessen Lektüre feststellen, dass tatsächlich die Umweltauflagen abgesenkt wurden.

Es gibt aber noch eine weitere, aktuell laufende gerichtliche Auseinandersetzung um Moorburg, an der die Kolleginnen und Kollegen vom Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND) beteiligt sind. Dann möchte ich gerne eine zweite Ausführung von *Herrn Stoll* ergänzen. Die betrifft die Position der Bundesregierung: *Herr Stoll* hat sie schön ausgeführt, die geschichtliche Dimension: Wir – also die Bundesrepublik Deutschland - waren die Ersten, die ein bilaterales Investitionsschutzsystem aufgebaut haben. Inzwischen gelten wir als Weltmeister mit rund 140 solcher bilateraler Verträge. Alle neueren Abkommen enthalten die Möglichkeit, dass ein Investor einen Gast-Staat verklagen kann - abgeschlossen mit dem Ziel, deutsche Investoren im Ausland zu schützen und ihnen diese Klagemöglichkeit zu geben. Und plötzlich ist die Position der Bundesregierung in dem TTIP-Kontext eine andere. Sie sagt: „Wir brauchen diese Klagemöglichkeit bei TTIP gar nicht. Wir brauchen keine Investor-gegen-Staat-Schiedsgerichtsverfahren, weil die EU und USA ja beide ein ausgefeiltes Rechtssystem haben." Denn der Investitionsschutz ist ja, so hat es *Herr Stoll* auch ausgeführt, für Investitionen in unsicheren Staaten gedacht gewesen. Bei TTIP gelten beide Verhandlungspartner aber als sichere Staaten, wobei man auch daran angesichts der jüngsten Entwicklungen seine Zweifel haben kann. Aber der Grund, warum die Bundesregierung eine Eingabe bei der Diskussion um das EU-Mandat gemacht hat, die sie aber nicht öffentlich zugibt, warum sie quasi das Mandat der Kommission dahingehend verändern wollte, dass bei TTIP nicht die Investor-Staat-Streitmöglichkeit enthalten ist, beruht auf einem Konflikt der Kompetenz. Es stellt sich nämlich die Frage, wer ist zuständig – die EU oder der Mitgliedsstaat. Die Bundesregierung verfügt über rund 140 bilaterale Verträge, nach dem Lissabon-Vertrag ist aber die EU-Kommission inzwischen für Investitionsabkommen zuständig. Nun ist strittig, ob die alten Verträge - und wie lange sie vor allem - noch gültig sind.

Ich war am 11. Oktober in Berlin auf einer internationalen Konferenz zu Internationalen Investitionsabkommen und dem Investor-gegen-Staaten-Klageverfahren. Auf dieser Konferenz hat der Vertreter des Wirtschaftsministeriums zu meiner großen Überraschung in der Debatte ausgeführt, die Bundesregierung sei von der EU-Kommission erpresst worden. Die Zustimmung Deutschlands für diese Option, dass das Klageverfahren in dem TTIP-Mandat der EU enthalten ist, wurde mit der Drohung erpresst, die rund 140 bilaterale Verträge Deutschlands in Frage zu stellen. Das erklärt die jetzige Position der Bundesregierung. Wir als Zivilgesellschaft freuen uns, dass die Regierung endlich mal in diesem Punkt eine ähnliche Position hat wie wir. Der Hintergrund ist nur halt: Es geht um das Kompetenzgewirr zwischen einzelnen Mitgliedsstaaten und der EU-Kommission und nicht um die Begrenzung der Macht von Konzernen.

Puth: Um diesen Ansatz des Investitionsschutzes doch noch etwas zu retten: Transaktionskosten werden dadurch wohl gespart, oder *Herr Felbermayr*? Wie würden Sie das ökonomisch bewerten?

Felbermayr: Aus ökonomischer Sicht gibt es gute Gründe, warum man solche Investitionsschutzabkommen haben sollte. Man kann sich auch letztlich die empirische Frage stellen: Wie viel an Direktinvestitionen hätten wir nicht, wenn es diese 140 Abkommen, die Deutschland unterhält, und viele andere, die es gibt, nicht gäbe? Dann stellt man fest, dass es deutlich weniger Flüsse von Investitionsmitteln von reichen Industriestaaten in Entwicklungsländer gäbe. Wenn man Investitionen mit diesen Mitteln fördern will, lässt sich empirisch zeigen, dass sie wirken. Sie wirken vor allem deswegen, weil sie Unsicherheit herausnehmen. Auch das ist ein Prinzip, wenn Sie sich die Investitionstheorie anschauen, was empirisch belegt ist. Je mehr Unsicherheit da ist, desto weniger wird investiert.

Ich bin ein bisschen in Sorge, wenn ich mir die Debatte ansehe, die wir gerade geführt haben. Wir haben über zwei Kraftwerke und einen schwedischen Energieproduzenten gesprochen. Ein bisschen kommt es mir vor, als würde man ein eigentlich gutes Prinzip infrage stellen. Gerade aus deutscher Perspektive – dieses Jahr 2013 wird nicht anders sein als die letzten 5-6 Jahre: Wir schicken ungefähr 7% unseres BIP ins Ausland, das wird dort angelegt. Das ist die Kehrseite des bekannten deutschen Leistungsbilanzüberschusses. Das sind also Forderungen, die wir akkumulieren gegenüber dem Ausland und diese Forderungen haben verschiedene Formen, aber sie haben auch häufig die Form deutscher Investitionen im Ausland. Und es ist für einen Staat wie unseren, der zunehmend demographisch unter Druck gerät, sehr wichtig, dass diese Investitionen abgesichert sind. Deswegen finde ich es gut, dass wir diese bilateralen Abkommen haben, und ich fände es doch einigermaßen *ad hoc*, wenn wir sagten, jetzt sind wir auf einmal selbst in der Bredouille und zwar aus guten Gründen, die Energiepolitik der Bundesregierungen war nicht ordnungspolitisch sauber, da gab es Brüche, diese Brüche sollten nicht stattfinden in einer gut geplanten Wirtschaftspolitik. Sie passieren nur eben und vielleicht ist es auch gut, dass sie passiert sind, aber daraus entstehen auch Kosten und ich denke, da muss man sich in Deutschland fragen, ob aufgrund der Einzelfälle, die aufgetaucht sind, man ein gutes Prinzip infrage stellen möchte. Was ich nicht verstehe, aber ich bin eben nicht Jurist, ist, warum man nicht Berufungsmöglichkeiten in diesen Verfahren hat. Ich verstehe auch nicht, warum sie geheim sein müssen und ich würde mir sehr wünschen, aber die Kommission hat das auch in ihrem Mandat, das haben die Regierungen Europas hineinschreiben lassen, dass diese Schiedsgerichte nur dann kommen sollen, wenn sichergestellt ist, dass sie unparteiisch sind und es genaue Regelungen gibt, wie diese Entscheidungen aussehen. Aber wie gesagt, als Nichtjurist habe ich da nichts beizutragen.

Knirsch: Ich bin da auf Ihrer Seite. Es gibt keine Berufungsmöglichkeiten; diese Verfahren finden wie gesagt hinter verschlossenen Türen statt. Werden sie vor ICSID geführt, dann weiß man zumindest, dass es sie gibt, und kennt im Nachhinein die Termine, weil diese Informationen auf der ICSID-Homepage einzusehen sind. Die Klageschriften und die Awards, also die Entscheidungen, sind in der Regel nicht verfügbar. Der Moorburg-Award wurde dann ausnahmsweise mal publik gemacht, aber vermutlich auch deshalb, weil kein Mensch ihn aus sich heraus versteht, denn er bezieht sich auf das Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht, und dessen

Vergleich müsste man dann wiederum kennen, um den ICSID-Spruch bewerten zu können

Aber es gibt eine interessante Entwicklung, die über die TTIP-Debatte hinausgeht. Wir haben die UNCTAD, das ist die UN-Konferenz für Handel und Entwicklung. UNCTAD eine alte UN-Struktur, die jedes Jahr einen Weltinvestitionsbericht herausgibt. Und in diesen Berichten hat UNCTAD in der Vergangenheit die Linie vertreten, die wir hier auch gerade gehört haben: Investitionen sind gut für Entwicklungsländer, aber müssen abgesichert sein. Aber wenn sie sich die neueren Publikationen von UNCTAD anschauen, dann sehen Sie einen Schwenk: UNCTAD fragt neuerdings nach dem tatsächlichem Nutzen der Investitionen für die Host-Länder. Das Problem ist, dass wir kein vernünftiges internationales Abkommen haben, das Investitionen regelt oder einen Rahmen dafür vorgibt. Das ist mehrfach versucht worden, Ende der 1990er Jahre bei der OECD, danach bei der WTO, aber wir haben nur die bilateralen Verträge und dann einige wenige multilaterale Verträge wie die Energy Charta mit Aussagen zur Streitschlichtung. Es gibt aber keine internationale Regelung.

UNCTAD hat jetzt ein Muster für eine derartige Regelung vorgelegt, auch mit Blick auf die nachhaltige Entwicklung der Host-Länder. Da geht es auch darum, wer letzten Endes davon profitiert: Hat die Bevölkerung in den Länder, in denen die Investitionen getätigt werden, tatsächlich etwas davon? Oder profitieren nur die Konzerne, die die Investitionen tätigen? Was die neue kritischere UNCTAD-Sicht befeuert hat, sind die Streitfälle zwischen Unternehmen und Staaten. Einmal der erwähnte Vattenfall-Streitfall um den Atomausstieg, dann die Streitfälle von Philip Morris gegen Etikettierungsauflagen für Zigarettenverpackungen in Uruguay und Australien. Plötzlich versuchen Konzerne, eine nationale Gesetzgebung indirekt zu unterlaufen und Kompensation zu erlangen. Und im Falle der Vattenfall-Klage haben wir eine interessante Parallelität: Einerseits das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, wo drei Energiekonzerne gegen den Atom-Ausstieg klagen, nämlich e.on, RWE und Vattenfall. Und andererseits klagt einer dieser drei, nämlich der ausländische Konzern Vattenfall, parallel vor ICSID. Da könnte ich jetzt auch sagen: Die deutschen Konzerne sind benachteiligt, da ihnen die ICSID-Möglichkeit gar nicht offensteht.

Es spricht nichts gegen eine Streitschlichtung, aber die Verfahren müssen transparent sein, es muss ein Berufungsmöglichkeit existieren und es sollte einen vernünftigen internationalen Rahmen dafür geben.

Puth: Vielen Dank. Ich sehe, dass wir da recht einhellig aufgestellt sind. Wir müssen das Thema ICSID jetzt leider zur Seite legen. Ich möchte noch einmal zu Ihnen, *Herr Knirsch*. Sie haben geschildert, wie offenbar in der Bundesregierung ein Umdenken stattgefunden hat. Wie einfach oder wie schwierig ist denn die Einflussnahme auf die Willensbildung der verhandlungsführenden Kommission? Sie waren in Brüssel und bringen unmittelbare eigene Einsichten mit.

Knirsch: Ich habe zu TTIP zwei Brüssel-Aufenthalte gehabt, die sehr unterschiedlich waren. Der erste war Dezember letzten Jahres, wo der europäische Sozialrat eine Veranstaltung gemacht hat, wo er den ganzen Verhandlungsprozess vorgestellt hat. Da waren Vertreter der Kommission da und haben das damals erst in Anfängen ersichtliche TTIP-Abkommen vorgestellt, auch das schon erwähnte EU-Kanada-Abkommen wurde vorgestellt. Dadurch wissen wir auch, dass die EU plant, mit Japan ein Freihandelsabkommen zu machen. Und wenn man sich mal auf die Homepage von DG Trade, der Generaldirektion Handel der Europäischen Kommission, bewegt, stellt man fest, dass die Kommission außer dem Vatikanstaat und Australien eigentlich alle Länder im Griff hat oder versucht, mit denen Abkommen unterschiedlicher Art zu machen. Bei dem Termin im Dezember waren zwei Vertreter der Zivilgesellschaft anwesend, ich hatte das Glück, einer davon zu sein. Es waren ein paar Ratsmitglieder da, es wurde immer gesagt, wie wichtig die Beteiligung der Zivilgesellschaft an diesen ganzen Verhandlungen ist. Ich war etwas irritiert, weil ich vorher schon an einem solchen Treffen teilgenommen hatte und dort das Gefühl hatte, geduldet, aber nicht unbedingt willkommen zu sein.

Das war im Dezember ganz anders. Dann gab es plötzlich die Konkretion der Verhandlungen mit den USA, also die Auseinandersetzungen um das Mandat, die ja von Frankreich geprägt waren, die die Kultur raus haben wollten aus dem Verhandlungsmandat und das in Ansätzen auch geschafft haben. Dann gab es die erste Verhandlungsrunde in Washington im Juli und danach wurde die Zivilgesellschaft in Brüssel eingeladen und die Kommission war mit einem Dutzend Vertreterinnen und Vertretern da und hat im Prinzip nichts gesagt. Sie erinnern sich: Schon damals gab es die Auseinandersetzungen über Überwachungs- und Spionageaktivitäten der USA. Das Parlament hatte versucht, vor der Juli-Runde einen Beschluss durchzubekommen, dass die Verhandlungen erst einmal ausgesetzt sind, bis man das geklärt hat. Der Antrag hatte aber keine Mehrheit. Wir wurden informiert, als die Verhandlungen aufgenommen wurden. Als es dann um Substanz ging, kam relativ wenig. Und als es darum ging, was jetzt in der nächsten Verhandlungsrunde passiert, die eigentlich für Anfang Oktober geplant war, gab's den schönen Satz: Nach dem Spiel ist vor dem Spiel, den man von den Fußballspielern kennt und der eigentlich auch nichts besagt. Ehrlich gesagt: Ich saß da sehr irritiert, weil ich die Dezember-Erfahrung noch hatte. Es wurden dann schon noch ein paar Sachen gesagt. Es wurde auch auf Dokumente verwiesen, die man dann am selben Abend noch ins Netz gestellt hat. Das ist nicht, wie ich mir eine Beteiligung der Zivilgesellschaft vorstelle, wenn da relativ viele Menschen von der Kommission sitzen, die relativ wenig sagen und auf Dokumente verweisen, die gerade an dem Tag, nach Abschluss der Veranstaltung ins Netz gestellt werden. Und bisher hat sich die Kommission ja geweigert, Ihr Verhandlungsmandat öffentlich zu machen. Es sind mehrere Varianten durchgesickert; ein französischer Fernsehsender hat die aus unserer Sicht aktuelle Version damals auf seine Homepage gestellt, sodass jeder sie sich herunterladen konnte. Aber die Kommission sagt: Wir können das selbst nicht öffentlich machen, weil dann die Amerikaner wissen, was wir wollen. Also das, im Angesicht der aktuellen Spionagediskussion, ist schon einmal ein bisschen interessant. Aber auch wenn man weiß, dass es längst durchgesickert ist, dann wissen die Amerikaner doch ohnehin schon, was die Europäer wollen. Dann kann man das auch öffentlich machen. Diesem Anspruch hat sich die Kommission bisher verweigert.

Und es wurde ja auch schon von *Herrn Stoll* erwähnt, dass es die EU-Kanada-Verhandlungen gibt. Letzten Freitag (18.

Oktober 2013, Anm. d. Red.) gab es ja das Treffen zwischen der Kommission und dem zuständigen kanadischen Minister und wurde der politische Wille, das Verfahren zum Abschluss zu bringen in vier Jahren, bekräftigt, aber einen Text dieses Abkommen kennt bis heute keiner. Und es gab ja auf den entsprechenden Listen, die sich um TTIP kümmern, die hitzige Diskussion: Ja gibt es jetzt schon einen Text? Wann wird das Parlament involviert? Meine Einschätzung ist: Es gibt noch keinen fertigen Text, sondern nur ein Gerüst. Das Parlament bekommt den frühesten im Frühjahr, hat dann vielleicht zwei Wochen Zeit, darauf zu reagieren. Was passiert, wenn das Parlament ja oder nein sagt, weiß keiner so genau bei der gemischten Zuständigkeit für diese Abkommen. Dann ist noch die Frage, ob Bundestag und Bundesrat und die anderen Parlamente aus dem Chor der 28 Mitgliedstaaten auch noch etwas dazu sagen dürfen. Was passiert, wenn drei „ja" und 25 „nein" sagen? Das sind alles Fragen, auf die es momentan keine Antwort gibt. Und es gibt sehr viel Verunsicherung über diesen Prozess und ich finde, da müsste jetzt mal von den Juristen und der Bevölkerung ein Appell kommen: „Leute, wenn ihr schon solche Abkommen verhandelt, die möglicherweise positive Auswirkungen für alle haben, dann wollen wir auch wissen, um was es geht!" Warum diese Geheimniskrämerei? Die ist nicht nachvollziehbar, vor allen Dingen, wenn die Kommission sonst immer sagt, sie lege Wert auf Transparenz und Einbeziehung aller Beteiligten, auch der Zivilgesellschaft.

Puth: Ist das wirklich ein juristisches Problem? Können wir das mit unseren staatsrechtlich hergebrachten Begriffen greifen? Ist das ein Problem der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit, *Herr Stoll*?

Stoll: Ja, man kann ja sagen, dass das zwei Probleme verbindet, die wir seit Langem kennen: Das eine ist das Problem, dass, wenn es um Außenpolitik geht, um Verhandlungsprozesse, traditionellerweise die Beteiligung der Parlamente relativ spät stattfindet, weil wir in allen Verfassungen und natürlich auch in der EU die Hauptfunktion da bei dem Organ haben, das die Regierung stellt. Wenn zum Beispiel Deutschland einen Vertrag verhandelt wie beispielsweise ein bilaterales Investitionsschutzabkommen, dann verhandelt das die Regierung und bringt es dann ins Parlament, wo es in der Regel hinmuss, um ratifiziert zu werden. Diese Grundkonstellation ist schon immer unbefriedigend gewesen und ist schon immer kritisiert worden. Man hat sich dann einfallen lassen, das Parlament schon vorher zu informieren, was inzwischen auch etwas besser geschieht. Aber nur, um Ihnen eine schöne historische Begebenheit zu erzählen: Das WTO-Übereinkommen, das immerhin eigentlich 24.000 Seiten Text hatte, wurde in einer Fassung der wichtigsten juristischen Regelungen von etwa 400 Seiten in den Deutschen Bundestag eingespielt für eine Beschlussfassung darüber, die vier Tage später stattfinden sollte. Was man heute leider nicht mehr sieht ist, dass das eigentlich in Englisch geschehen ist, weil damals der Übersetzungsdienst noch nicht so weit war, dass er die ganzen Texte übersetzt hatte. Die Verwaltung des Deutschen Bundestages hat dann im Nachhinein diesen Text durch eine Drucksache gleicher Nummer ersetzt, die dann natürlich den ins Deutsche übersetzten Text hatte. Die kam dann allerdings erst nach der Abstimmung des Deutschen Bundestages, soweit ich das richtig verfolgt habe.

Das mag Ihnen ein Bild darauf werfen. So soll es natürlich nicht sein. Zum Beispiel das Beispiel USA zeigt auch aufgrund der anderen Tradition früherer Einbindung, sozusagen der interessierten Kreise könnte man dazu sagen. Wenn wir das Ganze jetzt betrachten auch noch unter der Perspektive der Europäischen Union, die hier in diesem Bereich des Handelns natürlich die ausschließliche Kompetenz hat, aber wo durch einen Ausschuss die Mitgliedstaaten noch mitwirken, dann wird deutlich, dass, wie die Staatsrechtler immer sagen, hier eine sehr lange Legitimationskette besteht und wir als Einzelne, als sozusagen diejenigen, auf die sich letztlich Staatsgewalt zurückführen soll, jetzt über riesige Umwege sozusagen Einfluss darauf haben, was dort geschieht. Es wird immer ein Grundproblem geben, das besteht darin, dass man, um zu verhandeln, und das ist ja nicht nur in internationalen Verhandlungen der Fall, sondern auch in nationalen, wie man immer mehr jetzt bei den Koalitionsgesprächen sehen kann. Da würde auch keiner jetzt genau erzählen: „Wir haben uns gestern da und da drüber gestritten, weil die CDU das will und wir nicht wissen, ob wir dieses und jenes unserer Positionen dafür opfern wollen.". Also jede Verhandlung ist letztlich ein Interessenausgleich über ein Geben und Nehmen und bedarf eines irgendwo geschützten Raumes. Dass denke ich, das ist okay, aber das Potential zu informieren ist bei weitem nicht ausgeschöpft. Während ich auf der einen Seite meine, dass typischerweise irgendwo so ein geschützter Raum bestehen muss, bin ich auf der anderen Seite sehr deutlich der Meinung, dass man das ausweiten kann. Dass man sozusagen einen sinnvolleren Diskurs darüber führen kann. Denn nachher am Ende kommt natürlich die Befassung des Rates und des Europäischen Parlamentes. Aber da werden die politischen Kosten eines Vetos, wenn man so will, so hoch, dass im Grunde diese beiden Institutionen, dann letztlich sozusagen ein hohes Risiko laufen würden, wenn sie den Vertrag ablehnen würden. Abgesehen davon, dass Sie in diesem Moment, das gilt für den Deutschen Bundestag genauso wie für das europäische Parlament und den Rat, natürlich keine Änderungen mehr im Text vornehmen werden.

Puth: Ja, wir müssen leider ein bisschen die Uhr im Auge behalten. Deswegen möchte ich das Thema jetzt auch zur Seite stellen und ein letztes aufrufen, das wir unbedingt in der Runde noch ansprechen müssen. Man muss sich ja im Klaren sein, dass die Verhandlungen eingeleitet und geführt werden vor dem Hintergrund der multilateralen Verhandlungen im Rahmen der Doha-Runde der WTO, die seit 2001 versucht wird voranzubringen. Im Grundsatz ist im GATT vorgesehen, dass wir Zollunionen bilden können und Freihandelsverpflichtungen weitergehender Art eingehen können. Dies gilt für einzelne Mitglieder, die es gerne etwas enger haben wollen. Und es ist auch anerkannt, dass das im Grundsatz gewünscht ist. Es werden insoweit Ausnahmen von der Meistbegünstigungsverpflichtung zugelassen. Wie ist das aber, wenn nun zwei so starke Partner zusammengehen? Besteht dann nicht die Gefahr, dass die sich aus den multilateralen Verhandlungen zunehmend rausnehmen, weil der multilaterale Rahmen für sie immer weniger Bedeutung hat. Was sagen die anderen Teilnehmer der multilateralen Verhandlungen dazu? Ich möchte die Frage hier gerne freigeben und ausnahmsweise mal niemanden direkt ansprechen.

Felbermayr: Dann ergreife ich gleich diese Chance.

Puth: Ja, Dankeschön!

Felbermayr: Es gibt ein Buch von *Jacob Viner*, der sich befasst hat mit dem so genannten Custom Union Issue. Da war die Schlussfolgerung die, dass Zollunionen oder auch Freihandelsabkommen eigentlich nicht das Beste sind, was wir haben sollten. Wir sollten die ganze Welt von Handelsbarrieren befreien und nicht nur den Handel einiger weniger Länder. Darum reden wir auch von präferenzieller Handelsliberalisierung und viele würden sagen, das ist eben nicht Freihandel, sondern präferenzieller Freihandel zwischen zwei Partnern, aber nicht für den Rest der Welt. Warum ist das von zweifelhafter ökonomischer Wirkung? Weil es zu sogenannten Handelsumlenkungseffekten führen kann. Dann konsumieren wir in Deutschland nicht mehr Güter, die aus einem Land kommen, wo die Vorteile aus der Produktion am höchsten sind, sondern wir konsumieren diese Güter, die aus einem Land kommen, wo eben zufällig keine Zölle erhoben werden oder andere Eintrittsbarrieren erlassen wurden. Und das kann die Wohlfahrt auch der Länder, die sich zurzeit zusammentun schmälern. Das ist bei Zöllen möglich, bei nichttarifären Barrieren aber nicht; und es kann typischerweise auch dazu führen, dass andere Länder, die außen vor bleiben, Wohlfahrtseinbußen erleiden. Wenn man sich die Modellrechnungen ansieht, die es dazu gibt, sieht man auch tatsächlich, es gibt diese negativen Auswirkungen tatsächlich. Das müssen wir auch für TTIP erwarten. Länder, die eben keine Zugangsverbesserungen zum europäischen oder amerikanischen Markt erhalten, werden schlechter gestellt. Sie erleiden sogar Zugangsverschlechterungen, weil letztlich Wettbewerbsfragen nur Fragen von relativen Kosten sind. Wenn also die Amerikaner günstiger nach Europa kommen, dann bedeutet das, dass andere in Europa Marktanteile verlieren werden und das ist die große Sorge. Ich glaube deswegen gibt es auch die WTO, das ist einer der Gründe, warum sie da ist; um eigentlich gegen solche protektionistischen Tendenzen anzukämpfen. Es wurde ja auch davon geredet, dass es eine Wirtschafts-NATO geben soll, über den Atlantik. Das ist etwas, was mit der Grundidee des Multilateralismus und der WTO in ökonomischer Hinsicht nicht vereinbar ist. Jetzt gibt es vielleicht zwei Dinge. Es gibt empirisch ganz gut abgesichert eine Idee, die heißt „Domino-Theorie", also dass man sich vorstellen kann, dass wenn es mehr bilaterale Abkommen gibt, und vor allem auch große bilaterale Abkommen gibt, dass dann die Anreize multilateral weiterzukommen von Ländern, die bisher blockiert haben, steigen. Das Gefühl habe ich auch. Ich war auf einer Veranstaltung des Europäischen Parlaments und habe dort mit brasilianischen Abgeordneten zur WTO gesprochen und die haben gesagt „es bewegt sich was in Bali", wo man sich bilateral zunächst einmal trifft. Glaubt man das, sind jedenfalls Anzeichen zu erkennen, dass es eine Änderung gibt, in Brasilien zum Beispiel. Die zweite Sache, die erwähnenswert ist: Wenn wir über Normen und Standards und Anerkennung von Zulassungen sprechen, dann gibt es so etwas wie einen automatischen Multilateralismus.. Wenn zum Beispiel die Europäer und die Amerikaner sich einigen über einen gemeinsamen Standard, dann ist es nicht vorstellbar, dass die EU oder die USA einen anderen Standard haben mit anderen Ländern, mit denen sie Abkommen haben. Das multilateralisiert sich sozusagen in dem Netzwerk, das schon existiert mit existierenden Abkommen. Auch denkbar ist, dass die Standards, die jetzt angepasst und harmonisiert werden zwischen diesen beiden Blöcken, auch zu Standards für die ganze Welt werden. Nicht weil man es den Chinesen aufdrückt, sondern weil es für die Emerging Economies eine ganz natürliche Sache ist, diese Standards zu übernehmen. Die wollen exportieren und auch da denke ich, kommt es automatisch zu einer Multilateralisierung, was die Sorgen der WTO etwas abmildern könnte.

Knirsch: Ich habe hier eine andere Sicht. Ich bin immer noch auf dem Verteiler der WTO, bekomme also die WTO-News, die Nachrichten der WTO. Und da war es interessant, dass gerade in den letzten Tagen zwei Berichte bei mir gelandet sind. Der eine handelte von der Sitzung des Umweltausschusses der WTO. In der CTE-Sitzung, das CTE steht für Committee on Trade and Environment, wurden von den Entwicklungsländern Umweltstandards in Frankreich und in der Schweiz thematisiert und debattiert nach dem Motto „das geht so nicht". Kurz zuvor gab es eine Meldung über das letzte Treffen des Komitees für sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen (SPS), das kümmert sich unter anderem um alle gesundheitlichen Fragen. Auch in diesem Gremium wurde von den Entwicklungsländern in die Debatte eingebracht, es gebe viel zu viele private Standards. Normen von Supermärkten, wie Bananen produziert werden sollen, oder Normen von Textilhändlern, mit wie viel Chemie Textilien hergestellt werden sollten, und diese Vorgaben seien für die Entwicklungsländer nicht machbar.

Mein Eindruck ist, dass TTIP da in diese Debatte leider anders einwirkt, als es gerade geschildert wurde. Ich wäre froh, wenn es diesen „Domino-Effekt" gäbe - wenn es dann auch die richtigen Standards wären, auf die sich die EU und USA letzten Endes einigten. Wären es die falschen, dann wäre dieser „Domino-Effekt"kontraproduktiv. Nehmen wir mal an, man kommt zu vernünftigen Standards auf beiden Seiten. Das heißt nach meiner Betrachtung aber nicht, dass diese automatisch von der WTO und den anderen WTO-Mitgliedern übernommen werden. Denn wir haben die Situation, dass die Welthandelsorganisation seit 2001 versucht, ihre laufende Handelsrunde zum Abschluss zu bringen. Das Ziel war, zum 1.1.2005 fertig zu sein. Es gibt keine Anzeichen, dass die Handelsrunde so, wie sie 2001 initiiert worden ist, auch zum Abschluss kommen wird. Es gibt einen neuen WTO-Generaldirektor, es gibt ein bisschen Hoffnung auf einen Abschluss, aber die Hauptthemen, die bisher immer strittig waren, also wie geht man mit der Landwirtschaft um, mit den Industriegütern, sind jetzt für die bevorstehenden WTO-Ministerkonferenzen in Bali aus der Schusslinie genommen worden. Die WTO schwächelt also weiterhin.

Auch angesichts der Schwäche der WTO gibt es diese Tendenz der Kommission, mit nahezu allen wichtigen Handelspartnern bilaterale Abkommen zu verhandeln. Auch die USA haben nicht nur den Plan, mit Europa ein Freihandels- und Investitionsschutzabkommen abzuschließen, sondern haben ähnlich viele Verhandlungsstränge mit anderen Ländern. So gibt es die Idee eines transpazifischen Abkommens, dass also der pazifische Handelsraum sich auch in Richtung eines gemeinsamen Marktes wie der der EU bewegen könnte. In der Summe passieren sehr viele Prozesse bilateraler und regionaler Verhandlungen gleichzeitig, und dafür fehlt es an Steuerung auf multilateraler Ebene. Für die EU und die USA ist es kein Problem, mehr als dreißig Prozesse parallel zu führen, für kleinere Länder dürfte das aber schon ein Herausforderung sein, wenn sie quasi statt über einen multilateralen

Weg, über eine multilaterale Institution, immer bilateral mit mehreren gleichzeitig verhandeln müssen.

Und meine Sorge ist, dass jetzt wieder eine Debatte über Standards aufkommt, bei der die Entwicklungsländer sagen, „ihr mit euren Öko-Standards, ihr wollt ja nur die Exporte aus unseren Ländern verhindern, das ist ja Öko-Protektionismus". Diese Debatte hatten wir schon mehrfach in der WTO, sie ist auch in Teilen berechtigt, aber sie ist auch immer ein Vorwand von den Entwicklungsländern, bestimmte Umweltmaßnahmen nicht mitmachen zu müssen. Und diese Debatte hat auch mit zum Scheitern der Klimaverhandlungen geführt, weil die Grundkonflikte eigentlich nie gelöst worden sind, wer hat welchen Anteil an Umweltauswirkungen und wer bzw. wessen Industrie sollte welche Maßnahmen treffen, um diese Umweltauswirkungen zu reduzieren.

Also es wäre schön, wenn die Dominotheorie zu dem richtigen Weg führen würde, ich habe nur arge Zweifel, dass dies tatsächlich der Fall sein wird. Dafür werden wir eine erneute Debatte bekommen über die Rolle des Multilateralismus. Wir haben viele globale Probleme, die wir nur multilateral lösen können, und da ist so etwas wie TTIP zum jetzigen Zeitpunkt nicht das Richtige.

Stoll: Ja, das ist glaube ich alles richtig. Ich habe gerade mal überlegt, wie wir eigentlich in diesen neuen Diskussionen, die wir jetzt führen, noch einmal die WTO sehen können. Die WTO ist ja lange der Prügelknabe der internationalen Beziehungen gewesen, autistisch, keine Ahnung von Umwelt, ungerecht, und so weiter, und wenn man sich anguckt, was jetzt passiert, dann fühlt man sich, historisch gesehen, lange an die Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg erinnert, wo die Handelspartner untereinander TTIP hatten. Alle hatten bilaterale Zollabkommen, und durch einen Geniestreich ist das eigentlich sozusagen nach dem Zweiten Weltkrieg mit dem Vorgänger der WTO, mit diesem GATT-Abkommen, abgeschafft worden, weil man gesagt hat, „das ist ja eigentlich dummes Zeug", wenn man mit jedem Land der Welt verschiedene Vereinbarungen darüber hat, wie hoch die Zölle sein sollen, oder wie die nicht-tarifären Handelshemmnisse sein sollen, also auch die Frage der Konstruktion einer Autohandbremse nach japanischem, koreanischem, deutschen oder einem anderen Muster geschieht.

Wenn man diese ganzen Abkommen alle hätte, dann hätte man Umlenkungseffekte, sehen wir auch schon jetzt. Also zum Beispiel die Schweiz, die ja einen hohen Entwicklungsstandard hat, aber an politischer Verhandlungsmasse nicht sehr viel auf die Waage bringt, befürchtet schon, dass aufgrund des TTIP viele Schweizerische Unternehmen zum Beispiel nach Deutschland oder nach Frankreich oder Italien gehen werden, um in den Genuss der Vorteile des günstigeren Exports in die USA zu kommen. Und das ist aber nicht nur die Schweiz, das ist etwa auch Norwegen, das ist etwa auch die Türkei, das heißt, das sind all' die Mittelländer, die einfach kleiner sind, kleinere Ökonomien haben und eine höhere Vulnerabilität, aber jetzt nicht die Verhandlungsmasse aufbringen, um auch in diesem Freihandelsabkommen ähnlich erfolgreich zu sein wie so ein Schwergewicht wie die Europäische Union. Das heißt, da wird es schon schwierig.

Das andere ist: Wenn man sich überlegt, was eigentlich jetzt passiert, wenn es mehr von diesen Dingern gibt, und wenn wir jetzt einen komplexen, globalisierten Herstellungsprozess haben, wo zum Beispiel ein Laptop vielleicht Komponenten enthält aus 25 Ländern und über fünf Fertigungsstufen in drei verschiedenen Ländern geht. Wenn er jetzt noch in ein Vertriebslager in ein weiteres Land gebracht wird, und von da in zehn Länder verkauft wird, dann kann man mal überlegen, wenn wir jetzt weitere Freihandelsabkommen hätten, was dann die Marktakteure alles bedenken müssten. Weil sie im Grunde für jede einzelne Transaktion nicht nur überlegen müssten, welches spezifische Abkommen anwendbar ist, welche Vorteile es vorsieht, und vor allem auch, wie es die Frage des Ursprungs sieht. Das heißt die Frage, wo diese Ware zuzuordnen ist, das kann man nämlich auch verschieden sehen. Das würde nur Ihnen als zukünftigen Juristinnen und Juristen möglich sein, nicht den Steuerzahlern und den Weltmarktbürgern.

Aber abgesehen von solchen technischen Fragen ist der große Fortschritt, den man nach dem Zweiten Weltkrieg errungen hat, natürlich das Meistbegünstigungsprinzip – dass man gesagt hat, um das klarzumachen, es gibt nur eine Regel auf der ganzen Welt: Wenn ein Staat eine Konzession macht, dann macht er die gegenüber der ganzen Welt, nicht nur gegenüber einem direkten Freihandelsabkommenspartner. Und abgesehen von diesen Effizienzvorteilen und der Reduktion der Transaktionskosten ist das natürlich auch eine Gerechtigkeitsfrage und eine Governance-Frage, das ist eine politische Frage. Es führt nämlich dazu, dass in der WTO mit diesem sogenannten Meistbegünstigungsprinzip die Großen miteinander Verhandlungen führen und dass ihre Zugeständnisse, die sie dabei machen, zum Beispiel Marktzugangshindernisse für Autos in den USA abbauen und dafür andere Hindernisse in Europa abbauen, dass diese Zugeständnisse automatisch auch anderen Staaten auch zugutekommen. Jeder Staat der Welt, auch wenn er gar keine eigenen Zugeständnisse gemacht hat, kann sich auf dieses Zugeständnis berufen. Und das hat natürlich einen hohen Gerechtigkeitswert. Der Handel wird nicht nur liberalisiert zwischen einzelnen glücklichen Verhandlungspartnern, sondern für alle.

Das ist, glaube ich, eine Dimension, die möglicherweise auch nie so gesehen worden ist, nur jetzt fällt sie auf, wo wir diese neuen Konstellationen bekommen. Und es ist natürlich auch etwas anderes, wenn diese ganzen Dinge in der WTO laufen, die eine wirklich multilaterale Organisation ist, in der praktisch jeder Staat der Welt Mitgliedstaat ist und in der das Konsensprinzip gilt, sodass auch der kleinste Staat der Welt, Vanuatu, zustimmen muss, wenn es neue Regeln für die Weltwirtschaft geben soll, die zwischen allen Beteiligten gelten und die möglicherweise in einem Konflikt zwischen Japan und Kanada oder Brasilien und den USA gegen die EU ausgehandelt worden sind. Darin liegt eine Art Gerechtigkeitsvorteil, der weit über die Effizienzvorteile hinausgeht. Und in diesem Bereich sehe ich auch die größeren Gefahren, wenn ich auch zugebe, dass ab und zu die Pionierwirkungen dieser Abkommen sicherlich notwendig sein können, um die Weltwirtschaft zu stützen.

Puth: So, wir sind jetzt mit unserer Zeit am Ende. Ich danke den Diskutanten ganz herzlich.

Das Bucerius Law Journal bedankt sich bei den Diskutanten und bei allen Zuschauern für ihr zahlreiches Erscheinen und die rege Teilnahmebereitschaft. Für die finanzielle Unterstützung des Streitgesprächs danken wir zudem unserem Sponsor Morgan, Lewis & Bockius LLP.