ISSN 1864-371X

Bucerius Law Journal

November 2016 Heft 2/2016 Seiten 1 - 52

Editorial	Prof. Dr. Christoph H. Seibt/ Dr. Moritz von Hesberg	Geschäftsleiterhaftung bei Korruptionsverstößen im Ausland	1
Aufsätze	Vassilios Skouris	Law and Language(s)	5
	Fabian Eichberger	Argentiniens Rückkehr an die Kapitalmärkte	10
	Michael Cremer	Embargovorschriften als Eingriffsnormen	18
	Jan Krekeler	Verbindliche Auskunft	24
	Jonas Zenger	Wandel im Kooperationsverhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof im grundrechtlichen Mehrebenensystem der Europäischen Union	33
	Thilo Kerkhoff	Die Schwarzarbeit-Urteile § 817 S. 2 BGB zwischen Kodifikation und Case Law	44
Tagungsbericht	Jonathan Friedrichs	Zwischen Positivismus und Postmoderne: Herausforderungen für das Recht im 21. Jahrhundert	50

Bucerius Law Journal

Redaktion: Julia Bräuer, Kai Bruns, Paul Bülow, Katja Büschler, Carl Crüwell, David Dietsch, Ben Fuhrmann, Julia Heß, Fabian Hoell, Maximilian Kunzelmann, Andreas Lange, Julius Lange, Georg Lorenz, Oliver Neuner, Philipp Overkamp, Fabian Paehr, Christoph Rathert, Isabelle Stein, Kilian Wegner

Heft 2/2016
Seiten 1-52

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

10. Jahrgang
30. November 2016

Prof. Dr. Christoph H. Seibt/Dr. Moritz von Hesberg*

Geschäftsleiterhaftung bei Korruptionsverstößen im Ausland

Die Kleinen hängt man, die Großen lässt man laufen! Diese mit Blick auf Wirtschaftsstraftaten in Unternehmen lange diagnostizierte Maxime hat in den letzten Jahren ihre Gültigkeit verloren. Vielmehr steht heute bei der Sanktionierung von Compliance-Verletzungen die Geschäftsleitungsebene im Fokus. Im Rahmen dieser generellen Compliance-Diskussion nimmt die Frage, welche Haftungsrisiken Geschäftsleitern bei Korruptionsverstößen in ausländischen Tochtergesellschaften drohen, einen (praktisch) äußerst wichtigen Platz ein. Das Thema ist, trotz seiner Aktualität und Praxisbedeutung, bislang kaum systematisch aufgearbeitet worden, was wohl einerseits an seiner hohen Komplexität, andererseits am Mangel einschlägiger Rechtsprechung liegt.

Verantwortlich für den allgemeinen Trend, vermehrt die Unternehmen selbst und deren Geschäftsleitung zur Verantwortung zu ziehen, sind weniger die insbesondere im Bereich der Korruptionsbekämpfung erfolgten Gesetzesverschärfungen, als vielmehr ein verändertes Verständnis der Öffentlichkeit und parallel hierzu der Strafverfolgungs- und Aufsichtsbehörden, die weltweit mit zunehmender Härte gegen die aus ihrer Sicht Hauptverantwortlichen von Wirtschaftsdelikten vorgehen. Insbesondere deutsche Staatsanwaltschaften machen in (Auslands-)Korruptionsfällen seit einiger Zeit verstärkt von ihrem – schon länger existierenden – gesetzlichen Instrumentenkasten Gebrauch. Dies betrifft einerseits unmittelbar die Unternehmen, welche in der jüngeren Vergangenheit Adressaten empfindlicher Geldbußen (vgl. § 30 OWiG) und Verfallsanordnungen (vgl. § 29a OWiG, §§ 73 ff. StGB) waren. Daneben bekommt aber auch die Geschäftsleitungsebene das neue Haftungsverständnis zu spüren: Die höchstrichterliche Anerkennung einer – dem Grunde nach bestehenden – Geschäftsherrenhaftung für betriebsbezogene Straftaten (vgl. BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42) sowie eine verstärkte Anwendung des § 130 OWiG haben dazu geführt, dass sich auch Vorstände und Geschäftsführer deutscher Kapitalgesellschaften nicht mehr sicher sein können, bei eigenen Pflichtverletzungen oder Fehlverhalten von Mitarbeitern nicht ebenfalls straf- oder bußgeldrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden.

Verdeutlicht und angetrieben wird diese Entwicklung vor allem durch die Aufarbeitung verschiedener, teilweise in den Medien breit ausgebreiteter Korruptionsfälle. Die in diesem Zusammenhang verhängten Unternehmenssanktionen, aber auch die Strafverfahren gegen prominente Unternehmensleiter haben zu einer Intensivierung der wissenschaftlichen und unternehmenspraktischen Compliance-Diskussion geführt. Eine Katalysator-Funktion wird insoweit immer wieder dem „Siemens-Skandal“ zugesprochen. Grob zusammengefasst ging es in diesem um Schmiergelder, die im Siemens-Konzern durch Mitarbeiter (ausländischer) Tochtergesellschaften bezahlt wurden, um (letztlich vermeintlich) lukrative Aufträge zu gewinnen. Die Staatsanwaltschaft München I ermittelte und vertrat schnell die Auffassung, dass innerhalb des Konzerns keine ausreichenden Compliance-Maßnahmen etabliert waren, um entsprechende Zahlungen zu verhindern. Mit Blick auf die Siemens AG als Konzernmutter sowie den Gesamtvorstand stellte sich die Staatsanwaltschaft auf den Standpunkt, dass eine konzernweite Pflicht des Gesamtvorstands zur Schaffung ausreichender Aufsichts- und Kontrollmaßnahmen bestand und erließ wegen der Verletzung dieser Pflicht einen entsprechenden Bußgeldbescheid über 395 Millionen Euro, welchen die Siemens AG akzeptierte. Diese Rechtsauffassung, die lange Zeit nicht gerichtlich überprüft wurde, ermunterte nachfolgend zahlreiche Staatsanwaltschaften zu einem vergleichbaren Vorgehen und stellt daher gewissermaßen den Motor für die Verschärfung der Haftung von Unternehmen und Managern dar.

Neben der straf- und bußgeldrechtlichen Haftungsverschärfung ist – angesichts der hohen Schadenssummen auf Unternehmensseite nur folgerichtig – auch die zivilrechtliche Haftung der Geschäftsleitung zunehmend ins Blickfeld gerückt. Diese sieht sich einer immer weitergehenderen

* Der Autor Seibt ist Partner bei der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP in Hamburg im Bereich Gesellschaftsrecht/MA. Er ist zudem Honorarprofessor an der Bucerius Law School, Hamburg. Der Autor von Hesberg ist Associate bei der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP in Hamburg im Bereich Gesellschaftsrecht/MA mit Fokus auf Anti-Korruptions Compliance.

Interpretation der gesellschaftsrechtlichen Organisations-, Aufsichts- und Sorgfaltspflichten auf Geschäftsleiterebene ausgesetzt. Nicht nur in Spezialbereichen, wie bspw. in der Finanzindustrie mit dem KWG oder dem VVG, sondern auch in die allgemeine gesellschaftsrechtliche Dogmatik des Aktien- und GmbH-Rechts hat inzwischen der Gedanke Einzug gehalten, dass Compliance-Pflichten Chefsache sind und vom Vorstand unter Zuhilfenahme erheblicher Mittel im eigenen Unternehmen auf- und durchgesetzt werden müssen. Immer mehr neigt sich das Pendel an dieser Stelle sogar dahin, von den Geschäftsleitern die Etablierung konzernweiter Compliance-Systeme zu fordern. Zwar mag insofern eine Delegation von Compliance-Aufgaben innerhalb des Vorstands oder auf nachgeordnete Hierarchieebenen möglich sein, dennoch soll nach herrschendem Verständnis beim Vorstand stets eine delegationsfeindliche Überwachungspflicht verbleiben. Auch hinsichtlich dieser Entwicklung kommt der Siemens-Korruptionsaffäre eine besondere Bedeutung zu. Im Rahmen der internen Aufarbeitung war das Unternehmen nämlich zu dem Schluss gelangt, dass sich zahlreiche (ehemalige) Organmitglieder nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 116 AktG schadensersatzpflichtig gemacht hatten, indem sie ihren Compliance-Pflichten nicht gerecht geworden waren. Da die nachfolgenden Vergleichsverhandlungen im Verhältnis zum ehemaligen Vorstandsmitglied Heinz-Joachim Neubürger scheiterten, reichte die Siemens AG eine entsprechende Klage beim Landgericht München I ein. In dem vielbeachteten Neubürger-Urteil (LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10; letztlich einigten sich die Siemens AG und Neubürger auf einen Vergleich über die Zahlung von 2,5 Millionen Euro) setzte sich das Gericht erstmals detailliert (und leider fehlerhaft; vgl. *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598 ff.) mit den Anforderungen an die Compliance-Organisation sowie den diesbezüglichen Vorstandspflichten auseinander und bejahte im Ergebnis einen Schadensersatzanspruch der Siemens AG gegen die Organmitglieder wegen ungenügender Compliance-Vorkehrungen.

Hinsichtlich der Anspruchsdurchsetzung seitens der geschädigten Gesellschaft ist das sog. ARAG/Garmenbek-Urteil des BGH aus dem Jahr 1997 von zentraler Bedeutung (BGH, Urt. v. 21.04.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244): In diesem Urteil stellte der BGH fest, dass der Aufsichtsrat einer Kapitalgesellschaft dazu verpflichtet ist, Verdachtsmomenten bzgl. möglicher Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern nachzugehen und, sollten diese sich bestätigen, entsprechende Schadensersatzansprüche gegen die verantwortlichen Vorstandsmitglieder im Namen der Gesellschaft geltend zu machen, wenn nicht überwiegende Gesellschaftsinteressen gegen eine solche Geltendmachung sprechen. Aufsichtsratsmitglieder befinden sich heutzutage also in der Pflicht, jedem Verdacht eines pflichtwidrigen Vorstandshandelns nachzugehen und diesen aufzuklären, um nicht selbst in Gefahr zu geraten, vom Vorstand (!) und den Anteilseignern zur Verantwortung gezogen zu werden.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Geschäftsleitern deutscher Kapitalgesellschaften sowohl in straf- und bußgeldrechtlicher als auch in zivilrechtlicher Hinsicht ein ernstzunehmendes Risiko droht, bei Compliance-Verstößen allgemein und Korruptionsverstößen von Mitarbeitern im Ausland im Speziellen persönlich haftbar gemacht zu werden. Der Befund ist für Geschäftsleiter umso misslicher, als dieser praktisch äußerst relevante Bereich weiterhin von großer Rechtsunsicherheit geprägt ist. Grund hierfür ist vor allem, dass es hinsichtlich zahlreicher Fragen weiterhin an einschlägiger Rechtsprechung fehlt (vgl. zu der Problematik ausführlich *Wiesenack/Klein* in: Eisele/Koch/Theile, Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund). In der Praxis werden Unternehmensgeldbußen – nach entsprechenden Verhandlungen – zumeist akzeptiert, strafrechtliche Vorwürfe gegen Leitungspersonen regelmäßig gegen oftmals hohe Geldzahlungen eingestellt (vgl. § 153a StPO) oder zum Gegenstand einer Verständigung gemacht (vgl. § 257c StPO) und zivilrechtliche Haftungsfragen ganz überwiegend auf dem Vergleichsweg erledigt.

Dieser Kurz-Beitrag kann es nicht unternehmen, diese rechtlichen Unsicherheiten aufzulösen und allen Problemen in Bezug auf die Geschäftsleiterhaftung in Auslandskorruptionsfällen nachzugehen. Aber es sollen exemplarisch drei aus Praktikersicht besonders relevante Bereiche, die sämtlich starke gesellschaftsrechtliche Bezüge aufweisen, behandelt werden.

Der erste Punkt betrifft die Möglichkeit einer bußgeldrechtlichen Durchgriffshaftung im Konzern. Da sich Korruptionsverstöße häufig in der Sphäre der (ausländischen) Tochtergesellschaften abspielen, ist die Frage, ob auch die Konzernobergesellschaft und ihre Leitungspersonen für diese Zuwiderhandlungen verantwortlich gemacht werden können, von herausragender praktischer Bedeutung. Wie bereits oben für den Siemens-Fall kursorisch beschrieben, basiert die Argumentation der Staatsanwaltschaft in Auslandskorruptionsfällen darauf, den Gesamtkonzern als einheitliches Unternehmen zu begreifen. Dieses Verständnis entspricht der Einheitsbetrachtung im europäischen Kartellrecht. Losgelöst von gesellschaftsrechtlichen Regelungen geht der EuGH, im Einklang mit der Kommission, bei bestimmendem Einfluss der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft von einer wirtschaftlichen Einheit aus (vgl. ausführlich *Bosch*, ZHR 177 (2013), 454 ff.).

Gegen diese Rechtsauffassung wird häufig eingewandt, dass sie das dem deutschen Gesellschaftsrecht immanente Trennungsprinzip negiert. Tatsächlich sind bei einer formalen Betrachtungsweise nach dem Rechtsträgerprinzip ausschließlich die rechtlich selbständigen Tochtergesellschaften als Betriebs- oder Unternehmensinhaber zu qualifizieren und daher auch alleinige Normadressaten des § 130 OWiG. Mit Verweis auf eine autonome, teleologische Auslegung der Begriffe „Inhaber“, „Betrieb“ und „Unternehmen“ plädiert die inzwischen wohl herrschende Meinung in der Literatur (zumindest bei einer (tatsächlichen) Einflussnahme der (Geschäftsleitung der) Muttergesellschaft auf Ebene der Tochtergesellschaft) gleichwohl für eine Erstreckung der Aufsichtspflichten über die eigenen Gesellschaftsgrenzen hinaus (vgl. umfassend *von Hesberg*, Das Bestehen ordnungswidrigkeitsrechtlicher Aufsichtspflichten im Konzernverbund aus dem Blickwinkel von § 130 OWiG, Diss. 2016; *Caracas*, CCZ 2015, 167, 168 m.w.N.). Diese Auffassung wurde unlängst erstmals durch ein Oberinstanzgericht bestätigt. Nach einem Beschluss des OLG München können konzernweite

Aufsichtspflichten der Muttergesellschaft zumindest in Fällen bestehen, in denen eine tatsächliche Einflussnahme der Leitungsorgane der Konzernmutter auf Ebene der Tochtergesellschaft vorliegt (OLG München, Beschl. v. 23.9.2014 – 3 Ws 599/14 und 3 Ws 600/14; ebenso *von Hesberg*, a.a.O.).

Obgleich für die Praxis damit weitgehend feststeht, dass bei Fehlverhalten in Tochtergesellschaften, wie insbesondere korruptivem Verhalten von Mitarbeitern von Tochtergesellschaften, eine bußgeldrechtliche Inanspruchnahme der Geschäftsleitung der Konzernobergesellschaft möglich ist, bleiben diesbezüglich dennoch zahlreiche Fragen offen. So ist weiterhin unklar, ab welcher Intensität der tatsächlichen Einflussnahme eine Aufsichtspflicht angenommen werden kann und ob unter Umständen sogar die bloße Möglichkeit einer Einflussnahme ausreichend ist. Fraglich bleibt darüber hinaus auch der Umfang der Aufsichtspflicht der Muttergesellschaft und damit ihrer Geschäftsleiter sowie daraus folgend das Verhältnis zur Aufsichtspflicht der Tochtergesellschaft. Zusätzlich zu diesen Unklarheiten stellen sich bei Korruptionsfällen im Ausland auch komplexe Fragen mit Blick auf die Anwendbarkeit und Schutzbereichseröffnung des deutschen Ordnungswidrigkeitsrechts (vgl. dazu umfassend *von Hesberg*, a.a.O. sowie *Caracas*, CCZ 2015, 218 ff.).

Der zweite Aspekt betrifft die Frage, inwieweit sich Geschäftsleiter bei Compliance-Entscheidungen in Bezug auf Auslandskorruptionsverstöße auf die haftungsprivilegierende Business Judgement Rule („BJR“) berufen können, um eine zivilrechtliche Regresshaftung zu vermeiden. Gegen eine Anwendung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG wird in erster Linie vorgebracht, dass es sich bei der Compliance-Organisation nicht um eine unternehmerische Entscheidung, sondern vielmehr um eine gesetzliche Pflicht handelt. Damit stehe einer Berufung auf den „sicheren Hafen“ der BJR die Legalitätspflicht entgegen, nach welcher die Geschäftsleitung dafür Sorge zu tragen hat, dass im Außenverhältnis sämtliche, die Gesellschaft als Rechtsobjekt betreffende Vorschriften eingehalten werden.

Diese Argumentation mag auf den ersten Blick plausibel erscheinen, ist im Ergebnis aber durchaus zweifelhaft (to say the least). Zunächst bedarf die Grundlegung und Reichweite der sog. Legalitätspflicht einer weiteren dogmatischen Klärung, des Weiteren ist es keineswegs zwingend, dass jede – auf Handeln der Geschäftsleiter zurückgehende – Verletzung einer die Gesellschaft im Außenverhältnis treffenden Rechtspflicht stets auch eine Pflichtverletzung im Innenverhältnis begründet (hierzu *Seibt*, NZG 2015, 1097). Weitgehend unbestritten ist zwar, dass die Legalitätspflicht unter keinem Nützlichkeitsvorbehalt steht und vorsätzliche straf- oder bußgeldbewehrte Verstöße gegen gesetzliche Bestimmungen somit grundsätzlich auch bei wirtschaftlicher Vorteilhaftigkeit pflichtwidrig sind. Hinsichtlich solcher Entscheidungen, die unter rechtlicher Unsicherheit getroffen wurden und sich erst im Nachhinein als rechtswidrig herausstellen, wird demgegenüber – insbesondere bei einer Unternehmenstätigkeit mit Auslandsbezug – von zahlreichen Literaturstimmen ein eigenständiger Entscheidungsspielraum der Geschäftsleitung angenommen bzw. rechtspolitisch gefordert. Die Befürworter einer solchen „Legal Judgement Rule“ können sich nicht zuletzt auch auf aktuelle Rechtsprechung des BGH stützen (vgl. zum Ganzen *Hasselbach/Ebbinghaus*, AG 2014, 873 ff.; *Cichy/Cziupka*, BB 2014, 1482 ff.; *Seibt/Cziupka*, AG 2015, 93, 99).
Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten und ist speziell für den Bereich der Auslandskorruption von besonderer Bedeutung. Neben den allgemeinen Unklarheiten bzgl. der Anforderungen an die Compliance-Organisation ist hier nämlich oftmals ebenfalls unsicher, ob die korruptiven Verhaltensweisen überhaupt verboten sind („Was ist Recht im Land X?“). So gibt es weiterhin Rechtsordnungen, in denen die Bestechung im geschäftlichen Verkehr nicht sanktioniert wird und sich in Bezug auf deutsche Straf- oder Bußgeldvorschriften somit die komplizierte Frage einer Fremdrechtsanwendung stellt. In zahlreichen Rechtsordnungen ist darüber hinaus im Einzelnen unklar, welche Fallkonstellationen von den Antikorruptionsvorschriften erfasst werden.

Der dritte Themenkomplex betrifft die Frage einer höhenmäßigen Begrenzung der Binnenregresshaftung sowie der Anspruchsdurchsetzung. Da die im Raum stehenden Schadensersatzforderungen insbesondere in Auslandskorruptionsfällen, bei denen für Unternehmen neben Geldbußen auch gravierende weitere Schäden wie Umsatzeinbrüche sowie Reputationsschäden entstehen, auch für hochbezahlte Manager existenzbedrohende Ausmaße annehmen können, haben diese Bereiche in den vergangenen Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen und sorgen daher aktuell für rechtspolitische Diskussionen. Selbst wenn die Überlegungen angesichts der vielseitigen Haftungsrisiken natürlich grundsätzlicher Natur sind, wurden sie doch insbesondere auch durch die teils spektakulären Schadensersatzforderungen befeuert, die im Zuge der Aufarbeitung größerer Korruptionsfälle erhoben wurden. So verlangte zwischenzeitlich etwa die MAN AG von ihrem Ex-Vorstandschef, Hakan Samuelsson, Ersatz für den im Rahmen der Korruptionsaffäre entstandenen Schaden in Höhe von 237 Millionen Euro (Handelsblatt v. 17. 1. 2011: „Teures Nachspiel für Ex-MAN-Chef“).

Nach dem gesetzlichen Modell haften Organmitglieder bei leicht fahrlässigen Pflichtverletzungen in unbeschränkter Höhe (vgl. § 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG). Während es den GmbH-Gesellschaftern freisteht, davon abweichende Vereinbarungen zu treffen, steht möglichen Haftungsbeschränkungen, wie etwa der Vereinbarung von Haftungshöchstgrenzen, bei der AG die Vorschrift des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG entgegen. Gleichwohl gibt es – angelehnt an arbeitsrechtliche bzw. organschaftliche Treuepflichten und den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – *de lege lata* verstärkt Überlegungen, die Haftung des Vorstands bei fahrlässigen Pflichtverstößen auf einen „angemessenen“ Umfang zu begrenzen, um eine wirtschaftliche Existenzvernichtung zu vermeiden (vgl. dazu *Seibt/Cziupka*, AG 2015, 93, 106; *Bayer*, NJW 2014, 2546, 2548 m.w.N.). Bezieht sich die Schadensersatzforderung auf eine gegen das Unternehmen verhängte Geldbuße ist zudem zu beachten, dass Bußgelder die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen haben (§ 17 Abs. 3 OWiG). Vor diesem Hintergrund wird – bei kartellrechtlichen Verstößen unlängst auch von der Rechtsprechung (LAG Düsseldorf, Teilurteil v. 20.01.2015 – 16 Sa 459/14) – vertreten, dass eine Regresshaftung für die Unternehmensgeldbuße vollständig ausscheidet oder aber zumindest auf die Höhe eines hypothetischen Bußgeldes gegenüber einer natürlichen Person zu beschränken ist

(vgl. *Seibt/Cziupka*, AG 2015, 93, 107; *Suchy*, NZG 2015, 591 m.w.N.). Darüber hinaus sind auch anstellungsvertragliche Schutzklauseln vorgestellt worden (*Seibt*, NZG 2016, 361; dagegen *Habersack*, NZG 2015, 1297). Zusätzlich zu diesen Überlegungen mehren sich die rechtspolitischen Forderungen, es zukünftig den Aktionären zu überlassen, die Haftung der Organmitglieder im Wege der Satzungsregelung abweichend vom gesetzlichen Modell zu gestalten (vgl. nur *Vetter*, NZG 2014, 921). Dies alles erscheint schon deshalb sinnvoll, weil die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Organmitglieder einer vollständigen Durchsetzung entsprechender Schadensersatzforderungen regelmäßig ohnehin entgegenstehen wird und durch die derzeitige Rechtslage Anreize für wirtschaftlich inadäquates, riskoaverses Verhalten gesetzt werden.

Regelungsbedarf besteht letztlich auch hinsichtlich der praktischen Rechtsdurchsetzung. Wie bereits dargestellt, werden entsprechende Ersatzansprüche der Gesellschaft nur selten auf dem Klageweg verfolgt. Vielmehr ist es insbesondere bei Schadensersatzforderungen im Zusammenhang mit Korruptionsfällen zum Abschluss zahlreicher Vergleichsvereinbarungen mit Organmitgliedern gekommen, welche aktuell auch die Regulierungspraxis von D&O-Schadensfällen beherrschen (*Fleischer*, AG 2015, 133). Aktienrechtlich bestehen für derartige Vergleiche jedoch hohe Hürden. Nach § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG kommen sie erst drei Jahre nach der Entstehung des Anspruchs in Betracht und erfordern neben der Zustimmung der Hauptversammlung, dass kein Widerspruch einer qualifizierten Minderheit erfolgt. Diese hohen Anforderungen und insbesondere die dreijährige Sperrfrist werden rechtspolitisch zurecht kritisiert, da sie eine abschließende Aufarbeitung im Unternehmen unnötig in die Länge ziehen. Auch der 70. Deutsche Juristentag hat sich daher für eine Abschaffung der Dreijahresfrist ausgesprochen.

Insgesamt: Was früher zu wenig an Geschäftsleiterhaftung für Auslandskorruption bestand, besteht heute zu viel und vor allem: zu unklar. Eine Readjustierung und Präzisierung der Haftungsregeln tut Not.

Vassilios Skouris*

Law and Language(s)

A. Introduction: why multilingualism?

The topic of my lecture this afternoon is general – some people would even say too general. Moreover, the close relation between law and language is so obvious that one could wonder if it is appropriate to treat such a question in the framework of this special event which is AGORA. On the other hand, one cannot but notice that there are legal scholars present here today, from different countries and with diverse mother tongues, following a weeklong programme in English in a German university. In order to communicate and make yourself understandable and intelligible, you have to choose a common instrument, a language among all those which are spoken in our world. What are the reasons for this choice and are they in any way linked to the general question on the relation between law and language?

It is clear that - as it happens in other disciplines - language is the very instrument, the vehicle of law. In reality, law is the intersection of language and power, while lawyers use words in order to persuade, to justify and to govern. There has been an extensive theoretical and philosophical analysis of the relation between law and language in many contributions to the general theory of law, as well as of the fact that linguistic phenomena (ambivalence of terms, use of metaphors etc.) can be a source of delicate semantic and, therefore, legal problems.

One can imagine that these problems become even more complex when a legal idea must be expressed in more than one language, with a multiplying effect if a third, a fourth and so on language is added, which is a normal phenomenon in multinational, supranational and international entities. In this context, the question *"law and language"* changes into *"law and languages"*, and this is exactly the case in the European Union (EU). Here, we have to face linguistic issues in form of an extended – if not extreme - multilingualism, which is only logical, because the EU is based on the coexistence of all actually 28 national legal orders and their respective cultural backgrounds.

The linguistic literature normally divides multilingualism into its individual, social, and institutional forms[1] . Individual multilingualism is related to the multilingualism of human beings; they may be qualified as multilingual, once they are proficient in more than one languages. Social multilingualism refers to the presence of several languages in one society, which occurs when more than one official language are recognized in the same state (Belgium, Ireland, Luxembourg, Malta). Finally, institutional multilingualism refers to the coexistence of several languages within supranational institutions. The EU promotes and practices all three forms of multilingualism.

Multilingualism within the EU can also be described on another basis. On the one hand, there are the respective language regimes applicable to administrative and court proceedings involving citizens and the EU institutions. Language choices are guided here mainly by criteria stemming from human and minority rights. On the other hand, we must distinguish the language regimes applicable to parliamentary procedures and consultations among representatives of the Member States. Those regimes are justified rather by aspects of the equal treatment of states. But in all cases, it is of highest importance to give citizens of the EU "*access to European Union legislation, procedures and information in their own languages*"[2] .

B. Reasons militating in favour of multilingualism

Which are the reasons militating in favour of the vast multilingualism characterizing the EU[3] ? What could be seen at first sight as an unjustified indulgence towards 'small' and "exotic" languages and as a waste of money is in reality a highly sensitive political and moral question. It is common knowledge that languages fulfill two functions that cannot easily be separated: a communicative function, consisting in the transmission of information in a broad sense, and a symbolic function, associated with cultural and political traits, for example with people's sense of nationality. Therefore, it is not surprising that the solutions adopted by the EU often represent a compromise between different and contrasting visions about what multilingualism management is.

First, the reasons determining language management in the EU are of legal order. Given the direct and immediate impact that EU law has on the EU institutions themselves, on Member States and on the subjective legal situation of individuals, the question arises whether it is admissible to ask citizens and companies to comply with EU law without assuring first that this law is produced in a language that they master fully. Limiting the official languages would therefore impair equality of rights.

A second group of criteria for multilingualism management choices relates to political issues, and more specifically to democratic participation and the equality of representatives in EU political life. If the EU tries to engage in communication in the most 'inclusive' possible way, this is because this method is regarded as the most efficient in order to enable people's participation in EU political life. Then, following the principle of the equality of political representatives, as well as

---

* The author is Affiliate Professor at Bucerius Law School, Hamburg.This lecture was given by Professor Skouris at the ATLAS AGORA 2016 conference at Bucerius Law School, Hamburg.

1 Federal Union of European Nationalities, «Linguistic diversity and multilingualism in Europe», 2014, p. 9 f. (available on www. fuen.org).

2 Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A New Framework Strategy for Multilingualism, COM(2005) 596 final (22.11.2005).

3 For a detailed analysis, see M. Gazzola, «Managing multilingualism in the European Union: Language policy evaluation for the European Parliament», *Language Policy* 5/2006, p. 393 f.

of the equality of social, professional or other categories that these bodies and institutions represent, limitations in the use of languages need to be avoided, because they risk to reduce the political weight of parties who cannot discuss issues in the language that they prefer. A system of equal treatment of languages has therefore to be established.

Third, multilingualism management is related to cultural issues. Since the Treaty of Maastricht, the EU was given the power to act in the fields of culture and training in support of actions undertaken by Member States (articles 151 and 149 of the former EC Treaty). In consequence, cultural diversity and the plurality of languages have been the object of greater attention and of protection and promotion efforts within the EU. Furthermore, given that cultural multiplicity, rather than cultural homogeneity, reigns within the EU, multilingual communication is a facet of the EU support to the linguistic and cultural diversity in the Member States.

C. Legal bases for the protection of multilingualism

Multilingualism and linguistic diversity constitute fundamental principles of the EU. According to article 3(3) of the Treaty on the European Union, the latter *"shall respect its rich cultural and linguistic diversity, and shall ensure that Europe's cultural heritage is safeguarded and enhanced"*. In the same direction, article 22 of the European Charter of Fundamental Rights holds that *"the Union shall respect cultural, religious and linguistic diversity"*.

The multilingualism regime covers EU legal texts as well as EU institutions. As far as legal texts are concerned, the Treaties (article 55 TEU, article 358 TFUE) provide that they must be written in all 24 official languages of the EU, *"the texts in each of these languages being equally authentic"*. According to article 4 of the Council Regulation nº 1/1958, determining the languages to be used by the former European Economic Community, *"regulations and other documents of general application shall be drafted in the official languages"*.

However, this does not apply to individual acts: the Court of Justice (ECJ) has ruled that *"nor can the second paragraph of Article 248 of the Treaty, as amended by the Treaty of Amsterdam, or the Court's case-law on the interpretation of Community law be relied on in support of a possible principle of equality of languages. Although equal account must be taken of all the authentic versions of a text when interpreting that text, that holds good only in so far as such versions exist and are authentic. Consequently, even if an individual decision is published in the Official Journal of the European Union and is therefore translated into all the languages for the information of citizens, only the language used in the relevant procedure will be authentic and will be used to interpret that decision"* (ECJ, 9.9.2003, Christina Kik v. OHIM, case C-361/01 P, point 87).

Concerning the EU institutions, article 342 TFEU (ex article 290 TEC) holds that *"the rules governing the languages of the institutions of the Union shall, without prejudice to the provisions contained in the Statute of the Court of Justice of the European Union, be determined by the Council, acting unanimously by means of regulations"*. In 1958, the Council approved the above mentioned Regulation nº 1, which is the text containing the basic provisions for the language regime of European institutions. At every enlargement and on request of the new Member States, the language regime has since been extended to new languages and the engagement of the EU towards multilingualism has been constantly confirmed.

D. Risks and challenges related to multilingualism

There are currently 24 official languages within the EU and legislation must be written in all of them. This entails the mobilization of important translation and interpretation services within the EU institutions and agencies. The multitude of languages provokes the multiplication of challenges and risks. But there are more concerns due to the linguistic variety in the EU than mere problems of logistic and organizational nature: each legal system within the EU has its own language of law, and, as a result, legal terminology, legal concepts and styles of legal discourse differ. The contrast in legal language and culture is particularly pronounced between legal orders belonging to the common law and to the romano-germanic legal families.

Consequently, in such a multilingual environment arise important questions of equality, transparency and legal certaintyfor the EU citizens. Accessibility of legally binding acts generally requires their publication in an official journal or, in the case of jurisprudence, in law reports. It is also necessary that binding legal acts be sufficiently clear for the citizen, if needed with the assistance of a lawyer, and foreseeable in their effects. Accessibility and intelligibility of EU law cannot be achieved unless every citizen can be provided with the texts in a language they understand.

The harmonization, the effectiveness and the quality of EU law are also at stake in a multilingual environment. Harmonization of national laws, which is a key element of the European integration process, can only be achieved if the EU legislation is applied in the same way in the different national legal systems. Many of the challenges in ensuring a harmonized application of EU legislation are therefore connected to issues of legal language. Tolerance of a certain degree of divergence is inherent to the integration process. However, where divergence is caused not by conscious decisions by the EU and the Member States but by differences in legal language, then divergence becomes less defensible.

E. Managing multilingualism in the functioning of EU institutions

It is interesting to note that, among other international organizations active on the European continent, the Council of Europe and the Organization for Economic Co-operation and Development work on a bilingual basis (English and French), while the Organization for Security and Co-operation in Europe applies a system of limited multilingualism (its official languages being English, French, German, Italian, Russian and Spanish). Concerning the EU, language management is based, as already stated, on a delicate balance of legal,

political and cultural criteria, which has led to the rejection of both radical models of monolingualism, i.e. the use of a single official and working language such as English, and of nationalization, i.e. the transfer to the Member States of the whole financial responsibility and workload of translation and interpretation of EU texts.

Intermediate solutions appear in fact as more apt to suit the need for balance of interests and for effectiveness within the EU. Consequently, the language management models applied are mostly those of reduced multilingualism, which means the use of only some working languages within the EU institutions and bodies such as the European Commission, the Court of Auditors, the European Central Bank and, to a lesser extent, in the European Court of Justice, and of controlled multilingualism, particularly within the European Parliament, the Economic and Social Committee, the Committee of the Regions. This second model basically aims at ensuring that all members of the institutions concerned, representing respectively the populations of member states, the forces of European economic and social life and regional and local authorities within the Union have the right to communicate in the language that they prefer. However, and in contrast to pure multilingualism, the controlled multilingualism model is based on the adoption of systematic management correctives, such as the use of pivot languages, the remote interpretation or the use of external freelance linguistic services[4] .

It is necessary to stress that there is a de facto distinction between official and working languages, although no such difference is made in Regulation nº 1/58. '*Official languages'* of the EU are generally defined as those used in communication between institutions and the outside world, and *'working languages'* of the EU as those used between institutions, within institutions and during internal meetings organized by the institutions. While the EU tries to adopt full multilingual communication in the 24 official languages concerning its relations with citizens and the Member States, communication in its internal activities are variably managed, depending on different articulations practiced in the choice and use of working languages.

Also, although article 6 of Regulation nº 1/58 authorizes a certain degree of flexibility regarding the use of languages for internal activities, providing that *"the institutions of the Community may stipulate in their rules of procedure which of the languages are to be used in specific cases"*, there are no rules stating specifically which languages may be used as working languages. Hence, the choice of working languages is just a matter of practice and no language can a priori be excluded from being chosen - nor could it legally be, as the Regulation makes no difference between official and working languages. For instance, English, French and German are not the 'official' working languages of the Commission, but just the most commonly used languages for its internal activities, even though German is used far less than the other two. As for the Council, the equal treatment of the 24 official languages is largely respected for meetings of national ministers, as well as for meetings of the European Council, whereas fewer working languages are used in meetings of Coreper and certain preparatory groups.

Language management within the European Court of Justice is of particular importance,as it is related to the conditions of production of EU case law given that there are 24 potential languages of procedure for actions before the Court. Article 29 (5) of the Rules of Procedure of the ECJ states that *'the President of the Court and the Presidents of Chambers in conducting oral proceedings, the Judge Rapporteur in his preliminary report, Judges and Advocates General in putting questions and Advocates General in delivering their opinions may use one of the [official languages] other than the language of the case'*. In practice, however, the language used is mainly French and sometimes English, but during all stages of drafting, discussion and deliberation of judgments constant consideration is taken of the document's subsequent translation needs.

F. Managing multilingualism in EU lawproduction and application

As European integration largely depends on the effective harmonization of national laws in fields of EU competence, it is obvious that any legal language differences observed between the Member States risk to create divergence in the way that European rules are understood and applied in the national legal systems, thus affecting the harmonization process. Harmonization of national laws is mainly achieved by means of secondary legislation: regulations and directives. While transposition into national law is normally not needed for regulations, directives, which are only binding as to the result, must be transposed by each Member State through national implementing legislation. The process of transposition enlarges the risk of linguistic and semantic divergence that is already inherent to the drafting of EU legislative texts and their translation into all official languages of the Union.

In this respect, it is useful to remind that proposals for directives are initially drafted by the Commission either in English or, less frequently, in French and the initial draft is translated into all official languages to allow for reactions from governments, national parliaments and interested parties and bodies. When the text comes to be debated in the Council of the EU, the discussions are based on one reference text, either the English or the French version. The amended text is then again translated into all the official languages for debate in the European Parliament. Following their adoption, directives are translated into all twenty-three other official languages, each language version having equal status. Each language version must produce the same effects in law, the text thus constituting a *"multilingual expression of a single message"*[5] .

Problems of semantic divergence

Despite the expertise of translators and legal revisers in their task of ensuring coherence between the different language versions of EU legislation, problems of semantic divergence still

4 For further information, see M. Gazzola, *loc. cit.*, p. 402 f.

5 G. Ajani & P. Rossi, «Multilingualism and the coherence of European private law», *in* : B. Pozzo & V. Jacometti (eds.), *Multilingualism and the Harmonization of European law*, Kluwer Law International, 2006, (.11.2005,ission ocial Commit- ing of Diverging Language Versions of a Community Law p. 84 (.11.2005,ission ocial Commit- ing of Diverging Language Versions of a Community Law

arise. The absence of equivalence of legal terms in the respective legal languages of the Member States, as well as semantic divergences produced on the occasion of translation and transposition of legal texts, makes it difficult to ensure a common and uniform meaning of EU legislation through the EU[6] .

First of all, differences in the way the same legal terms are perceived in the Member States can stem from differences in legal principles, institutions and reasoning in each national legal order. As previously said, there is particularly high potential for semantic divergences between national legal systems belonging to common law and romano-germanic traditions. The risk of semantic divergence increases when the term in question expresses a concept not known in some legal systems (for example, the principle of *"good faith"* used in the Unfair Contract Terms Directive is widely known in romano-germanic legal systems but accepted with difficulty in English law). Then, divergence can be created during the process of translation itself, even when there is in principle no problem of legal equivalence, while, finally, the transposition of directives into national law can be the source of further divergence.

G. Why not reduce multilingualism in the EU?

Because of these semantic divergence risks it has been argued that the legislative multilingualism in the EU is self-defeating and even risks to be incompatible with the rule of law requirements of accessibility of law and ability to foresee its effects, as developed by the European Court of Human Rights under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms[7] .

There is in fact a recurrent debate on the perspective of limiting multilingualism within the EU and proposals are formulated once in a while in favour of surrendering to simpler solutions and of taking into account the de facto dominant position of the English language in the European and international business world. The reasons advanced for reducing multilingualism within the EU are twofold: budgetary and organizational arguments are usually added to the above mentioned risks related to semantic divergences in the different linguistic versions of EU law.

However, proposals for reducing multilingual practices within the EU seem unlike to prevail, at least for the time being, considering first of all the Member States' particular political sensibility in regard to this matter. Moreover, the argument related to the budgetary impact of translation services is not particularly convincing. According to rough estimates of the Commission's DG Translation, the cost of all language services in all EU institutions amounts to less than 1% of the annual general budget of the EU, which, divided by the population of the EU, comes to around 2 euros per citizen per year[8] .

But most importantly, far from endangering the rule of law as argued by some authors, the option to maintain multilingualism is motivated precisely by the necessity to ensure the rule of law within the Member States. Given that an impressive volume of legal acts (estimated at almost 80% of the legislation in total) that the national administrative and judicial authorities are called upon to apply is nowadays of European origin, it is essential that all EU legislative acts and EU case law continue to receive 24 official linguistic versions, in order that the national authorities preserve the possibility to use and apply the respective versions of the same text. These official linguistic versions should ideally continue to be provided by the EU translation services, which have developed a high degree of expertise and internal coordination in their field, rather than by the Member States themselves.

Maintaining EU multilingualism is, in consequence, crucial to ensure effective implementation of the EU law across Europe. In any case, several methods for minimizing semantic divergences in the different linguistic versions of EU law have been developed.

H. Methods for minimizing semantic divergence

In order to minimize semantic divergence that may occur during the drafting of EU legislation and in a general spirit of linguistic coordination[9] , EU institutions apply constant controls of the consistency and coherence of the different linguistic versions of EU legislative acts. Controls culminate at the end of the legislative process, with the editing and finalization of legal texts by legal and linguistic experts. Meanwhile, the EU legislative language itself has been to a large extent standardized, not only through the work of EU translation services but also through the jurisprudence of the ECJ. Recurrent and autonomous concepts of EU law have thus acquired a proper Union-wide meaning and, consequently, equal effect in all Member States. Moreover, in order to ensure that European legislation is clear and unambiguous, the EU legislator frequently provides definitions for the terms used, a technique that has been borrowed from common law systems. Directives can thus contain whole definition sections (for example, the Environmental Liability Directive or the Product Liability Directive), while they also include preambles which set out the reasons for the legislation and its objectives and offer guidance to national judges in their interpretation of the EU texts.

The role of the ECJ in ensuring the uniform application of EU law is also significant. The Court accepts that *"all the language versions must, in principle, be recognized as having the same weight and this cannot vary according to the size of the population of the member State using the language in question"* (ECJ, case C-296/95, The Queen and Commissioners of Customs and Excise, p. 36) and bears in mind that, the European legislation being drafted in several languages, *"an interpretation of a provision of Community law …involves a comparison of the different language versions"* (ECJ, case 283/81, CILFIT, p. 18). At the same time, the Court underlines that *"the object of ensuring that in all circumstances the*

---

6 For extensive analysis and exemples on semantic divergence, see S. Taylor, «The European Union and National Legal Languages: an Awkward Partnership?», *RFLA* 1/2011, p. 105 f.

7 Th. Schilling, «Beyond Multilingualism: On Different Approaches to Handling of Diverging Language Versions of a Community Law», *European Law Journal* 1/2010, p. 48.

8 L. Guilloud-Colliat, «Le multilinguisme dans le fonctionnement institutionnel de l'Union européenne», *RDP* 5/2014, p. 1362.

9 On this question, see S. Taylor, *loc. cit.*, p. 114 f.

law is the same in all States of the Community" must be respected and that the aim is "*to avoid divergences in the interpretation of Community law which the national courts have to apply"* (ECJ, case 166/73, Rheinmühlen Düsseldorf v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, p. 2). The clear preference for a uniform interpretation of Union law makes it, according to the ECJ, *"impossible for a passage to be considered in isolation and requires that it should be interpreted and applied in the light of the versions existing in the other official languages"* (ECJ, case 9/79, Koschniske v. Raad van Arbeid, p. 6).

When the ECJ is asked to provide an interpretation of a term but is faced with differences in the various language versions of the legislative text, it proceeds to a comparison of the distinct language versions in order to decide which one bears the correct meaning. In some cases, the Court will favour the language version of the text which is clearer. Also, when one language version leads to doubt, the Court often considers the semantic similarity of the other versions as significant. However, the most important factor for the Court is the aim or purpose of the legislation, and the linguistic version of the provision is considered as valid where it is perceived as corresponding to this aim. As the Court points out, *"the different language versions of a Community text must be given a uniform interpretation and hence, in the case of divergence between the language versions, the provision in question must be interpreted by reference to the purpose and general scheme of the rules of which it forms a part"* (ECJ, case 30/77, Regina v. Bouchereau, p. 14, and case 372/88, Cricket St. Thomas, p. 19).

I. Conclusion: why multilingualism?

Multilingualism in the sense of a multilingual environment was previously examined rather as a source of challenges or obstacles to European integration. In this context, individual multilingualism, i.e. in the sense of an individual's knowing many languages, can be an asset of the outmost importance, both for scientific and for practical reasons.

Only one linguistic version of EU legislation can be misleading; nowadays, one has to be able to compare ad understand other versions too. This capacity is important for every legal actor, including judges, and in particular national judges and lawyers practicing before national courts. As stated before, the ECJ can only be effective in assuring the uniform interpretation of EU law if the national courts correctly identify and refer questions on linguistic divergence to it. The national judges must therefore be able to examine more than one linguistic versions of the EU legal act in question. This cross-examination is necessary in order for the judge to be aware of the eventual uncertainty of meaning of the text, but this uncertainty will not be apparent if the judge relies exclusively on one national language version which appears in itself clear.

Knowing only one foreign language is not sufficient for those who aspire to work for the EU institutions either. Knowledge of at least two official languages other than one's mother tongue is normally required. Even if there is a strong tendency towards the English language as the common language of our time, nobody should underestimate the importance of multilingualism as a decisive advantage for professional careers. Especially for young and ambitious people like you, English has become a condition for every academic post, a condition comparable to technical skills as computer-writing; it is not a distinctive element anymore. So, if you wish to improve your chances, you should be able to speak more languages – or, more precisely, you should at least read and use other languages than English.

For legal scholars, and in particular for those who study EU Law, I would suggest French and German and, why not, also Italian and Spanish, which correspond to the most important legal orders in the EU. These five languages are widely recognized as pivot languages in the Union. In any case, French and German seem to me necessary for acquiring access to the contributions of French and German authors as well as to the case-law of French and German courts. Imagine the advantage consisting in the capacity to study and use French and German literature and jurisprudence. How many times have you read in the newspaper that the German Constitutional Court or the French Council of State gave significant decisions in different fields and how valuable would it be if you had direct access to these judgments supposing you have to treat a similar case or to write an essay concerning the same legal problem? As for the EJC, I can assure you that being fluent in French and English is a condition for a job; also speaking German is a real asset, taking into account that a very big number of preliminary rulings stem from German courts.

It is a fact that the younger you start with foreign languages the easier you learn them. For that reason, I would like to encourage you to continue your efforts or to start immediately. However, it is never too late, even for more mature people. It is no secret that the judges arriving at the Court of Justice are not always fluent in French – I was myself far from being fluent in French when I joined the Court in 1999. I was therefore obliged to improve my French significantly, which I did, just as my colleagues also did and continue to do.

So, if I can send a message which could be of a certain value for you, I would say: Learn languages!

Fabian Eichberger*

Argentiniens Rückkehr an die Kapitalmärkte

Völker- und kapitalmarktrechtliche Implikationen der Beendigung des Staatsbankrotts

A. *El Museo de la Deuda Externa*

Im Jahre 2005 wurde in Buenos Aires ein weltweit einzigartiges Projekt umgesetzt, das als Mahnmal und Lehrbeispiel dienen sollte: das *Museo de la Deuda Externa* – das Museum der Auslandsschulden.[1] Inspiriert durch die Finanzkrise Argentiniens, war es den Verantwortlichen ein Anliegen, das besondere Verhältnis ihres Heimatstaats zu seinen Schulden darzustellen. Dabei dürfte bei der Eröffnung des Museums keiner vorausgesehen haben, dass es noch elf Jahre dauern würde, bis Argentinien durch die Rückkehr an die Kapitalmärkte in die „Normalität" zurückkehren würde. Die Resolvenzbemühungen[2] Argentiniens in diesen Jahren sind nicht nur eine nationalhistorische Betrachtung im *Museo* wert, sondern ermöglichen auch Schlussfolgerungen hinsichtlich aktueller Entwicklungen und Herausforderungen im Völker- und Kapitalmarktrecht. Um diese zu ziehen, sollen zunächst die historischen und wirtschaftlichen Umstände der Finanzkrise Argentiniens herausgearbeitet und ihre Bewältigung beschrieben werden (B.). Anschließend werden die Zahlungsunfähigkeit und ihre Konsequenzen rechtlich eingeordnet und im Hinblick auf Entwicklung eines kohärenten Insolvenzregimes für Staaten bewertet (C.).

B. Die argentinische Finanzkrise

I. Finanzkrise 1998 – 2002 und Staatsbankrott

Argentiniens volkswirtschaftliche Entwicklung war in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts von einer protektionistischen Politik und galoppierenden Inflationsraten geprägt.[3] Erst in den 1990er Jahren bescherten eine Liberalisierung der Wirtschaft und die Einführung eines festen Wechselkursregimes des Pesos in Parität zum Dollar der argentinischen Wirtschaft eine Dekade umfassenden Aufschwungs, bis der Staat 1999 erneut in die Rezession rutschte.[4] Dabei wurde deutlich, dass während der „Boom-Jahre" durch konstante Haushaltsdefizite eine kaum mehr zu kontrollierende Schuldenlast aufgebaut worden war.[5] Erschwerend stand dem Staat aufgrund des festen Dollar-Wechselkurses das währungspolitische Instrument der Abwertung nicht zur Verfügung, was die Krise weiter verschärfte, weswegen Argentinien bis Mitte 2001 sukzessiv den Zugang zu den internationalen Kapitalmärkten verlor.[6] Nach nationalen Unruhen erklärte Argentinien am 23. Dezember 2001 seine Zahlungsunfähigkeit[7], verkündete ein Moratorium auf die Zahlung seiner Staatsschulden und hob die Konvertibilität des Pesos zum Dollar in Parität auf.[8]

II. Folgen für Argentinien und Versuch der Schuldenrestrukturierung 2002 – 2012

Bereits der gewaltige Umfang der Staatsschulden in Höhe von 120 Mrd. US $ machte die argentinische Schuldenrestrukturierung zu einer Mammutaufgabe.[9] Dazu wurde knapp die Hälfte der Summe als „nicht restrukturierungsfähig" angesehen, da sie entweder internationalen Finanzinstitutionen (vornehmlich dem IWF) oder instabilen argentinischen Banken geschuldet wurden.[10]

Demensprechend betraf das Umschuldungsangebot Argentiniens an seine Gläubiger Anfang 2005 nur 53% der Staatsschulden und fiel rigoros aus, um dennoch eine spürbare Entlastung zu erreichen: Nach dem Grundsatz *take it or leave it* sollten Anleihegläubiger entweder umfassende Einschnitte hinsichtlich des Nominalwertes und der Zinsen hinnehmen - oder völlig leer ausgehen.[11] In der Folge tauschten im Rahmen von zwei Umschuldungsangeboten 2005 und 2010 knapp 93% der ursprünglichen Anleihegläubiger ihre Anleihen zu Schuldverschreibungen unter den neuen Konditionen um.[12] Die verbliebenen knapp 7% Hold-Outs[13] bestanden größtenteils aus Hedge-Fonds, welche die Anleihen zu niedrigen Preisen in der Hoffnung erworben hatten, sie unter möglichst geringen Zugeständnissen einzutreiben (sog. „Geier-Fonds"). Ihnen gegenüber nahm die argentinische Regierung eine Null-Toleranz Haltung ein.[14] Die Hold-Outs versuchten indessen, in einer Fülle von

---

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

1 Vgl. http://museodeladeuda.econ.uba.ar/mision-vision-y-valores/ (Zugriff 5.11.2016).

2 Resolvenz soll hier die Lösung staatlicher Zahlungsschwierigkeiten bezeichnen, vgl. *Paulus*, RIW 2016, 93.

3 *Bickel*, Argentinien-Krise aus ökonomischer Sicht, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, 2005, 14 ff.

4 *Szodruch*, Staateninsolvenz und private Gläubiger, 2008, 116.

5 Für eine detaillierte Darstellung: IWF, Lessons from the Crisis in Argentina, 8.10.2003, 8 ff.

6 *Bickel* (Fn. 3), 49 f.; der Zugang zu den Kapitalmärkten geht verloren, wenn der Staat nicht mehr fähig ist, seriöse Gläubiger für seine Schulden zu finden.

7 „Argentine makes biggest debt default in history", *The Telegraph* 24.12.2001, http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/southamerica/argentina/1366218/Argentina-makes-biggest-debt-default-in-history.html (Zugriff 5.11.2016); der rechtliche Zahlungsverzug trat erst im Januar ein, da Staatsanleihen für gewöhnlich eine 30-tägige Frist zur Nachzahlung gewähren, vgl. *Olivares-Caminal*, Legal Aspects of Sovereign Debt Restructuring, 2009, Rn. 6-002.

8 Dieses wurde rechtlich per Verordnung Nr. 256/2002 erst am 6.2.2002 umgesetzt, vgl. *Baars/Böckel*, ZBB 2004, 445, 447.

9 Vgl. IWF, Lessons from Argentina (Fn. 5), 63.

10 Zur Begründung der Einordnung *Hornbeck*, Argentina's Sovereign Debt Restructuring, Congressional Research Service, 2004, 2 f.

11 Im Februar 2005 verabschiedete die Regierung das Gesetz 26,017, welches verbot das Austauschangebot zu erneuern oder einen Vergleich mit privaten Gläubigern zu erzielen, die nicht an der Umschuldung teilgenommen hatten, vgl. *Hornbeck*, Dealing with the „Holdouts", Congressional Research Service, 7-5700, 2013, 5.

12 *Kämmerer*, MPEPIL, Argentine Debt Crisis, Rn. 8.

13 Aufgrund der gängigen Terminologie soll auch hier das Wort „Hold-Outs" (wörtliche Übersetzung: „Ausharrende") für die Gläubiger verwendet werden, die sich in der Hoffnung auf bessere Konditionen durch eine Gerichtsentscheidung oder einen Vergleich nicht auf Umschuldungen einlassen.

14 *Paulus*, WM 2015, 953, 954.

Gerichtsverfahren ihre Forderungen geltend zu machen.[15] Der wichtigste Etappensieg gegen Argentinien erfolgte dabei 2012 durch die einstweilige Verfügung eines New Yorker Gerichts. Unter Anwendung einer Gleichrangklausel (sog. *pari-passu*-Klausel) wurde Argentinien untersagt, auf die umgeschuldeten Anleihen zu leisten, solange es nicht auch an die Hold-Outs leistete. Zugleich wurde allen Drittparteien verboten, bei der Bedienung der Anleihen zu helfen.[16] Damit befand sich Argentinien in einer Zwickmühle: Auf der einen Seite konnte es aufgrund der einstweiligen Verfügung die umgeschuldeten Anleihen nicht bedienen, ohne gleichzeitig dem Druck der „Geier-Fonds" nachzugeben. Andererseits konnte es auch keinen Kompromiss anbieten, welcher die Fonds besserstellen würde, als die Gläubiger, die an den ersten beiden Umschuldungen teilgenommen hatten. In deren Vertragsdokumenten fanden sich nämlich sogenannte „Rights Upon Future Offers" (RUFO) Optionen, die ihnen bis zum 31. Dezember 2014 das Recht gewährten, vorteilhafte Angebote an Hold-Outs in gleicher Weise beanspruchen zu dürfen.[17] Als Folge dieser Mischung aus rechtlichem Zwang, ökonomischem Druck und politischem Widerstand schlitterte Argentinien im Juli 2014 erneut in die technische Zahlungsunfähigkeit.[18]

III. Kompromiss mit den Hold-Outs und Rückkehr an die Finanzmärkte

Nachdem die Pattsituation zwischen Hedge-Fonds und Argentinien beinahe zwei Jahre andauerte, läutete ein Regierungswechsel Ende 2015 eine Wende in dem Konflikt ein.[19] Zwischen Januar und April 2016 einigte sich der Staat sukzessive mit den Hold-Outs.[20] Diese hatten ihr Ziel erreicht: Auf ihre günstig erworbenen Anleihen konnten sie Gewinne zwischen 300% und 1000% verzeichnen.[21] Argentinien hingegen konnte nach 15 Jahren an die internationalen Kapitalmärkte zurückkehren und nahm diese Möglichkeit sofort wahr.[22]

C. Schlüsse aus Argentiniens Staatsbankrott und Resolvenz

Im Folgenden soll versucht werden, ein Fazit aus der zweimaligen Zahlungsunfähigkeit, dem Erfolg der Hold-Outs und der Rückkehr Argentiniens an die Kapitalmärkte zu ziehen. Dafür wird die Zahlungsunfähigkeit Argentiniens zunächst rechtlich eingeordnet (C.I.) und mögliche Folgen der Durchsetzung der „Geier-Fonds" beschrieben (C.II.). Im Anschluss wird im Hauptteil der Arbeit versucht, die Auswirkungen von Argentiniens Staatsbankrott und seiner Beendigung auf die Entwicklung einer kohärenten Insolvenzordnung für Staaten darzustellen (C.III.).

I. Rechtliche Einordnung der Zahlungsunfähigkeit

1. Dauerhafter Staatsbankrott zwischen 2002 und 2016?

Für eine rechtliche Betrachtung von Argentiniens Zahlungsunfähigkeit gilt es zunächst, den rechtlichen Gehalt dieser Feststellung zu konturieren. Weder der Begriff „Staatsbankrott" noch „Staateninsolvenz" sind als feststehende völkerrechtliche Rechtstermini etabliert. Im Folgenden wird der Begriff „Staatsbankrott" für die Unfähigkeit von Staaten verwendet, ihre Zahlungsverbindlichkeiten zu bedienen, da er im Gegensatz zur „Staateninsolvenz" nicht mit einem formellen Verfahren assoziiert wird.[23] Für die Feststellung dieser Unfähigkeit ist auf objektive Kriterien abzustellen, da ein Staat, der seine Schulden lediglich nicht bezahlen *will,* weder seine Gläubiger noch seine Bevölkerung mit irgendwie gearteten Insolvenzmechanismen belasten dürfen soll.[24]

Subsumiert man Argentiniens Finanzkrise unter die Voraussetzung der objektiven Zahlungsunfähigkeit, wird die Komplexität der Vorgänge deutlich: Denn war dem Staat nach der deklarierten Zahlungsunfähigkeit 2002 die Schuldenbedienung vor allem ökonomisch nicht möglich, wandelte sich dies nach der ersten Umschuldung 2005 durch die RUFO-Clauses[25] hin zu einer rechtlich-ökonomische Zwangslage, bis sich nach dem Erlass der einstweiligen Verfügung 2012,[26] für die Dauer ihres Bestands, die Lage gänzlich zu einer rechtlichen Unmöglichkeit verschob. Aufgrund dieser zunächst ökonomischen und dann rechtlichen Unmöglichkeit der Leistung, kann man bis zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung und der Rückkehr an die Kapitalmärkte 2016 vom Bestehen des Staatsbankrotts ausgehen.

2. Folgen der Nichtbedienung von Staatsschulden bei privaten Gläubigern

Für Argentiniens Schuldenkrise waren Verbindlichkeiten bei privaten Gläubigern und deren Durchsetzung von zentraler Bedeutung.[27] Um auf nichtstaatliche Kapitalquellen zurückgreifen zu können, treten Staaten in Vertragsbeziehungen mit Privaten ein. Für das Verständnis der Hold-Out Problematik und der Forderung nach einem reformierten Insolvenzverfahren nützt es, sich zwei Besonderheiten von Staatsschulden bei Privatgläubigern vor Augen zu führen.

---

15 Vgl. IWF, Working Paper: Sovereign Debt Restructurings 1950 – 2010, WP/12/203, 2012, 50 ff.

16 Vgl. United States District Court for the Southern District of New York, *NML Capital Ltd. v. Argentina*, No. 08 Civ. 6978, (S.D.N.Y. 23.2.2012), *Injunction*, 3 ff.; zu der Problematik siehe unten ausführlich C.II.2.

17 Vgl. Securities and Exchange Commission, Invitation of the Republic of Argentina Prospectus Supplement to Prospectus dated 13.4.2010, 22; mit demselben Schluss, *Beneze*, Vand. J. Transnat'l L. 49 (2016), 245, 253.

18 *Beneze*, Vand. J. Transnat'l L. 49 (2016), 245, 246.

19 So auch das zuständige Gericht: „*Put simply, President Macri's election changed everything*.", United States District Court for the Southern District of New York, *NML Capital Ltd. v. Argentina*,No. 14 Civ. 04908 (S.D.N.Y. 19.2.2016), Injunction Lifting Order, 13.

20 Argentina Reaches Deal With 4 Hedge Funds Over Old Debt, New York Times vom 1.3.2016, S. B4 New York Edition.

21 United States District Court for the Southern District of New York, *NML Capital Ltd. v. Argentina*, No. 08 Civ. 6978 (S.D.N.Y. 29.02.2016), Exhibit 1, 2 ff.

22 Argentina returns to international markets with $16.5bn debt sale, Financial Times, 20.04.2016, verfügbar unter: https://next.ft.com/content/67603844-0637-11e6-9b51-0fb5e65703ce (Zugriff: 5.11.2016).

23 So auch *Kämmerer*, MPEPIL State Bankruptcy, Rn. 2 f.; vgl. auch: *Ohler*, JZ 2005, 590; *Herdegen*, WM 2011, 913 ff.; a.A. *Szodruch* (Fn. 4), 65, der die strafrechtliche Konnotation des „Bankrotts" im Deutschen hervorhebt.

24 So auch *Kämmerer*, ZaöRV 65 (2005), 651, 653; sowie *Ohler*, JZ 2005, 590, 593; a.A.*Isensee*, Der Staatsbankrott, in: Festschrift Selmer 2004, 687, 688.

25 Siehe dazu oben B.II.

26 Dazu unten C.II.

27 Zu der Behandlung zwischenstaatlicher Schulden vgl. unten C.III.1.b).

Zum einen, dass Schwellenländer wie Argentinien ihre Staatsanleihen vornehmlich auf ausländischen Kapitalmärkten unter ausländischem Recht emittieren.[28] Dementsprechend ist es größtenteils das innerstaatliche Recht dieser Staaten, welches die Folgen eines Zahlungsverzugs regelt und nicht etwa das Völkerrecht.[29] Die zweite Besonderheit ist, dass Private, anders als Staaten, bei der Durchsetzung ihrer Forderungen zumeist keine Rücksicht auf eventuelle diplomatische Verwerfungen nehmen müssen. Beide Faktoren sind im Blick zu behalten, wenn man sich im Folgenden dem Vorgehen der Hold-Outs nähern möchte.

II. Die Durchsetzung der Hold-Outs und ihre Konsequenzen

Die gerichtlichen Auseinandersetzungen mit den Hold-Outs, die Argentinien letztendlich zu einem Vergleich zwangen, verdeutlichen, warum die *Causa* Argentinien überhaupt zum Anlass für eine Reform des internationalen Insolvenzregimes werden könnte. Der Ausgang des Verfahrens zwischen Argentinien und dem berühmten „Geier-Fonds“ *NML Capital* sowie seinen Mitstreiter soll dazu vor allem in Hinblick auf seine mögliche Wirkung als Präzedenzfall für zukünftige Restrukturierungen untersucht werden, um herauszuarbeiten, inwieweit sich die Machtverhältnisse zugunsten der Hold-Outs verschoben haben könnten.[30]

1. *Pari-Passu*-Klauseln, ihre Interpretation und deren Folgen

Um den „Sieg“ der Hold-Outs und seine Folgen einordnen zu können, ist zunächst ein Grundverständnis der *pari-passu*-Klauseln[31], deren Interpretation im Zentrum des ausschlaggebenden Gerichtsverfahrens stand, notwendig. Dem Wortlaut nach[32] enthalten *pari-passu*-Klauseln die Zusicherung Argentiniens, dass die Schuldverschreibungen sowohl innerhalb einer Klasse,[33] als auch in Bezug auf alle übrigen gegenwärtigen und zukünftigen Auslandsverbindlichkeiten in gleichem Rang stehen.[34] Es handelt sich dabei um Standardabreden bei internationalen Anleiheemissionen,[35] deren genaue Rechtsfolgen jedoch hoch umstritten sind.[36] Zusammengefasst stehen sich bei der Auslegung von *pari-passu*-Klauseln in Staatsanleihen zwei Ansichten gegenüber: Entweder kann man die Klauseln eng nur als Verpflichtung interpretieren, eine förmliche Unterordnung bestimmter Gläubiger zu unterlassen[37] oder aber ihnen auf Grundlage einer weiten Auslegung darüber hinaus eine positive Pflicht entnehmen, alle Gläubiger gleichzeitig ihrem Anteil nach (*pro rata*) zu befriedigen.[38] Der zweiten Ansicht folgten die New Yorker Gerichte in *NML Capital v. Argentina*, was letztendlich zu der einstweiligen Verfügung führte, die Argentinien verbot, andere Gläubiger zu bedienen, solange die Hold-Outs keine Zahlungen erhielten.[39] Diese Verfügung war aber nicht nur an Argentinien gerichtet, sondern entfaltete auch Wirkung gegenüber den privaten Zahlungs- und Abwicklungsstellen von Argentiniens Transaktionen.[40] Die Teilnahme am internationalen Kapitalverkehr wurde Argentinien damit *de facto* unmöglich gemacht. In dieser Drittwirkung liegt letztlich die Macht, welche die weite Auslegung der *pari-passu*-Klauseln Hold-Out Gläubigern verleiht: Während das materielle Bestehen ihrer Forderung nämlich selten Zweifel aufwirft, existieren aufgrund der staatlichen Immunität im Vollstreckungsverfahren extreme Schwierigkeiten, die Ansprüche zu verwirklichen.[41] Indem der Schuldnerstaat durch die einstweilige Verfügung jedoch vom Kapitalmarkt abgeschnitten wird, erhalten die Gläubiger ein wirkungsvolles Instrument zur Durchsetzung ihrer Forderung.

2. Dauerhafte Gefahr für Schuldenrestrukturierungen?

Durch die weite *pari-passu*-Interpretation wird das Spektrum der möglichen Komplikationen für eine erfolgreiche Umstrukturierung um eine Komponente erweitert. So werden Gläubiger, welche die Aussicht haben, entweder gänzlich befriedigt zu werden oder aber im Vergleich zu späteren Hold-Outs schlechter dazustehen, deutlich weniger geneigt sein, an konstruktiven Umschuldungen teilzunehmen.[42] Das zuständige Gericht war sich dieser Gefahr durchaus bewusst und betonte daher den Einzelfallcharakter der

28 Die meisten Emissionen erfolgen nach wie vor in New York und London vgl. *Herdegen*, WM 2011, 913, 914.

29 Auf die umstrittene Frage, ob der völkerrechtliche Notstand auch Leistungsverweigerungsrechte bezüglich Verbindlichkeiten bei privaten Gläubigern begründet, soll hier nicht eingegangen werden; dazu aber ausführlich *Reinisch*, ZaöRV 68 (2008), 3, 22 ff.; *Kleinlein*, AVR 44 (2006), 405, 413 f.; ablehnend BVerfG, NJW 2007, 2610; a.A. Richterin Lübbe-Wolff im Sondervotum BVerfG, NJW 2007, 2610, 2614 ff.

30 Für eine materiell-rechtliche Bewertung der Urteile vgl. *Olivares-Caminal*, Law & Bus. Rev. Am. 15 (2009), 745; *Szodruch-Arnold*, Recht der Staateninsolvenzen, in: Festschrift Walther-Schücking-Institut 2014, 659; United States Court of Appeals for the Second Circuit, *NML Capital Ltd. v. Argentina*, 892 F. Supp 2d. 530, No. 12-105 (2d Cir. 28.12.2012)U.S *Amicus Curiae* Brief, 10 ff.; insbesondere zur Immunität, *Weidemaier*, U. Ill. L. Rev. 1 (2014), 67.

31 Der lateinische Ausdruck bedeutet wörtlich übersetzt „im gleichen Schritt“.

32 Für eine deutschsprachige *pari-passu*-Musterklausel siehe etwa *Hartwig-Jacob*, Die Vertragsbeziehungen und Rechte der Anleger bei internationalen Anleiheemissionen, 513 (dortige Fn. 802); zum Wortlaut der streitigen Klausel in den argentinischen Anleihebedingungen siehe United States Court of Appeals for the Second Circuit, *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina,* 699 F.3d 246, 258 (2d Cir. 26.10.2012) 4 f.

33 Eine Anleiheklasse ist die durch eine einzige Emission im Rechtssinne in Umlauf gebrachte Serie an Anleihen, vgl. *Hoffmann/Keller,* ZHR 175 (2011), 684, 711.

34 Vgl. *Baars/Böckel*, ZBB 2004, 445, 454 f.

35 *Hartwig-Jacob* (Fn. 33), 515; in vielen nationalen Rechtsordnungen werden Gläubigergruppen gebildet, die in einer bestimmten Reihenfolge befriedigt werden, was *pari-passu*-Klauseln obsolet macht,vgl. etwa nach deutschem Recht § 39 InsO.

36 Lange war unter Kommentatoren gänzlich unklar, was die Klauseln in staatlichen Auslandsanleihen überhaupt bewirken (sollen), sehr illustrativ dafür *Buchheit/Pam*, Emory L.J. 53 (2004), 869, 875 (dortige Fn. 12).

37 So die überwiegenden Stimmen in der Literatur vgl. etwa *Bratton,* Emory L. J. 53 (2004), 823, 833 ff.; *Buchheit/Pam*, Emory L.J. 53 (2004), 869, 917 ff.; *Gulati/Klee*, Bus. Law. 56 (2001), 635, 650; *Paulus*, WM 2013, 489, 490; wohl auch *Hartwig-Jacob* (Fn. 33), 516.

38 Zur dogmatischen Herleitung, vgl. die Erklärung von Prof. Lowenfeld im Verfahren *Elliot Assocs L.P. v. Banco de la Nacion,* No. 96 Civ. 7916, (S.D.N.Y. 31.8.2000), Rn. 1, 8; darauf Bezug nehmend *Buchheit/Pam*, Emory L.J. 53 (2004), 869, 878 ff.; *NML Capital v. Argentina,* Injunction, Fn. (16), 2.

39 *NML Capital v. Argentina,* Injunction, Fn. (16), 4.

40 *NML Capital v. Argentina,* Injunction, Fn. (16), 4.

41 Vgl. *Bratton,* Emory L. J. 53 (2004), 823, 824 f.; *Gelpern,* Emory L. J. 53 (2004), 1115, 1124 ff.

42 Ähnlich *Paulus/van den Busch*, WM 2014, 2025, 2027; sowie UN Human Rights Office of the High Commissioner, Hold-Out deal makes solving debt crises more difficult, Information Note, 8.3.2016.

Entscheidung, die nicht ohne Weiteres auf andere Fälle übertragen werden könne.[43] Gleichwohl erscheint es gut möglich, dass die „Geier-Fonds" durch den Ausgang des langwierigen Prozesses in ihren Bemühungen noch bestärkt werden. Auch die International Capital Markets Association (ICMA)[44] scheint eher um Schadensbegrenzung bemüht zu sein als das Urteil als Einzelfall abzutun und veröffentlichte 2014 neue *pari-passu*-Musterklauseln, die explizit eine *pro rata* Auslegung ausschließen sollen.[45] Bis diese allerdings ausreichende Verbreitung in Anleihebedingungen gefunden haben, werden noch Jahre vergehen. Dementsprechend besteht das hohe Risiko, dass die Mitwirkungsbereitschaft von Gläubigern an Restrukturierungen sinkt und es in naher Zukunft zu weiteren „*pari-passu*-Verfahren" kommen wird. Umso wichtiger erscheint es vor diesem Hintergrund, einen Blick auf die derzeitigen Mechanismen zur Bewältigung von staatlicher Zahlungsunfähigkeit zu werfen, um zu sehen, ob solchen Entwicklungen auf internationaler Ebene in Zukunft vorgebeugt werden kann.

III. Auswirkungen der Argentinienkrise auf die Behandlung des Staatsbankrotts

Die Zahlungsunfähigkeit vom Schuldnern stellt Rechtssysteme vor besondere Herausforderungen: Auf der einen Seite sollen die Forderungen der Gläubiger möglichst gerecht bedient[46] und auf der anderen Seite im besten Fall die zukünftige Zahlungsfähigkeit wiederhergestellt werden.[47] Gleichwohl zeigt die oben dargestellte Entwicklung, dass im Fall Argentiniens die Gläubiger, insbesondere durch den Vergleich mit den Hold-Outs, alles andere als gleichbehandelt wurden und auch die zukünftige Zahlungsfähigkeit Argentiniens nicht ohne Weiteres angenommen werden kann.[48] Im Folgenden soll zunächst die Bewältigung von Staatsbankrotten allein auf Grundlage von Verhandlungen präsentiert (C.III.1.) und anschließend dem Entwurf eines kodifizierten Insolvenzverfahrens gegenübergestellt werden (C.III.2.). Letztlich wird die Bewältigung von Staatsbankrotten auf Grundlage spezieller Vertragsklauseln vorgestellt (C.III.3.). Die argentinische Schuldenkrise ist dabei zum einen instruktiv für die derzeitigen Mechanismen und soll zum anderen als möglicher Katalysator für zukünftige Entwicklungen bewertet werden.

1. Die Bewältigung von Staatsbankrotten durch Verhandlungsforen

a) Fehlen eines Insolvenzrechts für Staaten als Ausgangspunkt

Während im nationalen Recht die Ziele der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung und Resolvenz durch ein formalisiertes Insolvenzverfahren verwirklicht werden, welches Unternehmen[49] offensteht, existiert im Völkerrecht kein vergleichbares Instrument für Staaten. Das Fehlen eines kodifizierten staatlichen Insolvenzrechts hat seine Ursache dabei nicht in der mangelnden Fähigkeit von Staaten, Bankrott zu gehen,[50] sondern in deren Souveränität: So geht mit einem Insolvenzverfahren ein Souveränitätsverlust aller Beteiligten einher.[51] Da Staaten rechtlich gleichgeordnet sind, wäre nur auf der Grundlage ihres Konsenses, sowohl auf Schuldner- als auch auf Gläubigerseite, die Etablierung eines förmlichen Insolvenzverfahrens möglich, was jedoch auf beidseitigen Widerstand stößt.[52] Zudem schließt die Funktion des Staates als Garant sozialer Basisleistungen eine Liquidation, wie sie Ergebnis eines Insolvenzverfahrens für private Gesellschaften sein kann,[53] von vornherein aus.[54] Gleichwohl verlangt die wirtschaftliche Realität einen Umgang mit zahlungsunfähigen Staaten,[55] was sich in einer gewissen Staatenpraxis und multilateralen Lösungsansätzen niedergeschlagen hat.

b) Umschuldungsverhandlungen mit den Gläubigern: Pariser Club und Londoner Club

Kern der Beendigung der argentinischen Schuldenkrise und der meisten Staatsbankrotte der jüngeren Geschichte waren Umschuldungen, also der Austausch einer Verbindlichkeit gegen eine andere Verbindlichkeit mit geringerem Nominalwert, geringerer Laufzeit oder geringeren Zinsen, wodurch die Schuldnerstaaten entlastet werden.[56] Die Umschuldungen werden, je nachdem, ob es sich bei dem Gläubiger um eine internationale Organisation, einen Staat oder private Akteure handelt, auf unterschiedlichem Wege erreicht.

Für Verhandlungen über die Restrukturierung zwischenstaatlicher Schulden hat sich der Pariser Club herausgebildet, wo in Krisenfällen Schuldner- und Gläubigerstaaten über Änderungen der Darlehenskonditionen verhandeln.[57] Als informelle Runde bietet der Pariser Club allerdings kein Verfahren, an dessen ein Ende ein völkerrechtliches Abkommen steht, sondern drückt lediglich eine Empfehlung in Form von „Agreed Minutes" aus, welche anschließend von den Staaten

---

43 *NML Capital Ltd. v. Argentina,* United State Court of Appeals for the Second Circuit, *727 F.3d 230, 238* (2d Cir. 23.8.2013), 23: „*But this case is an exceptional one with little apparent bearing on transactions that can be expected in the future*."

44 Dabei handelt es sich um einen Branchenverband von Kapitalmarktteilnehmern, dessen Musterklauseln weite Verbreitung in Anleihebedingungen gefunden haben.

45 So heißt es in den neuen Musterklauseln: *„... the Issuer shall have no obligation to effect equal or rateable payment(s) at any time…",* ICMA, Standard *Pari Passu* Provision for the Terms and Conditions of Sovereign Notes, 2014.

46 Vgl. für das innerstaatliche Recht *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 2014, Rn. 1.

47 Vgl. *Herdegen*, WM 2011, 913, 914 f.

48 Trotz Argentiniens erfolgreicher Rückkehr an die Kapitalmärkte sind die wirtschaftlichen Zukunftsprognosen durchwachsen, vgl. IWF, Argentina Economic Developments, Country Report 16/69, 25.4.2016, 2, 12 ff.

49 In Deutschland sind nach nationalen Recht öffentlich-rechtliche Personen vom Insolvenzverfahren gemäß § 12 I InsO ausgeschlossen, während in den USA zumindest Kommunen nach „Chapter 9" (11 U.S.C. §§ 901 *et seq.*) ein Insolvenzverfahren offensteht.

50 A.A. etwa *Isensee* (Fn. 24), 687, 688.

51 Vgl. *Kämmerer*, MPEPIL State Bankruptcy, Rn. 1.

52 Vgl. *Dolzer*, Staatliche Zahlungsunfähigkeit, in: Festschrift Partsch, 1989, 531, 540.

53 Vgl. etwa §§ 131 I Nr. 3 HGB, 262 I Nr. 3 AktG, 60 I Nr. 4 GmbHG.

54 Vgl. *Kratzmann*, JZ 1982, 319, 322; *Lehmann*, Konkursfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts, 1999, 61.

55 In den letzten 100 Jahren waren ungefähr 200 Staatsbankrotte zu verzeichnen, *Reinhart/Rogoff*, Acht Jahrhunderte Finanzkrisen, 2010, 154 f.

56 Vgl. *Bratton,* Emory L. J. 53 (2004), 823, 828.

57 *Reinisch*, Ein Völkerrechtlicher Staateninsolvenzmechanismus, in: *Kodek/Reinisch* (Hrsg.), Staateninsolvenz, 2011, 163, 165; näher *Schier*, Reorganisation System, 83 ff.

bilateral in Vertragsvereinbarungen gegossen wird.[58]

Ein genauso informelles Gremium bildet der Londoner Club, wo verschuldete Staaten mit Geschäftsbanken versuchen können, eine Umschuldungsvereinbarung zu erreichen.[59] Beide Verfahren sind konsensbasiert: Sie werden auf Antrag des Schuldnerstaates eingeleitet und entfalten nur mit Zustimmung der Beteiligten Bindungswirkung für alle Betroffenen.[60] Trotz dieser Unverbindlichkeit gelang es mittels beider Foren der Mehrzahl der Schuldenkrisen bis in die 1990er Jahre, zumindest vorübergehend, Herr zu werden, was unter anderem durch eine enge Kooperation mit dem IWF ermöglicht wurde.

c) Die Rolle des IWF

Der IWF nahm bei Umschuldungen im Rahmen der dargestellten Art bisher eine Hybridrolle ein: Auf der einen Seite war er Gläubiger, der Staaten als letzte Möglichkeit zur Kapitalbeschaffung zur Verfügung stand („*lender of the last resort*"). Auf der anderen Seite war er institutionalisierter Vermittler zwischen den Schuldnerstaaten sowie privaten und staatlichen Gläubigern.[61] Zur Unterstützung von Staaten mit Zahlungsschwierigkeiten stellt der IWF eine Reihe von Fazilitäten zur Verfügung, wobei Argentinien 2001 insbesondere von den sog. *stand-by*-Krediten[62] Gebrauch machte, die nur unter Reformauflagen gewährt werden (sog. Konditionalität).[63] Indem derartige Konditionalität zum Gegenstand der Vereinbarungen im Pariser und Londoner Club gemacht wurde, kam es regelmäßig zu einer Verzahnung der IWF-Programme mit den informellen Verhandlungsforen.[64]

d) Der Strukturwandel privater Gläubiger und seine Folgen

Dass im Fall Argentiniens keine Lösung auf diesem Weg gelingen konnte, hatte seine Ursache vor allem in der Gläubigerstruktur, die sich seit Anfang der 1990er Jahre bedeutend gewandelt hat. Während Staaten früher ihren Kreditbedarf vor allem bei Geschäftsbanken abdeckten,[65] ist an deren Stelle heute zu großen Teilen die Finanzierung mittels der Emission von Staatsanleihen getreten.[66]

Die Argentinienkrise ist dafür geradezu repräsentativ: Die Zinsansprüche privater Gläubiger gegen Argentinien waren zum Zeitpunkt des Staatsbankrotts 2002 in sechs verschiedenen Währungen denominiert, acht verschiedenen Jurisdiktionen unterworfen und wurden von mehr als 500.000 verschiedenen Gläubigern gehalten.[67] Für diese bildete sich mit dem *Global Committee of Argentine Bondholders* zwar eine Art Dachorganisation, aber diese war nur in der Lage, für ihre freiwilligen Mitglieder verbindliche Entscheidungen zu treffen.[68] Genau diese systemische Schwäche wurde durch die Klagen der Hold-Out Gläubiger offenbart: Wo das nationale Recht etwa mittels eines Insolvenzplans Bindungswirkung stipulieren kann,[69] gilt keine vergleichbare Regel im Völkerrecht, was es einzelnen Gläubigern erlaubt, nach ihrem Gutdünken an Schuldenrestrukturierungen teilzunehmen. Zu der Lösung dieses Problems haben sich im Kern zwei Ansätze herausgebildet, zu deren Ausformung die Argentinienkrise konstituierend war: ein kodifizierter Ansatz, der ein formelles Insolvenzverfahren für Staaten etablieren will, und ein vertraglicher Ansatz, der auf eine Lösung des Problems durch die Vertragsbedingungen der Staatsanleihen setzt.

2. Die argentinische Zahlungsunfähigkeit als Katalysator für die Entstehung eines kodifizierten Staateninsolvenzverfahrens?

a) Vorschlag des IWF: Der Sovereign Debt Restructuring Mechanism

Der wohl prominenteste Vorschlag basiert auf der Schaffung eines institutionalisierten *Sovereign Debt Restructuring Mechanism* (SDRM), welcher auf die ehemalige stellvertretende Direktorin des IWF, Anne Krueger, zurückgeht.[70] Das Ziel des 2002, kurz nach dem Höhepunkt der argentinischen Finanzkrise, vorgestellten SDRM war, Anreize für Staaten und Gläubiger zu setzen, gemeinsam auf eine zügige und einvernehmliche Lösung hinzuwirken.[71] Dafür bediente sich der IWF Elemente nationaler Insolvenzordnungen, die dann in bestimmten Punkten modifiziert wurden, um den besonderen Anforderungen einer staatlichen Insolvenz gerecht zu werden.[72] Kernaspekte waren unter anderem, dass eine Mehrheit der Gläubiger (*supermajority*) auch gegen den Willen der Minderheit verbindliche Restrukturierungsvereinbarungen mit den Schuldnerstaaten treffen können sollte, sowie die Schaffung einer unabhängigen Instanz (*dispute resolution forum*), um die Streitigkeiten, die sich aus den Umstruktu-

58 Vgl. *Hahn*, Völkerrechtliche Darlehens- und Garantieabkommen, in: Festschrift Seidl-Hohenveldern, 1988, 173, 187 f.; so auch zwischen Argentinien und seinen Gläubigerstaaten, vgl. Paris Club Press Release, „The Paris Club and the Argentine Republic Agree to a Resumption of Payments and to Clearence of all Arrears", 29.5.2014.

59 Vgl. ILA Sovereign Insolvency Report 2010, 13; *Olivares-Caminal,* Legal Aspects (Rn. 7), Rn. 3-003.

60 *Reinisch* (Fn. 58), 165.

61 Insbesondere nimmt der IWF mittels seiner Kreditvergabe nach Zahlungsverzug (*lending-into-arrears* Politik) Einfluss auf die Verhandlungen, vgl. dazu die ausführliche Analyse von *Simpson*, The Role of the IMF in Debt Restructurings, UNCTAD, G-24 Discussion Paper Series No. 40, 2006, 9 ff.

62 Vgl. Art. XXX (b) IWF-Übereinkommen; ausführlich *Bradlow,* International Law and the Operations of the IFIs, in: *Bradlow/Hunter* (Hrsg.), International Financial Institutions & International Law, 2010, 6 f.

63 Die Verpflichtungen der Schuldnerstaaten werden über einen „*letter of intent*" an den IWF und ein anschließendes *Memorandum of Understanding* zwischen Schuldnerstaat und IWF konstruiert, vgl. *Hagan*, Reforming the IMF, in: *Giovanoli/Devos* (Hrsg.), International Monetary and Financial Law, 2010, 40, Rn. 2.49.

64 Die Einhaltung der IWF-Konditionen wurde Vertragsbestandteil der Umschuldungsverträge mit den Gläubigerbanken gemacht und für eine Verhandlung mit dem Pariser Club war die Programmdurchführung nach Art. IV IWF-Übereinkommen notwendig, vgl. IWF (Fn. 15), 15.

65 Im Wege sog. *Konsortialkredite*, siehe dazu *Szodruch* (Fn. 4), 60 f.

66 *Hagan*, Geo. J. Int'l L. 36 (2005), 299, 303.

67 *Szodruch* (Fn. 4), 117.

68 Vgl. *Tietje*, Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, 2005, 7.

69 Vgl. im deutschen Recht § 245 InsO, dazu *Bork* (Fn. 47), Rn. 338.

70 Vgl. *Krueger*, A New Approach to Sovereign Debt Restructuring, IMF Publication Service, 2002.

71 IWF, Proposed Features of a Sovereign Debt Restructuring Mechanism, 12.2.2003, 2.

72 *Krueger* (Fn. 71), 12.

rierungen ergeben würde, beizulegen.[73] Die Kodifikation der damals noch vage formulierten Grundsätze wäre auf die Schaffung eines Insolvenzrechts für Staaten auf Völkerrechtsebene mit Parallelen zu den *Chapter 9*-Verfahren[74] des U.S.-amerikanischen Rechts hinausgelaufen – zu der es jedoch nie gekommen ist.

b) Herausforderung der Etablierung eines Staateninsolvenzverfahrens am Beispiel des SDRM

Argumente gegen die Etablierung des SDRM rührten sowohl aus rechtlichen als auch ökonomischen Bedenken: Die Ansätze seien unausgereift gewesen[75] und gerade für weniger solvente Staaten werde die Möglichkeit der Kapitalaufnahmen an Kapitalmärkten generell gefährdet.[76] Während es richtig ist, dass der Mechanismus in seinem Entwicklungsstadium noch viele Fragen offenließ, lässt die Schärfe der Kritik an möglichen wirtschaftlichen Auswirkungen andere Beweggründe vermuten: so könnte es zwar vereinzelt zu schlechteren Konditionen an den Kapitalmärkten für gefährdete Staaten nach der Einführung eines institutionalisierten Insolvenzverfahrens kommen, da ein möglicher Zahlungsausfall vor Augen geführt wird, allerdings sollte Investoren die Möglichkeit einer Zahlungsunfähigkeit auch so schon bewusst sein – schließlich lassen sie sich dieses Risiko in Höhe der Zinsen auf die Staatsanleihen ausbezahlen.[77] Viel mehr als inhaltlich zu überzeugen, führen die Argumente gegen ein kodifiziertes Verfahren vor Augen, dass das Problem der Umsetzbarkeit seinen Ursprung weniger in der materiell-rechtlichen Ausformung als in der politisch-rechtlichen Machbarkeit hat, da auf Seiten der Staaten kein Wille besteht, sich einem solchen Regime freiwillig zu unterwerfen.[78] Mangels Völkergewohnheitsrecht oder allgemeinen Rechtsprinzipien, die ein formelles Staateninsolvenzverfahren vorschreiben, wäre die einzige Möglichkeit internationale Verbindlichkeit für ein solches zu schaffen, wenn Staaten sich mittels eines Vertrags bänden.[79] Für den SDRM hatte der IWF eine Änderung des IWF-Übereinkommens vorgesehen, welche mit einer qualifizierten Mehrheit von 3/5 der Mitgliedsstaaten, die 85% des Stimmgewichts halten, im Gouverneursrat erreicht werden könnte.[80] Allerdings rückte bereits der Widerstand der USA,[81] welche im Gouverneursrat über eine Sperrminorität verfügen,[82] diese Option in weite Ferne und auch sonst war die Reaktion der Staatenwelt auf den Vorschlag sehr zurückhaltend. Dementsprechend gelangte der SDRM nie über das Embryostadium hinaus.

c) c) Lehre aus der argentinischen Umschuldung: Neue Dynamik in der UN?

Gleichwohl scheint sich vor allem durch die argentinische und griechische Finanzkrise in der Staatengemeinschaft ein erhöhtes Bewusstsein für die Problematik anzudeuten, was sich auf lange Sicht in einem Paradigmenwechsel niederschlagen könnte: So forderte die Staatengruppe der G 77 + China unter Federführung Argentiniens 2014 die Einführung eines geordneten Insolvenzverfahrens in einer Resolution, die von der UN-Generalversammlung verabschiedet wurde.[83] Gemeinsam mit den USA stimmte Deutschland allerdings als einer von elf Staaten gegen das Vorhaben.[84] Die USA begründeten ihre Ablehnung damit, dass die UN nicht das adäquate Forum seien und lieber ein vertragliches Lösungsmodell weiterverfolgt werden sollte.[85]

Abgesehen davon dürften die Nein-Stimmen dem eher schuldnerfreundlichen Ansatz des Vorschlags geschuldet gewesen sein, der sich auch in der aktualisierten Resolution der G 77 + China wiederfindet. So betont die aktuelle Resolution[86] etwa die Immunität für Schuldnerstaaten im gerichtlichen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren,[87] was wohl als Seitenhieb auf das Vorgehen der US-Gerichte betrachtet werden kann. Allerdings ist dies auch bereits einer der „radikaleren" Punkte in der Resolution.[88] So wird die Einführung eines formellen Insolvenzverfahrens nicht mehr direkt erwähnt, sondern lediglich die Umsetzung von neun, weich formulierten Prinzipien vorgeschlagen. Ein ernsthafter Vorschlag zur Einführung eines Insolvenzverfahrens auf Initiative der UN ist daher auch in der Zukunft trotz des Engagements der G 77 + China nicht zu erwarten. Auch vonseiten des IWF ist ein erneuter Anlauf in dieser Hinsicht nach dem Scheitern des SDRM kaum denkbar. Vielmehr setzte sich der Fonds in einem Positionspapier 2014 für die Weiterentwicklung einer vertragsbasierten Lösung der Insolvenzproblematik ein.[89] Ein kodifiziertes Insolvenzrecht für Staaten bleibt daher bis auf Weiteres höchst unwahrscheinlich.

3. Die vertragliche Lösung: Collective Action Clauses

a) Vorteile einer dezentralisierten vertraglichen Lösung

Mehr Unterstützung erhält hingegen die vertragliche Alternative zu einem formellen Insolvenzverfahren, die auf der

73 Für alle Punkte vgl. IWF, SDRM Proposed Features (Fn. 72), 4 ff.; zusammenfassend mit unterschiedlichen Schwerpunkten, *Kämmerer*, ZaöRV 65 (2005), 651, 656 ff.; *Olivares-Caminal,* Legal Aspects (Rn. 7), Rn. 3-007.

74 Siehe dazu oben Fn. (50).

75 Vgl. *Kämmerer*, ZaöRV 65 (2005), 651, 672 f.; *Simpson* (Fn. 62), 3 ff.

76 Vgl. *Arora/Caminal*, Law & Bus. Rev. Am. 9 (2003), 629, 636.

77 Vgl. *Langen*, Völker- und europarechtliche Fragen des Staatsbankrotts, 2014, 23.

78 So auch *Euliss,* Am. U. Int'L. Rev., 19 (2003), 107, 126.

79 Zu den Rechtsquellen siehe *Crawford*, Brownlie's Principles of Public International Law, 2012, 20, 30.

80 IWF, SDRM Proposed Features (Fn. 72), 17, vgl. Art. XXXVIII (a) IWF-Übereinkommen.

81 Vgl. für U.S. Finanzministerium: *Taylor*, Sovereign Debt Restructuring: A U.S. Perspective, Rede auf bei der Conference on Sovereign Debt Workouts: Hopes and Hazards?, Institute for International Economics, 1.-2. April, 2002, Washington, D.C.

82 Vgl. Art. XXVIII (a) IWF-Übereinkommen, dazu auch *Kämmerer*, ZaöRV 65 (2005), 651, 672.

83 Towards the establishment of a multilateral legal framework for sovereign debt restructuring processes, GA Res A/RES/68/304, 17.9.2014.

84 *Paulus*, ZInsO, 2014, 2315.

85 Siehe die Äußerungen von der U.S. Vertreterin Terri Robl in der UN-Generalversammlung, Official Records of the 107th plenary meeting of the General Assembly, 9.9.2014, A/68/PV.107, 5/29.

86 Basic Principles on Sovereign Debt Restructuring Processes, GA Res A/RES/69/319, 29.9.2015; zu dieser vertiefend *Paulus*, RIW 2016, 93 f.

87 Basic Principles (Fn. 87), Principle 6.

88 Argentinien versuchte vergeblich die Forderung nach einem „Multilateral Sovereign Debt Restructuring Mechanism" implementieren, dazu ausführlich und sehr kritisch: *Paulus*, WM 2015, 953, 954 ff.

89 Vgl. IWF, Strengthening The Contractual Framework to Address Collective Action Problems in Sovereign Debt Restructuring, 2.9.2014.

Einbettung besonderer Umschuldungsklauseln (sog. *Collective Action Clauses, CACs*) in die Vertragsbedingungen von Staatsanleihen beruht. Dieses dezentralisierte Lösungsmodell will ermöglichen, die Konditionen der Anleihen, also Fälligkeit, Zins oder Nennwert, nachträglich durch eine vertragliche Einigung zwischen den Parteien zugunsten des Schuldnerstaates abzuändern. Insoweit läuft die Umschuldung parallel zu den Grundgedanken der etablierten Mechanismen im Londoner und Pariser Club. Der überragende Vorteil eines solchen dezentralisierten Ansatzes gegenüber einem institutionalisierten Insolvenzverfahren liegt in der vergleichsweise einfachen politisch-rechtlichen Umsetzbarkeit, die ohne ein multilaterales Vertragswerk auskommt. Zudem bleibt – zumindest in der Theorie – den Staaten und ihren Vertragspartnern selbst überlassen, die Vertragsbedingungen im Detail nach ihrem Bedarf maßzuschneidern.[90] Um den Vorteilen eines formellen Insolvenzverfahrens möglichst nahe zu kommen, haben sich verschiedene Arten von Klauseln herausgebildet, für deren Entwicklung insbesondere die Modellklauseln der Group of Ten (G-10) aus dem Jahr 2002[91] von Bedeutung waren.

b) Typologie von Collective Action Clauses

Der Kerngedanke von CACs ist, die Koordination einer ausdifferenzierten Gläubigergruppe zu ermöglichen und notfalls auch die Zustimmung von Hold-Outs zu erzwingen. Dies soll an erster Stelle durch Mehrheitsänderungsklauseln (*majority action clauses)* umgesetzt werden, welche als wichtigste Art der CACs gelten[92] und weite Verbreitung in Anleihebedingungen erreicht haben.[93] Sie verringern das Zustimmungsquorum für eine Änderung der Anleihebedingungen auf einen Wert, der meistens etwa um 75% Gläubigerbeteiligung (*supermajority*) liegt.[94] Dadurch wird ermöglicht, dass mehrheitsfähige Umschuldungsvereinbarungen zwischen Schuldnerstaat und Gläubigern auch gegen den Willen einer kleinen Minderheit, wie den oben erwähnten „Geier-Fonds", durchgesetzt werden können. Daneben wurden von den G-10 etwa Klauseln empfohlen, die darauf abzielen, die Kommunikation zwischen Schuldnerstaat und Gläubigern zu verbessern, indem sie dem Staat Informationspflichten auferlegen oder den Gläubigern einen einheitlichen Repräsentanten verordnen.[95] Diese haben bis *dato* aber keine vergleichbare Verbreitung wie Mehrheitsänderungsklauseln gefunden.

c) Bedeutungsgewinn von Aggregationsklauseln als Auswirkung des argentinischen Umschuldungsprozesses

Die argentinische Schuldenkrise hat sich in mehrfacher Hinsicht auf die Nutzung von CACs in Anleihebedingungen ausgewirkt. Zum einen ist die Krise wohl überhaupt ursächlich dafür, dass CACs standardmäßigen Einzug in die Teilschuldverschreibungen gehalten haben,[96] denn erst nach 2003 wurden Staatsanleihen auch in New York (und später Deutschland) regelmäßig mit CACs versehen.[97]

Zum anderen hat die Hold-Out Problematik auch zur materiellrechtlichen Weiterentwicklung der CACs beigetragen. So hatten die ab 2003 vereinbarten Mehrheitsänderungsklauseln noch den großen Nachteil, dass zwar eine qualifizierte Gläubigermehrheit die Vertragsbedingungen modifizieren konnte, diese Mehrheit aber in jeder Anleiheklasse – wovon im Fall Argentiniens 152 in Umlauf waren[98] – gefunden werden musste. Diese Problematik ist aus dem innerstaatlichen Recht bekannt, welches bei Unternehmensinsolvenzen in Deutschland etwa mit dem sogenannten *Obstruktionsverbot* Abhilfe schafft (vgl. § 245 I InsO), das die Verbindlichkeit eines Insolvenzplans gläubigergruppenübergreifend festlegt.[99] Das vertragliche Pendant dazu sind Aggregationsklauseln. Diese ermöglichen, dass eine qualifizierte Mehrheit an Anleihegläubigern verbindlich Umstrukturierungen über Anleiheklassen hinweg zustimmen kann.[100] Zunehmende Verbreitung auf den internationalen Kapitalmärkten fanden die Klauseln erst nach der griechischen Finanzkrise und der anschließenden zweiten Zahlungsunfähigkeit Argentiniens. So werden seit 2013 alle von EU Mitgliedstaaten emittierten Staatsanleihen nicht nur mit Mehrheitsänderungs- sondern auch Aggregationsklauseln versehen.[101] Ferner veröffentlichte die ICMA 2014 neue Modell-CACs mit Aggregationsklauseln,[102] was Mitglieder der Expertenkommission mit einem explizitem Verweis auf die Erfahrungen aus der argentinischen Schuldenkrise begründeten.[103]

d) CACs als Lehre aus der Schuldenkrise und Lösung der Insolvenzproblematik?

Somit scheint sich die vertragliche Lösung gegenüber einem kodifizierten Staateninsolvenzrecht vorerst durchgesetzt zu haben. Die entscheidende Frage ist, ob CACs auch geeignet sind, Finanzkrisen „argentinischen Ausmaßes" in Zukunft zu bewältigen und nicht lediglich die „bequemere" aber letztlich unzureichende Alternative darstellen. Als Kritik an der CAC-Praxis werden im Kern zwei Argumente vorgetragen. Erstens soll Staatsanleihen, welche CACs enthalten, das Stigma der erhöhten Wahrscheinlichkeit eines Zahlungsausfalls anhaften, was wiederum einen Wettbewerbsnachteil auf den

---

90 Vgl. *Olivares-Caminal,* Legal Aspects (Rn. 7), Rn. 3-010.

91 Die G-10 ist eine Staatengruppe mit zehn Mitgliedern, die Teilnehmer der *General Agreements to Borrow* sind und dem IWF dadurch die Möglichkeit geben, sich große Währungsmengen auszuleihen; für die Modellklauseln siehe: G-10, Report of the G-10 Working Group on Contractual Clauses, 26.9.2002.

92 Vgl. G-10-Report (Fn. 92), 3: „*... probably the most critical component of the package...*".

93 *Olivares-Caminal,* Legal Aspects (Rn. 7), Rn. 3-010.

94 Vgl. *Langen* (Fn. 78), 96.

95 Dazu ausführlich *Hartwig-Jacob,* Die Vorteile der Anwendung von „Collective Action Clauses" bei Staatsanleihen, in: Festschrift Horn, 2008, 716, 722 ff.

96 Vgl. *Fried/Haley*, Lessons from Emerging Markets for Advanced Economies, in: *Giovanoli/Devos* (Hrsg.), International Monetary and Financial Law, 2010, 69, Rn. 3.80.

97 *Galvis/Saad*, Geo. J. Int'L. 35 (2004), 713, 717 ff.; zur historischen Begründung, warum CACs an beiden Orten zunächst unüblich waren, *Szodruch* (Fn. 4), 220 ff.

98 *Szodruch* (Fn. 4), 228.

99 Vertiefend dazu *Bork*, (Fn. 47), Rn. 338.

100 *Hartwig-Jacob* (Fn. 96), 716, 730 f.

101 Art. 12 III ESM-Vertrag, EUCO 10/1/11 REV 1, Anlage II, 31; vgl. auch *Sester*, WM 2011, 1057, 1058.

102 ICMA, Standard Aggregated Collective Action Clauses for the Terms and Conditions of Sovereign Notes, August 2014; die neuen Musterklauseln wurden zusammen mit den reformierten *pari-passu*-Klauseln veröffentlicht, vgl. Fn. (46).

103 So etwa *Gelpern*, A Sensible Step to Mitigate Sovereign Bond Dysfunction, Realtime Economic Issues Watch, Peterson Institute for International Economics, 29 August 2014.

Kapitalmärkten darstellen könnte.[104] Diese Behauptung hat sich bis heute empirisch jedoch nicht belegen lassen. Im Gegenteil hat die Einführung von CACs in manchen Fällen zur Verbesserung der Anleihekonditionen geführt.[105]

Schwerer wiegt der zweite Kritikpunkt, der anführt, dass CACs im Fall von Auslandsanleihen nur sukzessive im Wege neuer Emissionen umfassende Verbreitung in Anleihebedingungen finden werden.[106] Ihre volle Wirkung entfalten die Klauseln jedoch erst, wenn quasi alle Anleihen eines Staates mit ihnen versehen sind, da Gläubiger von Altanleihen sonst theoretisch weiterhin versuchen können, ihre Rechte unilateral einzuklagen. In Anbetracht der oftmals langen Laufzeit von Staatsanleihen und einer Schätzung des IWF, wonach 2014 gerade einmal 6 % der in Umlauf befindlichen Staatsanleihen mit Aggregationsklauseln versehen waren,[107] ergibt sich ein längerer Übergangszeitraum, in dem sie ihre Wirkung nicht entfalten könnten.[108]

Diese Schwächen verdeutlichen die Janusköpfigkeit der vertraglichen Natur der CACs: Auf der einen Seite führt diese zu der einfacheren Implementierung als ein kodifiziertes Insolvenzverfahren, auf der anderen Seite stehen sich stets zwei formell gleichberechtigte Vertragsparteien gegenüber, die *prima facie* nur im gegenseitigen Einvernehmen zu einer Lösung kommen können.

CACs gewinnen jedoch deutlich an Anziehungskraft, wenn man sich die derzeitige Alternative vor Augen führt: Solange von Staatenseite kein Konsens zur Schaffung eines kodifizierten Insolvenzrechts vorliegt, bleibt einzelnen Gläubigern weiterhin die Möglichkeit, die Restrukturierung ganzer Staatshaushalte zu torpedieren. Folglich sind CACs nicht die Lösung aller Probleme, die mit Staatsbankrotten verknüpft sind, bilden aber den praktikabelsten und vor allem einzigen Ansatz, der derzeit zur Verfügung steht.

D. Bilanz für Argentinien und Folgen für die Staatengemeinschaft

I. Argentiniens Umgang mit dem Staatsbankrott

Wie die Abwicklung der Finanzkrise als Ganzes für Argentinien zu bewerten ist, ist weniger eindeutig zu beantworten, als es auf den ersten Blick erscheint. So gelang es Argentinien durch den extrem harten Verhandlungsstil deutlich bessere Konditionen für die beiden Umschuldungen 2005 und 2010 durchzusetzen als anderen Staaten.[109] Auch genoss Argentinien für die Mehrzahl der Jahre nach dem Bankrott außergewöhnlich hohe Wachstumsraten, was durch die Umschuldung und Einstellung großer Teile des Schuldendienstes erst ermöglicht wurde.[110] Ob Argentinien die Zahlungsunfähigkeit als Neuanfang nutzen kann, wird sich erst in den nächsten Jahren zeigen. Gleichwohl verdeutlicht bereits das Engagement der Andenrepublik für die Schaffung eines kodifizierten Insolvenzrechts für Staaten,[111] dass die konkreten Umstände ihrer Resolvenz auch dort nicht als zukünftiges Modell wahrgenommen wurden.

II. Folgen für die Staatengemeinschaft

In Gesamtschau ist die argentinische Finanzkrise paradigmatisch für die Herausforderungen im Umgang mit bankrotten Staaten im 21. Jahrhundert. Der Grund für die besondere Komplexität der Materie liegt in der Rechtsnatur der Staaten als Souveräne. So wollen Staaten einerseits Kapitalmärkte nutzen, aber genießen andererseits Privilegien, die sich aus dem staatlichen Daseinszweck (keine Liquidationsmöglichkeit) oder völkerrechtlichen Prinzipien (Vollstreckungsimmunität) ergeben. Gleichzeitig steht die staatliche Souveränität der Entwicklung eines kodifizierten Insolvenzrechts im Weg, obwohl mittlerweile wohl fast alle Akteure übereinstimmen, dass Lösungsansätze, welche über die bilaterale Verhandlung hinausgehen, nötig sind. In dieser Hinsicht war die Argentinienkrise tatsächlich ein Katalysator für die Weiterentwicklung des Rechtsgebiets: Denn ohne die Schuldenkrise ist unsicher, ob es überhaupt zum Vorschlag des SDRM gekommen wäre. Auch wenn dieser gescheitert ist, stellt er heute die Grundlage für das neuerliche – wenn auch zaghafte – Engagement der G 77 + China für eine kodifizierte Lösung dar. Gemeinsam mit der koordinierten Verbreitung von Aggregations-CACs durch den ESM,[112] die ICMA und den IWF ist der UN-Ansatz Teil von Entwicklungen, die auf neue Dynamik hoffen lassen. Denn auch wenn CACs bereits weite Verbreitung erreicht haben, existiert weiterhin keine Lösung, welche die Risiken von Staatsbankrotten umfassend ausbalanciert.

Jedenfalls das *Museo de la Deuda Externa* in Buenos Aires verfügt durch die letzten 15 Jahre über ausreichend Material, um die immensen Auswirkungen darzustellen, welche Schulden auf die Entwicklung Argentiniens hatten. Für die Zukunft ist zu hoffen, dass der Mangel an einem kohärenten Insolvenzrecht nicht dazu führt, dass auch andere Staaten auf solche Weise von ihren Schulden geprägt werden, dass die Eröffnung eines Museums den Konsequenzen gerecht wird.[113]

---

104 Vgl. *Herdegen*, WM 2011, 913, 917.

105 Vgl. IWF, Progress Report on Inclusion of Enhanced Contractual Provisions in International Sovereign Bond Contracts, 17.9. 2015, Rn. 19; ausführlich *Seitz*, Umschuldungsklauseln in Staatsanleihen des europäischen Währungsraumes, 2014, 78 ff.

106 *Paulus/van den Busch*, WM 2014, 2025, 2026;anders liegt der Fall bei Staatsanleihen, die nach innerstaatlichem Recht emittiert wurden: So führte Griechenland 2012 CACs für Staatsanleihen unter griechischem Recht schlicht durch ein Gesetz ein, vgl. Griechisches Anleihegläubigergesetz, Gesetz Nr. 4050/12, vom 23.2.2012, dazu *Seitz* (Fn. 106), 12.

107 IWF, Progress Report (Fn. 106), Rn. 20; mangels Aggregationsklauseln war auch 2011 die Umschuldung von 19 Klassen griechischer Staatsanleihen, die unter englischem Recht emittiert wurden, unmöglich, da die Hold-Outs dort eine Sperrminorität erreichen konnten, *Szodruch-Arnold* (Fn. 31), 659, 668.

108 So auch *Gunkel*, Bewältigung von Staatsinsolvenz durch Collective Action Clauses, 2007, 41.

109 Während Argentinien durch seinen „*take it or leave it*"-Ansatz die Staatsschulden durch die beiden Umschuldungen um 73 % reduzieren konnte, gelang etwa Uruguay 2005 in einem Umschuldungsverfahren nur eine Reduktion von 13 % vgl. *Sester*, WM 2011, 1057, 1061.

110 *Sester*, WM 2011, 1057, 1061, wobei natürlich der vorausgegangene wirtschaftliche Einbruch in die Erwägung miteinbezogen werden muss.

111 Vgl. oben C.III.2.c).

112 Vgl. oben Fn. (102).

113 Kurz nach Argentiniens Rückkehr an die Kapitalmärkte drohte Venezuela die Zahlungsunfähigkeit, vgl. Gold-Notverkauf als letzte Rettung, NZZ, 26.5.2016, verfügbar unter: http://www.nzz.ch/wirtschaft/wirtschaftspolitik/venezuela-in-der-krise-gold-notverkauf-als-letzte-rettung-ld.84841 (Zugriff: 5.11.2016).

Michael Cremer*

Embargovorschriften als Eingriffsnormen

Kollisionsrechtliche und rechtstatsächliche Probleme der Beachtung drittstaatlicher Embargos

A. Einleitung

619 Mio. US-Dollar gegen die niederländische ING Bank,[1] 8,9 Mrd. US-Dollar gegen die französische BNP Paribas,[2] 1,4 Mrd. US-Dollar gegen die Commerzbank[3] und zuletzt 258 Mio. US-Dollar gegen die Deutsche Bank[4]. Wegen Verstößen gegen Embargovorschriften sehen sich europäische Unternehmen immer wieder gezwungen, in Vergleichsvereinbarungen enorm hohe Strafzahlungen zu akzeptieren. Dabei sind es nicht europäische Institutionen, die gegen die europäischen Unternehmen vorgehen, sondern US-amerikanischen Behörden, die US-amerikanische Embargovorschriften durchsetzen. Nicht nur aus ökonomischer Perspektive, sondern auch aus der Perspektive des Internationalen Privatrechts verlangen Embargovorschriften daher besondere Aufmerksamkeit.

Dementsprechend analysiert dieser Beitrag analysiert die kollisionsrechtliche Bedeutung von Embargos als Eingriffsnormen aus Sicht eines deutschen Gerichts und gleicht die aktuelle Rechtslage mit der Rechtswirklichkeit ab (C.). Zudem wird untersucht, ob es dem Gesetzgeber gelingt, dem Problem der extraterritorialen Anwendung von Embargobestimmungen durch den Erlass von Abwehrregelungen Herr zu werden (D.).

B. Begriff des Embargos

Traditionell versteht man unter einem Embargo das Verbot eines Staates an die seiner Regelungshoheit unterworfenen Personen, bestimmte Handelsgeschäfte mit Personen in einem anderen Staat abzuschließen.[5] Es handelt sich um eine besondere Form der außenwirtschaftlichen Regulierung, die darauf zielt, durch die Vorenthaltung von Handelsvorteilen einen anderen Staat zu einem bestimmten Verhalten zu drängen und einen Politikwechsel herbeizuführen.[6] Das Embargo gegen den Iran beispielsweise war darauf gerichtet, den Iran dazu zu zwingen, die Kontrolle seines Nuklearprogramms durch die internationale Gemeinschaft zuzulassen (vgl. EW (1) VO (EG) Nr. 423/2007[7]). Neben solche länderbezogenen Embargos treten heute auch personenbezogene Sanktionen, die gezielt gegen einzelne Personen oder Organisationen, beispielsweise gegen den sog. Islamischen Staat,[8] gerichtet sind (*smart sanctions*).[9] Embargos verbieten in der Regel den Verkauf, die Lieferung oder die Verbringung von bestimmten Gütern in das Zielland. Zudem werden oft auch technische Unterstützung und Bereitstellung von Finanzmitteln und Finanzdienstleistungen verboten.

C. Kollisionsrechtliche Bedeutung von Embargovorschriften

I. Embargos als Eingriffsnormen

Embargovorschriften sollen die außenpolitischen Ziele des Erlassstaates im Waren- und Rechtsverkehr mit dem Ausland unabhängig vom Vertragsstatut durchsetzen, erheben also zur Wahrung der öffentlichen Interessen des Erlassstaates einen internationalen Geltungsanspruch (vgl. Art. 9 I Rom I-VO). Sie sind daher geradezu Paradebeispiele für Eingriffsnormen im Sinne von Art. 9 I Rom I-VO.[10] Folglich sind deutsche und europäische Embargomaßnahmen als Eingriffsnormen der *lex fori* von deutschen Gerichten anzuwenden (Art. 9 II Rom I-VO).

II. Berücksichtigung von ausländischen Embargos

Deutlich problematischer ist hingegen, ob die Verbotsnormen der Embargos ausländischer Staaten von deutschen Gerichten angewandt oder berücksichtigt werden (können). Als Illustrationsbeispiel soll folgender Fall[11] dienen: Das deutsche Unternehmen D, ein Tochterunternehmen des US-amerikanischen Unternehmens U, verpflichtet sich gegenüber dem iranischen Unternehmen I bestimmte Waren in den Iran zu liefern, die zwar nicht den europäischen, aber den weiterreichenden US-amerikanischen Embargovorschriften

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

1 Pressemitteilung des DOJ, 12.6.2012, abrufbar unter: https://www.justice.gov/opa/pr/ing-bank-nv-agrees-forfeit-619-million-illegal-transactions-cuban-and-iranian-entities-0 (letzter Abruf am: 17.11.2016).

2 Pressemitteilung des DOJ, 30.6.2014, abrufbar unter: https://www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-agrees-plead-guilty-and-pay-89-billion-illegally-processing-financial (letzter Abruf am: 17.11.2016).

3 Pressemitteilung des DOJ, 12.3.2015, abrufbar unter: https://www.justice.gov/opa/pr/commerzbank-ag-admits-sanctions-and-bank-secrecy-violations-agrees-forfeit-563-million-and (letzter Abruf am: 17.11.2016).

4 Pressemitteilung des NYDFS, 4.11.2015, abrufbar unter: http://www.dfs.ny.gov/about/press/pr1511041.htm (letzter Abruf am: 17.11.2016).

5 *Basedow,* Rec. des Cours 360 (2013), 9, 316 f.; *Martiny*, in: MüKoBGB[6], 2015, Art. 9 Rom I-VO Rn. 61; *Meng,* ZaöRV 42 (1982), 780, 789; *Nöll,* TranspR 2011, 21.

6 *Basedow,* Rec. des Cours 360 (2013), 9, 317; *Meng,* ZaöRV 42 (1982), 780, 790; *Niestedt*, in: Krenzler/Hermann/Niestedt, (Hrsg.), Kommentar zum EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht[6. EL], 2015, V. 50 Rn. 3.

7 VO (EG) Nr. 423/2007 des Rates vom 19.4.2007 über restriktive Maßnahmen gegen Iran, ABl. EU 2007 L 103, S. 1.

8 VO (EU) 2016/363 des Rates vom 14.3.2016 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 881/2002 über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit dem Al-Qaida-Netzwerk in Verbindung stehen, ABl. EU 2016 L 68, S. 1.

9 *Mehle, in: Ostendorf/Kluth (Hrsg.),* Internationale Wirtschaftsverträge, 2013, § 4 Rn. 44 ff.; *Niestedt*, in: Krenzler/Hermann/Niestedt (Fn. 6), V. 50 Rn. 8.

10 *Freitag*, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht[8], 2015, Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.77; *Magnus*, in: Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2011, Art. 9 Rom I-VO Rn. 183; *Mankowski*, IPRax 2016, 485; *Martiny*, in: MüKoBGB (Fn. 6), Art. 9 Rom I-VO Rn. 61; *Thorn*, in: Rauscher (Hrsg.), Kommentar zum Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht[4], 2016, Art. 9 Rom I-VO Rn. 35.

11 Basierend auf Cour d'appel de Paris, Pôle 5, chambre 4, 25.2.2015 - N° 12/23757 – Reza.

gegen den Iran unterfallen. Nach einiger Zeit teilt D der I mit, dass es wegen andernfalls drohenden Verstoßes gegen das US-amerikanische Embargo die Waren nicht liefern wird. Aus Sicht deutscher Gerichte stellt sich die Frage, ob sie den Vertrag wegen Verstoßes gegen das US-amerikanische Embargo für nichtig erklären können. Diesbezüglich kommt die Berücksichtigung eines ausländischen Embargos als forumsfremde Eingriffsnorm auf kollisionsrechtlicher oder auf materiell-rechtlicher Ebene in Betracht.

1. Berücksichtigung auf kollisionsrechtlicher Ebene

Bezüglich der kollisionsrechtlichen Anwendung ausländischer Embargos ist je nach Erlassstaat und Fallkonstellation zu differenzieren. Vorab kann festgestellt werden, dass deutsche Gerichte jedenfalls keine direkt gegen Deutschland gerichteten Embargos, wie das russische Importverbot für Agrarprodukte aus der Europäischen Union,[12] anwenden. Sie widersprechen dem öffentlichen Interesse Deutschlands (vgl. EG (37) Rom I-VO) am freien Zugang zum Welthandel und scheitern daher spätestens am *ordre public*-Vorbehalt (Art. 21 Rom I-VO).[13]

a) Embargos des Erfüllungsortes

Ausgangspunkt der weiteren Analyse ist die gesetzliche Regelung in Art. 9 III Rom I-VO. Diese ermöglicht die Berücksichtigung von Eingriffsnormen des Staates, in dem die durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen erfüllt werden sollen oder erfüllt worden sind, soweit sie die Erfüllung des Vertrages unrechtmäßig werden lassen (Art. 9 III 1 Rom I-VO). Demnach können nur die Verbotsnormen[14] der Embargos des Staates des Erfüllungsortes berücksichtigt werden.

Freilich ist unklar, wie der Staat des Erfüllungsortes zu bestimmen ist. Streit besteht schon über die Methode der Auslegung.[15] Um eine einheitliche Auslegung und Anwendung der Vorschrift und damit Rechtssicherheit zu gewährleisten, muss ein europäisches und verordnungsautonomes Verständnis des Erfüllungsorts entwickelt werden.[16] Dabei wird die Auslegung des Art. 9 III Rom I-VO maßgeblich von der Machttheorie geprägt, nach der ausländische Eingriffsnormen nur insoweit berücksichtigt werden sollen, wie sie vom Erlassstaat auch tatsächlich durchgesetzt werden können.[17] Dies spricht dafür, eine faktische Betrachtung vorzunehmen und bei bereits erfolgter Leistung auf den Ort der tatsächlichen Erfüllung abzustellen.[18] Wenn der Vertrag noch nicht erfüllt wurde, muss ermittelt werden, wo die Erfüllung nach dem Vertrag bzw. nach der *lex causae* zu erfolgen hat.[19] Auch im Fall einer Mehrzahl von Erfüllungsorten oder des Auseinanderfallens des Orts der Leistungshandlung und des Ortes des Leistungserfolgs hilft die Auslegung nach der Machttheorie. Demnach können die Gerichte den Eingriffsnormen aller Staaten, die die Vertragserfüllung tatsächlich unterbinden oder jedenfalls behindern können, wie Export- oder Transitstaaten,[20] Wirkung verleihen.[21] Ist im Ausgangsfall also eine Lieferung der Ware aus den USA in den Iran vorgesehen, kann das deutsche Gericht dem US-Embargo als Eingriffsnorm des Entsendestaates Wirkung verleihen (vgl. Art. 9 III 1 Rom I-VO) und den Vertrag für nichtig erklären. Dies gilt allerdings nur, wenn es D nicht möglich ist, die Waren auch aus einem anderen Staat zu liefern.[22]

b) Drittstaatliche Embargos

Dem Wortlaut des Art. 9 III Rom I-VO lässt sich nicht entnehmen, ob neben den Eingriffsnormen des Erfüllungsortes noch weitere ausländische Eingriffsnormen beachtet werden können. Dagegen spricht, dass Art. 9 III Rom I-VO Eingriffe in das Vertragsstatut zu minimieren versucht und so die durch die Rom I-VO angestrebte Harmonisierung des Kollisionsrechts schützt.[23] Auch die Gesetzeshistorie stützt diese Argumentation. Die endgültige Fassung der Rom I-VO hat den Vorschlag der Kommission,[24] der in Art. 8 III auf das offenere Kriterium der engen Verbindung abstellt, bewusst nicht übernommen.[25] Dies war eine entscheidende Voraussetzung für ein opt-in des Vereinigten Königreiches.[26] Art. 9 III Rom I-VO beruht also auf einem politischen Kompromiss und damit einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers, die nicht ignoriert werden

12 Vgl. die inoffizielle Übersetzung der Europäischen Kommission, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/food/safety/docs/ia_eu-russia_ru-eu-import-ban_20140807_unoff-trans-en.pdf (letzter Abruf am: 17.11.2016).

13 RGZ 93, 182, 183 f.; *Mankowski*, IPRax 2016, 485, 490.

14 Zur Unrechtmäßigkeit der Vertragserfüllung *Magnus*, in: Staudinger (Fn.10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 111 ff.; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 66 ff.

15 Ausführliche Darstellung bei *Magnus*, in: Staudinger (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 100 ff.

16 Schlussantrag GA Szupnar, Rs. C-135/15 – *Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:281, Rn. 91 f.; *Freitag*, IPRax 2009, 109, 113; *ders*., in: Reithmann/Martiny (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.121; *Hauser*, Eingriffsnormen in der Rom I-VO, 2012, S. 91; *Magnus*, in: Staudinger (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 100; *Martiny*, in: MüKoBGB (Fn. 6), Art. 9 Rom I-VO Rn. 116; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 64.

17 *Freitag*, IPRax 2009, 109, 114; *ders*., in: Reithmann/Martiny (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.114; *Magnus*, in: Staudinger (Fn.10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 104; *Mankowski*, IHR 2008, 133, 148; *Maultzsch*, RabelsZ 75 (2011), 60, 97; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 63.

18 *Freitag*, IPRax 2009, 109, 114; *ders*., in: Reithmann/Martiny (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.122; *Magnus*, in: Staudinger (Fn.10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 104; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 64.

19 *Freitag*, IPRax 2009, 109, 114; *ders*., in: Reithmann/Martiny (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.122; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 64.

20 So im Ergebnis auch *Maultzsch,* RabelsZ 75 (2011), 60, 99.

21 *Freitag*, IPRax 2009, 109, 114; *ders*., in: Reithmann/Martiny (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.122; *Hauser* (Fn. 16), S.75 f.; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 64.

22 *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 64.

23 EuGH, Rs. C-135/15 – *Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774, Rn. 46; *Deinert,* Internationales Arbeitsrecht, 2013, § 10 Rn. 161; *Einsele*, WM 2009, 289, 296; *Freitag*, IPRax 2009, 109, 115; *Martiny*, in: MüKoBGB (Fn. 6), Art. 9 Rom I-VO Rn. 113; *Roth, in:* FS Dauses, 2014, S. 315, 329; *Staudinger*, in: Ferrari (Hrsg.), Kommentar zum Internationalen Vertragsrecht[2], 2012, Art. 9 Rom I-VO Rn. 42; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 61.

24 Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) vom 15.12.2005, KOM (2005) 650.

25 EuGH, *Nikiforidis* (Fn. 23), Rn. 45; *Freitag*, IPRax 2009, 109, 115; *Mankowski,* IHR 2008, 133, 148; *ders*., IPRax 2016, 485, 487.

26 Vgl. *Ministry of Justice*, Rome I – Should the UK Opt in?, Consultation Paper CP 05/98, 2.4.2008, para. 77.

kann.[27] Jedenfalls auf kollisionsrechtlicher Ebene kommt Art. 9 III Rom I-VO damit Sperrwirkung zu.[28] Liefert D die Waren an I von Deutschland aus ist das US-amerikanische Embargo folglich nicht anzuwenden, allerdings ist in einem zweiten Schritt die materiell-rechtliche Berücksichtigung des US-Embargos zu erwägen (siehe C.II.2.).

c) Keine Ausnahme für Embargos der lex causae

Nimmt man an, dass D und I eine Rechtswahl zugunsten des New Yorker Rechts getroffen hätten (Art. 3 I Rom I-VO), stellt sich die Frage, ob das US-Embargo als Embargo des Vertragsstatuts nicht schon unabhängig von der Sonderanknüpfung für Eingriffsnormen in Art. 9 III Rom I-VO Anwendung findet. Der Wortlaut des Art. 9 Rom I-VO sieht keine eigenständige Regelung für Eingriffsnormen des Vertragsstatuts vor. Dies wird teilweise dahingehend ausgelegt, dass Art. 9 III Rom I-VO keine einschränkende Wirkung bezüglich solcher Eingriffsnormen hat, die aus einem anderem Grund als der Sonderanknüpfung berufen sind.[29] Die *lex causae* wäre dann vollumfänglich, also inklusive ihrer Eingriffsnormen, anwendbar (Schuldstatutstheorie).[30]

Dieser Argumentation kann aber jedenfalls für öffentlich-rechtliche Eingriffsnormen, zu denen zweifellos auch Embargos gehören, nicht gefolgt werden.[31] Zunächst liegt es nahe, dass die Parteien nicht durch die Embargobestimmungen und die damit drohende Unwirksamkeit des Vertrages zu ihrer Rechtswahl motiviert wurden. Zumeist wird die Anwendung der Embargobestimmungen also selbst von den Parteien gar nicht gewollt gewesen sein.[32] Darüber hinaus steht die Anwendbarkeit der Embargobestimmungen auch gar nicht zur Disposition der Parteien, da ihnen ansonsten eine Abwahl möglich wäre.[33] Das nach den Art. 3 - 8 Rom I-VO bestimmte Vertragsstatut betrifft die privatrechtliche Seite der Anknüpfung, während für die Anknüpfung öffentlich-rechtlicher Eingriffsnormen eigene Regeln, eben jene des Art. 9 Rom I-VO, gelten.[34] Dieser kennt allerdings nur zwei Kategorien von Eingriffsnormen, solche der *lex fori* und solche der *lex loci solutionis*. Darin liegt eine bewusste Entscheidung des Verordnungsgebers, die Berücksichtigung von Eingriffsnormen einzuschränken, die vom Rechtsanwender respektiert werden muss.[35] Embargovorschriften sind daher kein Bestandteil des Vertragsstatuts und können nur unter den Voraussetzungen des Art. 9 III Rom I-VO Anwendung finden.[36] Auch für den Fall, dass D und I eine Rechtswahl zugunsten New Yorker Rechts treffen, findet das US-Embargo also keine direkte Anwendung.

d) Zwischenergebnis

Auf kollisionsrechtlicher Ebene können gemäß Art. 9 III Rom I-VO lediglich die Embargovorschriften der *lex fori* und jener der *lex loci solutionis*, nicht jedoch jene von Drittstaaten berücksichtigt werden.

2. Berücksichtigung auf materiell-rechtlicher Ebene

a) Berücksichtigung der Rechtsnormen

Wenn die Beachtung einer ausländischen Eingriffsnorm gemäß Art. 9 III Rom I-VO ausscheidet, stellt sich die Frage, ob dies auch die Berücksichtigung der rechtlichen Wertung der ausländischen Eingriffsnorm auf sachrechtlicher Ebene des Vertragsstatuts, beispielsweise im Rahmen der Sittenwidrigkeit, sperrt (absolute Sperrwirkung[37]).[38] Eine solche materiell-rechtliche Berücksichtigung von Eingriffsnormen war vor Inkrafttreten der Rom I-VO gängige Praxis in der deutschen Rechtsprechung.[39] Teile der Literatur halten ein solches Vorgehen auch weiterhin für möglich.[40] Dem hat sich auch der EuGH in seiner jüngsten Entscheidung angeschlossen.[41] Er erachtet für ausschlaggebend, dass die materiell-rechtliche Berücksichtigung eine bloße Anwendung der *lex causae* sei und die Rom I-VO lediglich das Kollisionsrecht und nicht das materielle Recht harmonisiere.[42] In der Literatur finden sich darüber hinaus auch Zweifel an der Kompetenz des europäischen Gesetzgebers.[43]

Diese Einwände lösen sich jedoch auf, wenn man die materiell-rechtlichen Berücksichtigung als eine Methode der „Wirkungsverleihung“ im Sinne des Art. 9 III Rom I-VO versteht.[44] Entscheidet man sich im Rahmen der Wirkungs-

27 *Hauser* (Fn. 16), S. 115; *Mankowski,* IHR 2008, 133, 148; *ders*., IPRax 2016, 485, 487; *Staudinger*, in: Ferrari (Fn. 23), Art. 9 Rom I-VO Rn. 42.

28 EuGH, *Nikiforidis* (Fn. 23), Rn. 49; *Einsele*, WM 2009, 289, 296 f.; *Freitag*, IPRax 2009, 109, 115; *ders*., in: Reithmann/Martiny (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.131; *Hauser* (Fn. 16), S. 114 ff.; *Magnus*, in: Staudinger (Fn.10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 123; *Martiny*, in: MüKoBGB (Fn. 6), Art. 9 Rom I□VO Rn. 113; *Roth (Fn. 23),* S. 315, 329; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 61; *Winkler/Lacombe*,Recueil Dalloz (D.) 2015, 1260, 1262.

29 *Deinert (Fn. 23),* § 10 Rn. 151.

30 *Deinert (Fn. 23),* § 10 Rn. 151; *Lando/Nielsen*, CMLR 2008, 1687, 1719; *Mann*, FS Wahl, 1973, S. 139, 147 ff.; *Roth,* FS Spellenberg, 2010, S. 324 ff.; *Staudinger*, in: Ferrari *(Fn. 23), Art. 9 Rom I-VO* Rn. 44; abgeschwächt *Magnus*, in: Staudinger (Fn.10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 133 ff.

31 Zu Eingriffsnormen des Sonderprivatrechts *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 78.

32 *Basedow,* Rec. des Cours 360 (2013), 9, 328; *Freitag*, in: Reithmann/Martiny (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.24.

33 *Basedow,* Rec. des Cours 360 (2013), 9, 328; *Freitag*, in: Reithmann/Martiny (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.24; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 78.

34 *Maultzsch,* RabelsZ 75 (2011), 60, 96; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 78.

35 *Freitag*, in: Reithmann/Martiny (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.24.

36 *Basedow,* Rec. des Cours 360 (2013), 9, 328; *Einsele,* WM 2009, 289, 297; *Freitag*, in: Reithmann/Martiny (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.24; *Kroll-Ludwigs,* Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht, 2013, S. 544 ff.;*Martiny*, in: MüKoBGB (Fn. 6), Art. 9 Rom I-VO Rn. 43; *Maultzsch,* RabelsZ 75 (2011), 60, 96; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 78.

37 *Hauser* (Fn. 16), S. 129.

38 Für eine absolute Sperrwirkung *Deinert* (Fn. 23), § 10 Rn. 161; *Freitag*, IPRax 2009, 109, 115; *Hauser (Fn. 16)*, S. 116; *Maultzsch,* RabelsZ 75 (2011), 60, 98 f.; *Staudinger*, in: Ferrari *(Fn. 23), Art. 9 Rom I-VO Rn. 43*; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 81.

39 Vgl. BGHZ 59, 82, 85; BGHZ 94, 268, 271 ff.; BGH, NJW 1993, 194.

40 *Einsele,* WM 2009, 289, 296; *Roth,* EWS 2011, 314, 326; *Spickhoff, in: Bamberger/Roth (Hrsg.),* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch[3], 2012, *Art. 9 Rom I-VO* Rn. 30.

41 EuGH, *Nikiforidis* (Fn. 23), Rn. 51.

42 EuGH, *Nikiforidis* (Fn. 23), Rn. 52.

43 Schlussantrag GA Szupnar, *Nikiforidis* (Fn. 16), Rn. 102 ff.; *Einsele,* WM 2009, 289, 296; *Martiny*, in: MüKoBGB (Fn. 6),Art. 9 Rom I-VO Rn. 114b.

44 Vgl. *Hauser* (Fn. 16), S. 116; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 81.

verleihung für die materiell-rechtliche Berücksichtigung, wird zwar nicht die Rechtsfolge, aber der Tatbestand der Rechtsnorm der *lex causae* maßgeblich vom ausländischen Recht beeinflusst, denn das Recht des Vertragsstatuts wird im Lichte der ausländischen Eingriffsnorm ausgelegt.[45] Dies mag man zwar nicht als echte Anwendung fremden Rechts einstufen,[46] doch die Methode der materiell-rechtlichen Berücksichtigung betrifft stets die Beachtung einer ausländischen Eingriffsnorm in ihrer Eigenschaft als Rechtsnorm.[47] Die Frage, welches Recht für den Sachverhalt beachtlich ist, ist aber die Grundfrage des Kollisionsrechts. Art. 9 III Rom I-VO modifiziert daher nicht das materielle Recht der *lex causae*, sondern gibt lediglich vor, wann ausländisches Recht für die Auslegung der *lex causae* beachtet werden darf. Für diese kollisionsrechtliche Frage ist der europäische Gesetzgeber zuständig (vgl. Art. 81 II lit. c AEUV).[48] Eine materiell-rechtliche Berücksichtigung drittstaatlicher Eingriffsnormen ist also nur möglich, wenn man die abschließenden Kriterien des Art. 9 III Rom I-VO umgeht.[49] Nach hier vertretener Auffassung sprechen somit die stärkeren Argumente für eine absolute Sperrwirkung des Art. 9 III Rom I-VO.

Erfolgt im Beispielsfall die Lieferung von D an I von Deutschland aus in den Iran, kann das US-amerikanische Embargo also nicht herangezogen werden, um - bei deutschem Vertragsstatut - die Sittenwidrigkeit des Vertrags gemäß § 138 I BGB oder die rechtliche Unmöglichkeit der Leistung gemäß § 275 I BGB zu begründen.[50] Unstreitig ist, dass drittstaatliche Eingriffsnormen den Tatbestand des § 134 BGB ohnehin nur im Falle einer kollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung erfüllen können.[51]

b) Berücksichtigung der Faktenlage

Die Kritik an der absoluten Sperrwirkung entzündet sich primär am unverständlichen und rechtspolitisch unerwünschten Ergebnis, dass ausländische Eingriffsnormen selbst dann unbeachtlich blieben, wenn der Erlassstaat der Eingriffsnorm die Erfüllung tatsächlich erschwert oder verhindert.[52] Indes ist zwischen der Berücksichtigung des fremden Embargos als Rechtsnorm und der Berücksichtigung der durch den Vollzug des Embargos geschaffenen Fakten zu differenzieren. So hat das Reichsgericht während des Ersten Weltkriegs sogar die tatsächliche Unmöglichkeit einer Weinlieferung anerkannt, obwohl dem ein englisches Handelsembargo gegen das Deutsche Reich zugrunde lag.[53]

Welche Tatsachen die *lex causae* in welchem Maße als beachtlich ansieht, wird nur durch sie selbst entschieden. Diese Frage fällt also aus dem Anwendungsbereich des Art. 9 III Rom I-VO heraus.[54] Daher kann die Tatsache, dass die Vertragserfüllung durch die Embargovorschriften ausländischer Staaten faktisch erschwert oder behindert wird, durch die *lex causae* rechtlich anerkannt werden.[55] Andernfalls würde weder den berechtigten Parteiinteressen an der Anerkennung der wahren Faktenlage[56] noch der Machttheorie[57] Genüge getan, denn diese will gerade die Berücksichtigung von realen Erfüllungshindernissen ermöglichen. Die tatsächlichen Folgen der ausländischen Eingriffsnormen und ihrer Durchsetzung können also durch das Leistungsstörungsrecht der *lex causae*, zum Beispiel über die wirtschaftliche bzw. persönliche Unzumutbarkeit gemäß § 275 II, III BGB, berücksichtigt werden.[58]

3. Bewertung der aktuellen Rechtslage

Dass die Rom I-VO die Möglichkeit der Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen stark eingrenzt, wurde häufig kritisiert und die geringere Toleranz gegenüber ausländischen Wertungen als Rückschritt betrachtet.[59] Aus Sicht der Unternehmen, deren wirtschaftliche Aktivität durch Embargovorschriften beeinflusst wird, ist der Ansatz, nur die Embargovorschriften zu berücksichtigen, die letztendlich auch die Vertragsdurchführung behindern können, zunächst begrüßenswert. Damit wird die Zahl der anwendbaren Embargos und damit der Handelshemmnisse reduziert und eine scheinbar günstige Rechtslage für den freien Handel geschaffen.[60] Auch aus unternehmerischer Sicht ist jedoch problematisch, dass Art. 9 III Rom I-VO nur auf den Erfüllungsort abstellt. Im modernen internationalen Handel gibt es aufgrund technischer Entwicklungen und der immer stärkeren Verflechtung eine Vielzahl von staatlichen Möglichkeiten auf Unternehmen, die gegen Embargomaßnahmen verstoßen, zuzugreifen.[61] Beispielsweise werden Vermögenswerte im Erlassstaat eingefroren, Marktzulassungen zurückgenommen, keine öffentlichen Aufträge mehr vergeben oder Reiseverbote für Führungskräfte erlassen.[62] Dieser erhöhten Verletzlichkeit der Unternehmen kann, wenn man der Ansicht des EuGH folgt, zumindest über die materiell-rechtliche Berücksichtigung drittstaatlicher Embargobestimmungen Rechnung getragen werden, jedoch nur soweit die *lex causae* dies zulässt. Es mag bezweifelt werden, ob eine potentielle materiell-rechtliche Berück-

45 *Mankowski*, IPRax 2016, 485, 490; *Ohler*,Die Kollisionsordnung des allgemeinen Verwaltungsrechts: Strukturen des deutschen internationalen Verwaltungsrechts, 2005, S. 151.

46 Vgl. *v. Hein*, in: MüKoBGB (Fn. 6), Einl. IPR Rn. 280; *Ohler* (Fn. 45), S. 151.

47 *Mankowski*, IPRax 2016, 485, 490.

48 Vgl. *Martiny*, in: MüKoBGB (Fn. 6), Art. 9 Rom I-VO Rn. 114b.

49 Vgl. Schlussantrag GA Szupnar, *Nikiforidis* (Fn. 16), Rn. 101; *Hauser* (Fn. 16), S. 116.

50 *Freitag*, IPRax 2009, 109, 115; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 81.

51 BGHZ 59, 82, 85; BGHZ 69, 295, 296; LG Hamburg, RIW 2015 458, 459; *Mankowski*,RIW 2015, 405, 406; *ders*., IPRax 2016, 485, 490; *Martiny*, in: MüKoBGB (Fn. 6), Art. 9 Rom I-VO Rn. 47.

52 Vgl. *Magnus*, in: Staudinger (Fn.10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 124; *Martiny*, in: MüKoBGB (Fn. 6),Art. 9 Rom I-VO Rn. 114a.

53 RGZ 93, 182, 184.

54 *Mankowski*, IPRax 2016, 485, 490 f.; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 81.

55 *Freitag*, IPRax 2009, 109, 115; *ders*., in: Reithmann/Martiny (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.131; *Magnus*, in: Staudinger (Fn.10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 124; *Mankowski*, IPRax 2016, 485, 491; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 81.

56 *Basedow*, Rec. des Cours 360 (2013), 9, 334; *Mankowski*, IPRax 2016, 485, 489 f.

57 *Magnus*, in: Staudinger (Fn.10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 124.

58 *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 81.

59 *Freitag*, in: Reithmann/Martiny (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.114; *Leible/Lehmann*, RIW 2008, 528, 543; *Mankowski*, IHR 2008, 133, 148; *ders*., IPRax 2016, 485, 491.

60 *Mankowski*, IHR 2008, 133, 148.

61 *Mankowski*, IPRax 2016, 485, 491.

62 Vgl. z.B. Sec. 7 Executive Order 13645 vom 3.6.2013; *Mankowski*, IPRax 2016, 485, 486.

sichtigung den Unternehmen ausreichende Rechtssicherheit gewährt. Dies illustriert gerade die Entscheidung des Cour d'appel de Paris, der eine materiell-rechtliche Berücksichtigung des US-Embargos noch nicht in einmal Erwägung zog.[63]

Letztendlich führt die eingeschränkte rechtliche Berücksichtigung von Embargomaßnahmen dazu, dass die Embargos von Staaten mit wichtigen Absatzmärkten, wie den USA, von international operierenden Unternehmen schon aus wirtschaftlichen Gründen, unabhängig von der kollisionsrechtlichen Bewertung, beachtet werden. Embargobestimmungen von Staaten mit unbedeutenden Märkten, die zudem nicht die Macht besitzen, ihre Eingriffsnormen durchzusetzen, bleiben hingegen rechtlich und tatsächlich unberücksichtigt. Nach hier vertretener Auffassung bleibt den Gerichten, die über Streitigkeiten mit Bezug zu drittstaatlichen Embargos zu entscheiden haben, nur die durch die (drohende) Durchsetzung der Embargomaßnahmen geschaffenen Fakten zu berücksichtigen. Tun sie selbst das nicht, wie der Cour d'appel de Paris, verkennen sie die Faktenlage und werden dafür zu Recht kritisiert.[64]

D. Extraterritoriale Wirkung von Embargos und Abwehrregelungen

I. Embargos mit extraterritorialer Wirkung

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich im Bereich der Embargos daraus, dass nationale Vorschriften bisweilen ihren räumlichen Wirkungsbereich entgegen dem Territorialitätsprinzip in das Hoheitsgebiet eines anderen Staates erstrecken und extraterritoriale Anwendung beanspruchen.[65] Insbesondere[66] US-amerikanische Embargos versuchen oft ihre Beachtung ohne räumlichen oder personalen Nexus zu erzwingen (*secondary sanctions*[67]).[68] Beispielsweise haften US-amerikanische Gesellschaften für die Iranaktivitäten ihrer ausländischen Tochterunternehmen (sec. 5 c 2 B ISA)[69]. Auch der als Helms-Burton Act bezeichnete Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act of 1996[70] erhebt extraterritorialen Geltungsanspruch. Insbesondere gewährt er (heutigen) Staatsangehörigen der USA, die von der kubanischen Regierung enteignet wurden, einen Ersatzanspruch in Höhe des (heutigen) Werts des enteigneten Vermögensgenstandes. Anspruchsgegner ist jede Person, die mit diesen Vermögenswerten verkehrt (*trafficking*) (vgl. sec. 302 (a) (I) (A) Helms-Burton Act).[71] Importiert ein deutsches Unternehmen beispielsweise Zucker aus Kuba, der von einer Plantage stammt, die vor der Enteignung im Eigentum eines US-amerikanischen Unternehmens stand, könnte dieses Unternehmen den Ersatzanspruch gegen den deutschen Importeur geltend machen.[72]

II. Abwehrregelungen

Als Reaktion auf den extraterritorialen Geltungsanspruch der US-Embargos werden von Drittstaaten, die als Handelspartner der unmittelbar boykottierten Staaten mittelbar betroffen sind, Abwehrgesetze (*blocking statutes*) zum Schutz vor den Auswirkungen der extraterritorialen Anwendung erlassen.[73] Auch die Europäische Union hält die extraterritoriale Anwendung von Embargovorschriften für völkerrechtswidrig[74] (vgl. EW (4) Abwehr-VO) und hat eine Abwehrverordnung[75] in Kraft gesetzt. Diese Verordnung richtet sich unter anderem gegen den Helms-Burton Act (Anhang zu Art. 1 Abwehr-VO).

1. Arten von Gegenmaßnahmen

Die Abwehrverordnung bedient sich verschiedener Gegenmaßnahmen. Art. 4 I Abwehr-VO statuiert ein Anerkennungs- und Vollstreckungsverbot für Urteile außergemeinschaftlicher Gerichte, die auf den blockierten Embargos beruhen. Daneben verbietet Art. 5 I Abwehr-VO es den betroffenen Personen, Forderungen oder Verboten, die sich aus den extraterritorial anwendbaren Embargovorschriften ergeben, Folge zu leisten. Zweck des Befolgungsverbotes ist es, den Normadressaten in eine Zwangslage zu versetzen, die unter Umständen von den Gerichten des Erlassstaates des blockierten Embargos zu seinen Gunsten berücksichtigt werden kann.[76] Als Kern der Verordnung gewährt Art. 6 I Abwehr-VO einen Schadensersatzanspruch für alle Schäden, die aufgrund der ausländischen Embargovorschriften entstanden sind (*clawback*-Anspruch)[77]. In Verbindung mit dem zusätzlichen Vermögensgerichtsstand des Art. 6 III 2 Abwehr-VO für die *clawback*-Ansprüche käme es daher im Ernstfall zur gegenseitigen Pfändung des jeweiligen Vermögens des enteigneten US-amerikanischen Unternehmens und des deutschen Zuckerimporteuers in Europa bzw. den USA.

2. Rechtswirkung der Abwehrgesetze

Die in der Abwehrverordnung statuierten Gegenmaßnahmen sind ihrerseits Eingriffsnormen der *lex fori*.[78] Das Abwehr-

63 Vgl. Cour d'appel de Paris (Fn. 11).

64 Vgl. *Mankowski*, IPRax 2016, 485, 490; *Winkler/Lacombe*,D. 2015, 1260, 1263.

65 Zur Definition der Extraterritorialität *Huck*, NJOZ 2015, 993, 994; *Menzel*, Internationales Öffentliches Recht, 2011, S. 159; *Tehrani*, VersR 2016, 85, 91.

66 Zu EU-Embargoregelungen betreffend Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten *B. Mehle/V. Mehle*,RIW 2015, 397.

67 *Tehrani*, VersR 2016, 85, 87.

68 *Basedow,* Rec. des Cours 360 (2013), 9, 336; *Mankowski*, IPRax 2016, 485, 486; *Meng*, EuZW 1997, 423 ff.; *Niestedt*, in: Krenzler/Hermann/Niestedt (Fn. 6), V. 50 Rn. 61; *Tehrani*, VersR 2016, 85.

69 Iran Sanctions Act of 1996 Pub. L. No. 104 - 172, 110 Stat. 1541 1996.

70 Pub. L. No. 104 - 114, 110 Stat. 785 1996.

71 Ausführlich *Gebauer*, IPRax 1998, 145, 147 f.; *Sumner*,Cath. U. L. Rev., 46 (1997), 907, 917 ff.

72 Vgl. *Gebauer*, IPRax 1998, 145, 149; *Lowenfeld*, AJIL 90 (1996), 419, 426; *Schnyder*,BerDGesVR 37, 73, 76; *Sumner*,Cath. U. L. Rev., 46 (1997), 907, 946.

73 *Schnyder*,BerDGesVR 37, 73, 74 f.

74 Zur Völkerrechtswidrigkeit des extraterritorialen Geltungsanspruchs *Gebauer*, IPRax 1998, 145, 150 ff.; *Huck*, NJOZ 2015, 993, 994 f.; *Meng*, EuZW 1997, 423, 426 ff.; *Niestedt*, in: Krenzler/Hermann/Niestedt (Fn. 6), V. 50 Rn. 61; *Tehrani*, VersR 2016, 85, 91 ff.

75 VO (EG) Nr. 2271/96 des Rates vom 22.11.1996 zum Schutz vor den Auswirkungen der extraterritorialen Anwendung von einem Drittland erlassener Rechtsakte sowie von darauf beruhenden oder sich daraus ergebenden Maßnahmen, *ABl. 1996 L 309/1*.

76 *Gebauer*, IPRax 1998, 145, 153; *Meng*, EuZW 1997, 423; *Sumner*,Cath. U. L. Rev., 46 (1997), 907, 955 ff.; kritisch *Mayer/Albrecht*, WM 2015, 1226, 1229 ff.

77 *Gebauer*, IPRax 1998, 145, 154; *Meng*, EuZW 1997, 423, 425.

78 *V. Allwörden*, US-Terrorlisten im deutschen Privatrecht, 2014, S. 129 f.; *Mankowski*, IPRax 2016, 485, 489; *Martiny*, in: MüKoBGB (Fn. 6), Art. 9 Rom I VO Rn. 63; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10),Art. 9 Rom I-VO Rn. 87.

gesetz bestimmt als negative Kollisionsnorm, welches Recht jedenfalls nicht angewendet werden kann und schließt somit eine Sonderanknüpfung des ausländischen Embargos durch das Gericht aus.[79] Das Ermessen (vgl. Art. 9 III 1 Rom I-VO) der Gerichte ist dann auf null reduziert.

Da die Abwehrverordnung nur auf EU-Inländer anwendbar ist (vgl. Art. 11 Abwehr-VO), stellt sich auch hier die Frage, ob ausländische Eingriffsnormen, also Gegenmaßnahmen eines Drittstaates, berücksichtigt werden können. Hier gelten die zu Art. 9 III Rom I-VO erläuterten Grundsätze, wobei sich vor allem die Frage nach dem Verbotscharakter der Gegenmaßnahme stellen wird. Für den seltenen Fall, dass sowohl ein drittstaatliches Embargo, als auch ein drittstaatliches Abwehrgesetz im Rahmen des Art. 9 III Rom I-VO berücksichtigungsfähig sind, muss im Rahmen der Abwägung entschieden werden, welchem Regelungsinteresse Vorrang einzuräumen ist.[80] Angesichts des völkerrechtswidrigen extraterritorialen Geltungsanspruchs der Embargobestimmung, der den Wertvorstellungen des deutschen Rechts zuwiderläuft, wird die Entscheidung zugunsten des drittstaatlichen Abwehrgesetzes ausfallen.[81]

3. (Rechts-)Tatsächliche und politische Wirkung von Abwehrgesetzen

Trotz der Einstufung als Eingriffsnorm sind die Abwehrgesetze von geringer rechtstatsächlicher Bedeutung.[82] Oft wird der politische Wille zur Durchsetzung der Abwehrgesetze gering sein, da diese die Gefahr eines transatlantischen Sanktionsexzesses mit wirtschaftlich verheerenden Folgen in sich birgt.[83] Auch aus unternehmerischer Sicht besteht häufig kein Interesse am Schutz durch den Heimatstaat. Denn wenn die Unternehmen weiter auf dem US-Markt agieren wollen, werden sie durch die weitreichenden Sanktionen faktisch zur Beachtung der US-Embargos gezwungen.[84] Daher kommt der Abwehrverordnung in erster Linie eine politische Bedeutung zu.[85] Durch die potentiellen *clawback*--Ansprüche instrumentalisiert sie die Interessen der Parteien aus dem Erlassstaat des Embargos, um Druck auf diesen auszuüben und eine politische Einigung zu ermöglichen.[86] So hatte der Erlass der Abwehr-VO den Abschluss eines Stillhalteabkommens zwischen den USA und der Europäischen Union zur Folge.[87] Die USA erklärten sich bereit, die Klagemöglichkeit unter Titel III des Helms-Burton-Acts immer wieder halbjährlich auszusetzen.[88] Freilich kann der US-Präsident diese Aussetzungspraxis jederzeit revidieren (vgl. sec. 306 (b) Helms-Burton Act), sodass das „Damoklesschwert" des Helms-Burton-Acts ökonomische Vorsicht gebietet und das Verhalten ausländischer Investoren weiterhin beeinflusst.[89]

Das Stillhalteabkommen umfasste auch das US-amerikanische Iran-Embargo in seiner ursprünglichen Form.[90] In der Folgezeit wurden die *secondary sanctions* des Iran-Embargos jedoch durch neue Maßnahmen deutlich ausgeweitet, ohne dass die Europäische Union ihre Abwehrverordnung aktualisierte.[91] Zurzeit wird eine solche Aktualisierung erwogen.[92] Doch angesichts der geringen rechtstatsächlichen Bedeutung der Abwehrverordnung kann diese das Problem der extraterritorialen Anwendung der US-Embargos alleine nicht lösen.[93] Zwar erfolgten im Rahmen des aktuellen politischen Tauwetters Lockerungen des Kuba- und des Iran-Embargo, doch lässt dies jedenfalls den Bereich der personenbezogenen Sanktionen und der damit zusammenhängenden *secondary sanctions* unberührt.[94] Zudem ist nicht unwahrscheinlich, dass die USA, bestärkt durch den Erfolg des Iran-Embargos, auch in Zukunft Embargos mit extraterritorialer Wirkung zur Erreichung ihrer außenpolitischen Ziele einsetzen werden.[95] Wenn die Europäische Union diese Eingriffe in ihre Souveränität unterbinden und ihre politische Gestaltungsfreiheit in der Außenwirtschaftspolitik bewahren will, muss also eine politische Lösung gefunden werden.[96] So hätte man die extraterritoriale Anwendung US-amerikanischer Embargobestimmungen zum Gegenstand der TTIP-Verhandlungen machen können.[97]

E. Gesamtergebnis

Es bleibt festzuhalten, dass der europäische Gesetzgeber durch die Einführung der Rom I-VO die Möglichkeit zur rechtlichen Anerkennung ausländischer Embargovorschriften stark eingeschränkt hat. Im Ergebnis können nur noch Embargos der Staaten berücksichtigt werden, die auch die Macht haben diese durchzusetzen. Dabei verkennt die Rom I-VO, trotz eines begrüßenswerten Ansatzes, dass Unternehmen im modernen internationalen Handel einer Vielzahl von Zugriffsmöglichkeiten ausgesetzt sind. Angesichts der großen Bedeutung des US-amerikanischen Marktes und der extraterritorialen Wirkung der US-amerikanischen Embargos geht die Ausgestaltung der Rom I-VO in großen Teilen an der Wirklichkeit vorbei. Die normative Kraft des Faktischen zwingt international agierende Unternehmen, die ausufernden Embargobestimmungen der USA zu respektieren. Auch die geplante Aktualisierung der Abwehrverordnung kann keine Abhilfe schaffen. Sie vermag allenfalls eine politische Lösung zu begünstigen. Solange eine solche Lösung nicht gelingt, werden die Staaten weiter Außenpolitik auf dem Rücken privater Akteure austragen.

---

79 *Freitag*, in: Reithmann/Martiny (Fn. 10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.141a; *Gebauer*, IPRax 1998, 145, 153; *Mankowski,* IPRax 2016, 485, 489; *Schnyder,* BerDGesVR 37, 73, 101.

80 *Magnus*, in: Staudinger (Fn.10), Art. 9 Rom I-VO Rn. 143; *Martiny*, in: MüKoBGB (Fn. 6), Art. 9 Rom I-VO Rn. 139; *Thorn*, in: Rauscher (Fn. 10), Art 9 Rom I-VO Rn. 88.

81 Vgl. *Tehrani*, VersR 2016, 85, 93 f.

82 *Basedow,* Rec. des Cours 360 (2013), 9, 341.

83 Vgl. *Tehrani*, VersR 2016, 85, 95.

84 *Basedow,* Rec. des Cours 360 (2013), 9, 341; *Lowe*, RabelsZ 52 (1988), 157, 189 f.

85 *Basedow,* Rec. des Cours 360 (2013), 9, 341.

86 *Basedow,* Rec. des Cours 360 (2013), 9, 341; *Mankowski*, IPRax 2016, 485, 489.

87 *Lohmann*, SWP-Aktuell 2015/A 54, S. 3.

88 *Gebauer*, IPRax 1998, 145, 146; *Lohmann*, SWP-Aktuell 2015/A 54, S. 3; *Meng*, EuZW 1997, 423, 425 f.

89 *Gebauer*, IPRax 1998, 145, 155; *Meng*, EuZW 1997, 423, 425 f.

90 *Lohmann*, SWP-Aktuell 2015/A 54, S. 3; *Tehrani*, VersR 2016, 85, 94.

91 *Lohmann*, SWP-Aktuell 2015/A 54, S. 5 ff.; *Tehrani*, VersR 2016, 85, 94.

92 Vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz vor den Auswirkungen der extraterritorialen Anwendung von einem Drittland erlassener Rechtsakte sowie von darauf beruhenden oder sich daraus ergebenden Maßnahmen (Neufassung) COM/2015/048 final - 2015/0027 (COD).

93 *Tehrani*, VersR 2016, 85, 95.

94 Vgl. *Tehrani*, VersR 2016, 85, 95.

95 Vgl. *Tehrani*, VersR 2016, 85, 95.

96 *Tehrani*, VersR 2016, 85, 95.

97 Vgl. *Huck*, NJOZ 2015, 993, 997; *Mankowski*, IPRax 2016, 485, 489; *Tehrani*, VersR 2016, 85, 95.

Jan Krekeler*

Verbindliche Auskunft

Reichweite, Kosten, Rechtsschutz

A. Einführung

Im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen dem Steuerpflichtigen und der Finanzbehörde sind die gesetzlich vorgesehenen Koorperationsformen, insbesondere auch die verbindliche Auskunft nach § 89 II AO, von „elementarer" Bedeutung.[1] Steuerliche Auswirkungen von Geschäftsmodellen und Investitionen sind häufig mehr als nur ein wirtschaftlicher Nebenaspekt.[2] Rechts- und Planungssicherheit hinsichtlich der steuerlichen Auswirkungen besitzen daher für den Steuerpflichtigen eine „besondere wirtschaftliche Attraktivität".[3] Die durch die verbindliche Auskunft verwirklichte Selbstbindung der Verwaltung ist hierbei das „wichtigste Instrument zur Erreichung von Rechtssicherheit".[4]

Es wird untersucht, ob die verbindliche Auskunft diesen Erwartungen gerecht wird[5] oder ob sich gerade hinsichtlich der Reichweite, der Kosten und des Rechtsschutzes etwas anderes ergibt.

I. Entstehungsgeschichte

Der Vorschlag, die Verpflichtung zur Erteilung einer verbindlichen Auskunft als Teil des Steuerbereinigungsgesetzes 1986[6] im Gesetz zu implementieren, scheiterte damals am Widerstand der Länder.[7] Daraufhin entschied sich die Finanzverwaltung, die verbindliche Auskunft im Verwaltungsweg einzuführen.[8] Deren Bindungswirkung ergab sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben.[9]

Mit dem Förderalismusreform-Begleitgesetz 2006 wurde die verbindliche Auskunft in § 89 II AO gesetzlich verankert.[10] Die auf Grundlage des § 89 II 4 AO erlassene Steuerauskunftsverordnung regelt die Antragsvoraussetzungen und die Bindungswirkung der verbindlichen Auskunft.[11] Außerdem ergänzte das BMF den Anwendungserlass zur Abgabenordnung um ausführliche Regelungen zur verbindlichen Auskunft.[12]

II. Rechtsnatur

Während die verbindliche Auskunft früher nicht als Verwaltungsakt angesehen wurde,[13] ist diese nun unstreitig als Verwaltungsakt i.S.d. § 118 S. 1 AO zu qualifizieren.[14] Auch der AEAO zu § 89 trifft insoweit eine klare Aussage.[15]

B. Antragsvoraussetzungen

I. Antrag

Die verbindliche Auskunft wird nur auf Antrag erteilt; es handelt sich um ein sogenanntes gebundenes Verfahren.[16] Die einzelnen Antragsvoraussetzungen regelt die StAuskV i.V.m. dem AEAO.[17]

II. Antragsteller

Als Antragsteller kommen der Steuerpflichtige, im Falle von einheitlichen Feststellungen die Gesamtheit der Beteiligten und für noch nicht existierende Steuerpflichtige ein Dritter in Betracht (§ 1 I, II, III StAuskV).[18]

III. III.Antragsbefugnis

Zum Antrag befugt ist der Antragsteller, wenn er ein besonderes Interesse an einer verbindlichen Auskunft zu der steuerlichen Beurteilung eines noch nicht verwirklichten Sachverhalts hat (vgl. § 89 II 1 AO).

---

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

1 *Grashoff/Kleinmanns*, Aktuelles Steuerrecht[12], 2016, Rn. 528.

2 Vgl. *Stemplewski*, BB 2012, 2220, 2225; einschränkend zur wirtschaftlichen Bedeutung steuerlicher Auswirkungen: *Rüsken*, FS Haarmann, 2015, 809, 813.

3 Vgl. *Stemplewski*, BB 2012, 2220, 2224f.

4 *Birk*, FS P+P Pöllath + Partners, 2008, 161, 164.

5 Mit Zweifeln: *Rüsken* (Fn. 2), 809, 815.

6 Steuerbereinigungsgesetz 1986, Gesetz v. 19.12.1985, BGBl I, 2436.

7 Vgl. *Misera/Baum*, Ubg 2008, 221.

8 BMF, Schreiben v. 24.6,1987 – IV A 5 – S 0430 – 9/87, BStBl I, 477; Aktualisierung durch BMF, Schreiben v. 29.12.2003 – IV A 4 – S 0430 – 7/03, BStBl I, 742.

9 Vgl. *Misera/Baum*, Ubg 2008, 221.

10 Art. 18 I des FörderalismusreformBegleitG v. 5.9.2006, BGBl. I, 2098, 2106; *Birk/Desens/Tappe,* Steuerrecht[18], 2016, § 4 B II 3 Rn. 466; *Misera/Baum*, Ubg 2008, 221.

11 StAuskV, Gesetz v. 30.11.2007, BGBl I 2007, 2783; vgl. *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 10), § 4 B II 3 Rn. 466; vgl. auch *Wunsch*, in: Koenig, Abgabenordnung §§ 1 bis 368[3], 2014, § 89 Rn. 35.

12 BMF, Schreiben v. 11.12.2007 – IV A 4 – S 0062/07/0003, BStBl I, 894.

13 Damalige st. Rspr.: BFH, Urteil v. 13.11.1959 – VI 124/59 U, BFHE 70, 290 Rn. 7 (juris); BFH, Urteil v. 1.2.1973 – IV R 1/72, BFHE 108, 517 = BStBl II 1973, 533 Rn. 21 (juris); damals noch ablehnend *Bruschke*, DStZ 2007, 267, 271 und *Seer*, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung[1], 2008, § 89 Rn. 24ff.; für die Rechtsnatur einer behördlichen Auskunft als Verwaltungsakt jedoch bereits BVerwG, Urteil v. 25.2.1969 – I C 65.67, BVerwGE 31, 301 Rn. 40 (juris); damals schon für die Rechtsnatur als Verwaltungsakt: *Birk* (Fn. 4), 161, 168.

14 BFH, Urteil v. 1.2.1973 – IV R 1/72, BFHE 108, 517 = BStBl II 1973, 533; BFH, Urteil v. 30.4.2009 – VI R 54/07, BFHE 225, 50 = BStBl II 2010, 996; BFH, Urteil v. 5.6.2014 – VI R 90/13, BFHE 246, 383 = BStBl II 2015, 48; *Böwing-Schmalenbrock*, HFR 2016, 421, 423f.; *Demleitner*, AO-StB 2010, 349; *Grotthoff*, BB 2009, 2123, 2125; mit Verweis auf den AEAO mittlerweile zustimmend: *Seer*, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung[1], 2016, § 89 AO Rn. 24.

15 Kritisch zur Ermächtigung der Finanzverwaltung zur „konstitutiven Anordnung der Verwaltungsaktqualität": *Jochum*, , DStZ 2013, 544, 551.

16 *Roser*, in: Beermann/Gosch, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung[1], 2016, § 89 Rn. 32.

17 Vgl. *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 10), § 4 B II 3 Rn. 466.

18 Zur Antragstellung durch eine Schuldnergesellschaft: *Farle*, DStR 2012, 1590, 1592; zur Antragsmöglichkeit eines zukünftigen Erbens: *Berg*, ZEV 2012, 137, 139f.

1. Sachverhalt

Probleme bereitet die Voraussetzung des „noch nicht verwirklichten Sachverhalts". Es ist in vielen Fällen unklar, inwieweit die Vorbereitung des Sachverhalts oder die Verwirklichung von zeitlich oder logisch notwendigen Zwischenschritten bereits die Antragsbefugnis ausschließt. Insbesondere umsatz- und erbschaftsteuerliche Sachverhalte verlangen eine angepasste Betrachtung.[19] Umsatzsteuerliche Klauseln werden in Vereinbarungen häufig von der Würdigung durch die Finanzbehörde abhängig gemacht und ermöglichen es erst, dem Vertragspartner die Steuer in Rechnung zu stellen. Diese Vereinbarungen sind, wenn sie mit solchen wesentlichen Konsequenzen verbunden sind, für die Antragsbefugnis unschädlich.[20] Mit der gleichen Begründung sollen auch Auskünfte zur Umgestaltung eines bereits verwirklichten Sachverhalts möglich sein.[21] Ebenso unschädlich ist die sonstige Vorbereitung von steuerlichen Sachverhalten, solange die Steuerfolge noch nicht ausgelöst ist oder sicher eintreten wird.[22]

2. Gegenstand

Die Auskunft kann nicht nur zu einer abstrakt-generellen Rechtsfrage eingeholt werden; auch die Subsumtion eines Sachverhalts ist umfasst.[23] Dabei kann es sich um Einzelfragen oder auch um Fragen von allgemeiner Relevanz handeln. Selbst bei vermeintlich klarer Rechtslage kann aus Gründen der Rechts- und Planungssicherheit eine Auskunft eingeholt werden.[24] Auch muss eine Auskunft entgegen dem AEAO zu § 89 zu § 42 AO und zu Steuersparmodellen möglich sein. Letztere sind teilweise vom Gesetzgeber willentlich und wissentlich durch eine entsprechende Gesetzgebung geschaffen worden und müssen daher Gegenstand der verbindlichen Auskunft sein können.[25]

Der AEAO zu § 89 spricht der Finanzbehörde die Möglichkeit zu, eine Auskunft zu verweigern, wenn Erlasse, Entscheidungen oder Gesetze in absehbarer Zeit zu erwarten sind. Mit Blick auf die Regelungen zum Wegfall der Bindungswirkung und den schlechten Erfahrungen bei Auskünften zum Umwandlungssteuergesetz[26] ist eine solche Einschränkung abzulehnen.[27]

3. Besonderes Interesse

Wann der Antragsteller ein „besonderes Interesse" an der Auskunft vorweisen kann, richtet sich laut der Gesetzesbegründung[28] nach den Ausführungen des früheren BMF-Schreibens[29] zur verbindlichen Auskunft.[30]

Die für das besondere Interesse notwendigen erheblichen steuerlichen Belastungen müssen nicht unbedingt beim Antragsteller anfallen. Es genügt z.B. dass auch der Erblasser, in dessen Person keine steuerliche Belastung durch den Erbfall eintritt, ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der steuerlichen Auswirkungen seiner Gestaltungsmaßnahmen hat.[31]

Das Gesetz kennt keine wertmäßige Unbeachtlichkeit der steuerlichen Folgen (vgl. auch § 89 V 3 AO).[32]

C. Reichweite

I. Auslegung

Die Auskunft ist nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) auszulegen.[33] Dies ergibt sich schon allein aus ihrem Charakter als Verwaltungsakt.[34] Vom *BFH* wird eine enge Auslegung vertreten.[35] Die Finanzbehörde ist insbesondere nicht verpflichtet, zu dem der Auskunft zu Grunde liegenden Sachverhalt ein Rechtsgutachten zu erstellen; selbst notwendigerweise mit zu beantwortende Rechtsfragen soll die Finanzbehörde offenlassen können.[36] Die Annahme einer allein auf den Antragsgegenstand beschränkten Reichweite der Auskunft greift, so *Demleitner*, jedoch zu kurz.[37] Die Bindungswirkung begründet sich zwar nicht mehr im Grundsatz von Treu und Glauben; die Auskunft bindet vielmehr aus sich heraus.[38] Eine Ablehnung betreffend einen Restanwendungsbereich für den Grundsatz von Treu und Glauben durch den Gesetzgeber sei hieraus jedoch nicht abzulesen. Stattdessen müsse sich die Finanzbehörde auch bei Erteilung einer Auskunft weiterhin an diesem messen lassen.[39] Ist die rechtliche Würdigung des Auskunftsgegenstands

---

19 Zur Problematik des „noch nicht verwirklichten Sachverhalts" insbesondere in Fällen der Umsatzsteuer: *Schneider*, BB 2013, 2846, 2849; vgl. auch Tz. 3.5.3. der AEAO zu § 89 für Dauersachverhalte; zur Voraussetzung des „noch nicht verwirklichten Sachverhalts" bei Erbfällen: *Berg*, ZEV 2012, 137, 138.

20 Vgl. *Schneider*, BB 2013, 2846, 2849.

21 Zur verbindlichen Auskunft bei Umwandlungsfällen: *Bruschke*, SteuK 2012, 179.

22 Vgl. *Werder/Dannecker*, BB 2011, 2903, 2906.

23 Für einen Überblick über mögliche Gegenstände einer verbindlichen Auskunft: *Werder/Dannecker*, BB 2011, 2903ff; zum Problem der Ermessensausübung als Gegenstand der verbindlichen Auskunft: *Orth*, DStR 2009, 1397, 1403.

24 Vgl. *Werder/Dannecker*, BB 2011, 2903, 2904; gegen die Antragsmöglichkeit allein bei „ganz eindeutiger" Rechtslage: *Joisten/Bergmann*, FR 2014, 923, 927f.

25 Vgl. *Werder/Dannecker*, BB 2011, 2903, 2905; *Joisten/Bergmann*, FR 2014, 923, 926f. mit Verweis auf BFH, Urteil v. 12.7.2012 – I R 23/11, BFHE 238, 344.

26 Auskünfte wurden mit der Begründung nicht erteilt, dass ein Umwandlungssteuererlass in Vorbereitung sei. Diese Vorbereitungsphase dauerte 2011 bereits fünf Jahre an.

27 *Werder/Dannecker*, BB 2011, 2903, 2904f.; *Seer*, in: Tipke/Lang (Fn. 53), § 21 Rn. 16; *Joisten/Bergmann*, FR 2014, 923, 927f.

28 BT-Drs 16/814, 23.

29 BMF, Schreiben v. 29.12.2003 – IV A4-S0430-7/03, BStBl I 2003, 742.

30 Vgl. *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 10), § 4 B II 3, Rn. 467ff.

31 Zum besonderen Interesse des Erblassers: *Berg*, ZEV 2012, 137, 138f.

32 *Joisten/Bergmann*, FR 2014, 923, 924; für eine ungeschriebene Bagatellgrenze: *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung[1], 2016, § 89 AO Rn. 202.

33 BFH, Urteil v. 11.7.2006 – VIII R 10/05, BFHE 214, 18 = BStBl. II 2007, 96; *Werder/Dannecker*, BB 2015, 1687, 1690; *Demleitner*, AO-StB 2010, 349, 350.

34 *Böwing-Schmalenbrock*, HFR 421, 424; zum Charakter als Verwaltungsakt s. A. II.

35 BFH, Urteil v. 18.12.2014 – IV R 22/12, BFHE 248, 354 = BStBl II 2015, 606; *Werder/Dannecker*, BB 2015, 1687, 1690.

36 *Werder/Dannecker*, BB 2015, 1687, 1690; vgl. auch *Horst*, Die verbindliche Auskunft, 2010, 95.

37 *Demleitner*, AO-StB 2010, 349, 351f.

38 *Seer*, in: Tipke/Kruse (Fn. 18), § 89 AO Rn. 24.

39 Für den Grundsatz aus Treu und Glauben als Prinzip des Rechtsverkehrs auch im Steuerverfahren: BFH, Urteil v. 1.7.1975 – VII R 25/73, BFHE 117, 120; ebenfalls für einen Restanwendungsbereich des Grundsatzes von Treu und Glauben nach Einführung des § 89 II AO:

zwingend mit einer anderen rechtlichen Bewertung, z.B. für andere Steuerarten oder für andere Veranlagungszeiträume, verknüpft, so sei die Finanzbehörde auch insoweit gegenüber dem Antragsteller gebunden.

Die Annahme einer über den reinen Antragsgegenstand hinausgehende (inzidente) Bindungswirkung der Auskunft überzeugt. Um die mit der Auskunft bezweckte Rechts- und Planungssicherheit zu gewährleisten, müssen auch zwingend vorausgesetzte, aber nicht abgefragte Auskunftsbestandteile von der Bindungswirkung umfasst sein.

II. Bindungswirkung

Damit die Auskunft Bindungswirkung entfalten kann, muss diese wirksam sein; ihre Rechtmäßigkeit wird aber nicht gefordert.[40] Auch rechtswidrige Auskünfte binden die Finanzbehörde, solange sich die Rechtswidrigkeit zugunsten des Steuerpflichtigen auswirkt (vgl. § 2 I 2 StAuskV).[41] Des Weiteren wird nicht verlangt, dass die verbindliche Auskunft für die Entscheidung zur Sachverhaltsumsetzung final geworden ist.[42] Das Interesse des Antragstellers an der Auskunft für die Umsetzung des Sachverhalts ist nur bedeutsam für die Relevanz des Antrags, nicht aber für dessen Wirksamkeit.[43] Lediglich die Identität des zu Grunde gelegten und des später umgesetzten Sachverhalts ist Voraussetzung für die Bindungswirkung (vgl. § 2 I StAuskV).[44]

1. Unilaterale Wirkung der verbindlichen Auskunft

Die Bindungswirkung ist personengebunden. Sie kann grds. nur vom Antragsteller oder dessen Gesamtrechtsnachfolger geltend gemacht werden.[45] So kann sich eine Mitunternehmerin auch dann nicht auf eine gegenüber der Gemeinschaft von Mitunternehmern erteilte Auskunft berufen, wenn die Weigerung der anderen Mitunternehmer gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verstößt.[46] Bei einer solchen gesonderten und einheitlichen Feststellung i.S.d. §§ 179f. AO ist die Mitunternehmerschaft Steuerpflichtige (vgl. § 33 I AO). Zu der Möglichkeit, die einzelnen Mitunternehmer in den Schutzbereich der gegenüber der Mitunternehmerschaft erteilten Auskunft einzubeziehen,[47] trifft der *BFH* keine Aussage. Dies, so *Pflaum*, sei allein deswegen sachgerecht, weil die Auswirkungen der Auskunft bei den Mitunternehmern zum Tragen kommen. § 1 II StAuskV sieht vor, dass der Antrag auf eine verbindliche Auskunft, die nicht die intransparente Steuerpflicht der Mitunternehmerschaft betrifft, durch die Gemeinschaft von Mitunternehmern und gerade nicht durch die Mitunternehmerschaft selbst gestellt wird. Mit Blick auf diese klare Trennung wäre es nur konsequent, die Mitunternehmer ebenfalls in den Schutzbereich der Auskunft miteinzubeziehen. Bei Publikumsgesellschaften könnte sonst ein einzelner Gesellschafter die gemeinschaftlich beantragte Auskunft entwerten und damit allen Mitunternehmern die positive Wirkung der Auskunft vorenthalten.

Die Möglichkeit eines Sonderrechtsnachfolgers, eine verbindliche Auskunft über denselben Sachverhalt für sich einzuholen, bleibt unberührt.[48]

Die verbindliche Auskunft bindet nur einseitig.[49] Der Steuerpflichtige ist an die Feststellung der Finanzbehörde nicht gebunden.[50]

2. Wegfall der Bindungswirkung

Die einmal eingetretene Bindungswirkung der verbindlichen Auskunft kann jedoch wieder entfallen oder korrigiert werden. Den Widerruf und die Korrektur einer verbindlichen Auskunft regeln § 2 I und II StAuskV, die den §§ 206, 207 AO entsprechen,[51] § 2 III StAuskV und die auf die verbindliche Auskunft anwendbaren §§ 129-131 AO.

Nach § 2 I StAuskV entfällt die Bindungswirkung, wenn der verwirklichte Sachverhalt sich nicht nur nicht wesentlich vom beantragten Sachverhalt unterscheidet oder die Auskunft zuungunsten des Steuerpflichtigen vom geltenden Recht abweicht. Zu bestimmen, ob eine verbindliche Auskunft im konkreten Fall zugunsten oder zuungunsten des Steuerpflichtigen rechtswidrig ist, kann im Einzelfall Probleme bereiten.[52] So können sich insbesondere hinsichtlich verschiedener Besteuerungsgrundlagen oder Besteuerungszeiträume positive und negative Auswirkungen vermischen. Anhand welcher Kriterien in solchen Fällen die Vorteil- oder Nachteilhaftigkeit bestimmt wird, ist bislang noch nicht Gegenstand der *BFH*-Rechtsprechung gewesen.

§ 2 II StAuskV sieht den Wegfall der Bindungswirkung für Fälle vor, in denen die Rechtsvorschriften, auf Grundlage derer die Auskunft erteilt wurde, aufgehoben oder geändert werden.[53] Die Bindungswirkung entfällt *ipso iure* (stillschweigende *clausula rebus sic stantibus*); der Aufhebung der Auskunft kommt also nur deklaratorische Wirkung zu.[54]

Joisten/Bergmann, FR 2014, 923, 929 mit Verweis auf BMF, Schreiben v. 27.6.2008 – VI A 3 – S 0224/08/10005, AO-StB 2008, 270 und FG Rheinland-Pfalz v. 14.5.2014 – 2 K 2244/12, EFG 2014, 1455 – I R 45/14, Rn. 24-28.

40 BFH, Urteil v. 12.8.2015 – I R 45/14, BFHE 251, 119; *Böwing-Schmalenbrock*, HFR 2016, 421, 423; i.E. *Seer*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht[22], 2015, § 21 Rn. 19; *Joisten/Bergmann*, FR 2014, 923, 929; anders nur für nichtige Auskünfte: *Steinhauff*, jurisPR-SteuerR 6/2016 Anm. 1.

41 *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 44), § 89 AO Rn. 265; *Rüsken* (Fn. 2), 809, 818f.; *Pflaum*, HFR 2016, 340, 346; vgl. zur fehlenden Bindungswirkung einer zu Ungunsten des Steuerpflichtigen rechtswidrigen Auskunft: *Rätke*, in: Klein, Abgabenordnung[13], 2016, § 89 Rn. 31; *Wunsch*, in: Koenig (Fn. 13), § 89 Rn. 29.

42 BFH, Urteil v. 12.8.2015 – I R 45/14, BFHE 251, 119; *Böwing-Schmalenbrock*, HFR 2016, 421, 424; *Demleitner*, AO-StB 2010, 349, 350; *Steinhauff*, jurisPR-SteuerR 6/2016 Anm. 1.

43 *Demleitner*, AO-StB 2010, 349, 350.

44 *Seer*, in: Tipke/Lang (Fn. 53), § 21 Rn. 19; *Grashoff/Kleinmanns* (Fn. 1) Rn. 528; *Birk* (Fn. 4), 161, 168.

45 *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 44), § 89 AO Rn. 270ff.

46 BFH, Urteil v. 17.9.2015 – III R 49/13, BFHE 252, 17; *Wiese/Lukas*, DStR 2016, 1048.

47 Vgl. *Pflaum*, HFR 2016, 340, 346.

48 Vgl. *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 44), § 89 AO Rn. 274.

49 *Seer*, in: Tipke/Kruse (Fn. 18), § 89 AO Rn. 25f., 29; anders: *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 44), § 89 AO Rn. 246.

50 *Rüsken* (Fn. 2), 809, 816.

51 *Seer*, in: Tipke/Lang (Fn. 53), § 21 Rn. 19.

52 *Pflaum*, HFR 2016, 340, 346.

53 Hierzu zählen gem. § 31 II BVerfGG auch Entscheidungen des BVerfG, da diese Gesetzeskraft haben; *Rätke*, in: Klein (Fn. 41), § 89 Rn. 35.

54 Auch dazu, dass selbst ohne Hinweis an den Steuerpflichtigen kein Vertrauenstatbestand geschaffen wird: BFH v. 30.3.2011, XI R 30/09, BFHE 233, 18 = BStBl II 2011, 613 Rn. 47 (juris); *Rüsken* (Fn. 2), 809,

Insbesondere wird durch die Auskunft auch kein besonderer Vertrauensschutz bei unechter Rückwirkung eines neuen Gesetzes geschaffen.[55] Die Bedeutsamkeit des rückwirkenden Gesetzes für den Wegfall der Bindungswirkung ergibt sich zwar nicht ohne Weiteres aus dem Wortlaut des § 2 II StAuskV oder der §§ 130, 131 AO; die Rückwirkungsanordnung bestimmt jedoch, dass das Gesetz so zu behandeln ist, als wenn es bei Erteilung der Auskunft bereits existiert hätte.[56] Die Bindungswirkung entfällt, vorbehaltlich der Rückwirkungsfiktion, zum Zeitpunkt der Rechtsänderung.

Mit Wirkung für die Zukunft kann eine verbindliche Auskunft dann aufgehoben oder geändert werden, wenn sich herausstellt, dass sie unrichtig ist (§ 2 III StAuskV). Neben dem Erlass ohne Rechtsgrundlage oder unter Verstoß gegen materielle Rechtsnormen umfasst Absatz 3 insbesondere Rechtsprechungsänderungen. Gemäß AEAO zu § 89 wird hierbei die anfängliche Unrichtigkeit nur nachträglich erkannt und die bestehende Rechtslage klargestellt. Es handelt sich also nicht um eine Änderung der Rechtslage wie von § 2 II StAuskV vorausgesetzt. Gleiches gilt für abweichende Verwaltungsanweisungen.[57] In diesen Fällen ist die Auskunft von Anfang an unrichtig. Bei der Aufhebung oder Änderung handelt die Finanzbehörde mit Ermessen (AEAO zu § 89).[58]

D. Kosten

Mit der gesetzlichen Implementierung wurde für die bisher gebührenfreie Auskunft eine Gebührenpflicht eingeführt (vgl. § 89 III-V AO).[59]

Die Gebühr erfuhr bei Einführung harsche Kritik.[60] Die gesetzgeberische Entscheidung, eine Auskunftsgebühr zu erheben, wurde teils als „völlig verrückt“[61] bzw. „schlichtweg unverschämt“[62] bezeichnet. Begründet wurde die Einführung der Gebühr damit, dass der zusätzliche Arbeitsaufwand der Finanzbehörde ausgeglichen werden soll und dass dem Antragsteller ein Sondervorteil entstehe, der abgegolten werden müsse.[63] Auch wenn dieser Sondervorteil außerhalb der Steuerfestsetzung und Steuererhebung gewährt wird, handelt es sich dabei weiterhin um eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit der Finanzbehörde und begründet daher keine Pflicht zur Erteilung einer Rechnung zum Umsatzsteuerausweis.[64]

Bis zur Zahlung der Gebühr durch den Antragsteller kann die Finanzbehörde die Auskunft verweigern (vgl. § 89 III 4 AO).[65] Sie wird nach pflichtgemäßem Ermessen den Fälligkeitszeitpunkt in Fällen unsicherer Zahlung vorverlegen können (Normalfall: 1 Monat nach Bekanntgabe, vgl. § 89 III 3 AO).[66]

I. Verfassungsmäßigkeit

Die Verfassungsmäßigkeit der Auskunftsgebühr wird immer noch bezweifelt.[67] Der *1. Senat des BFH* stellte aber fest, dass die Auskunftsgebühr sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach verfassungsgemäß ist.[68] Die Erhebung der Gebühr ist durch die Abgeltung des Sonderaufwands und die Abschöpfung des individuellen Vorteils gerechtfertigt.[69] Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für Verwaltungsgebühren, eine solche ist die Auskunftsgebühr, ergibt sich aus Art. 108 V GG als Annex.[70]

Auch wenn man die Verfassungsmäßigkeit der Auskunftsgebühr im Grundsatz anerkennt, so wird man diese nur schwerlich generell bejahen können. In bestimmten Konstellationen lässt sich die Notwendigkeit einer Korrektur nicht von der Hand weisen. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen die Auskunft abgelehnt oder abschlägig erteilt und in denen die Gebühr mehrfach erhoben wird.[71] § 89 VII AO lässt einen Verzicht auf die Gebühr zu, wenn die Erhebung im konkreten Fall unbillig wäre. Inwieweit diese Regelung dazu führt, dass auch in diesen Fällen die Verfassungsmäßigkeit der Gebühr angenommen werden kann, ist an der konkreten Fragestellung zu messen.

Man wird davon auszugehen haben, dass vor allem mit Blick auf die Rechtfertigung der Gebühr als Kosten- und Vorteilsausgleich eine Bereichsausnahme für nicht wesentliche und nicht aufwändige Auskünfte vorgenommen werden muss.[72] In diesen Fällen stünde die volle Gebühr in keinem Verhältnis zum Aufwand und zur Bedeutung des Vorteils und wäre daher unangemessen. Geboten könnte sein, in solchen Fällen von der Berechnung der Gebühr über den Gegenstandswert abzusehen und stattdessen auf den Zeitwert abzustellen.[73]

821.

55 BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 11.5.2015 – 1 BvR 741/14, DStR 2015, 2237.

56 *Rüsken* (Fn. 2), 809, 822.

57 Zurecht kritisch, weil sich die Finanzverwaltung damit ihren Ablehnungsgrund selbst schaffen kann: *Joisten/Bergmann*, FR 2014, 923, 927f.

58 *Rätke*, in: Klein (Fn. 41), § 89 Rn. 38.

59 Art. 20 I des Jahressteuergesetzes 2007, Gesetz v. 13.12.2006, BGBl I, 2878., BStBl I 2007, 28; zur Erhöhung der Gebühr s. Steuervereinfachungsgesetz, Gesetz v. 1.11.2011, BStBl I 2011, 986.

60 Vgl. *Birk*, NJW 2007, 1325, 1327.

61 Steuerexperte des Deutschen Industrie- und Handelskammertags *Kühn* lt. Spiegel-Online-Artikel „Neue Finanzamt-Gebühren: „Schlichtweg unverschämt“ v. 20.11.2006.

62 Vorsitzender des Bundesverbands Junger Unternehmer (BJU) *Martin* lt. Spiegel-Online-Artikel „Neue Finanzamt-Gebühren: „Schlichtweg unverschämt“ v. 20.11.2006.

63 Ausführlich zur Rechtfertigung der Gebühr: *Birk*, NJW 2007, 1325, 1327f.; s. zur Begründung auch BR-Drs 622/06, 34f.

64 FG München, Urteil v. 17.3.2010 – 3 K 3055/07, DStRE 2010, 1014; zustimmend: *Birk* (Fn. 4), 161, 168.

65 *Niewerth*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht[1], 2016, § 89 AO Rn. 14.

66 *Birk*, NJW 2007, 1325, 1326.

67 Siehe für eine kurze Übersicht: *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 44), § 89 AO Rn. 321 m.w.N.; ebenso m.w.N.: *Wunsch*, in: Koenig (Fn. 13), § 89 Rn. 36; vgl. zur Diskussion auch *Spilker*, StuW 2013, 19, 27.

68 BFH, Urteil v. 30.3.2011 – I R 61/10, BFHE 232, 406 = BStBl II 2011, 536 Rn. 6 (juris).

69 *Birk*, NJW 2007, 1325, 1327f; *Stemplewski*, BB 2012, 2220, 2222f.; *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 44), § 89 AO Rn. 324; gegen die Rechtfertigung der Gebühr: *Spilker*, StuW 2013, 19, 25f.

70 FG Baden-Württemberg, Urteil v. 20.5.2008 – 1 K 46/07, EFG 2008, 1342, 1343; BFH, Urteil v. 30.3.2011 – I R 61/10, BFHE 232, 406 = BStBl II 2011, 536 mit Verweis auf BVerwG, Urteil v. 3.3.1994 – 4 C 1/93, BVerwGE 95, 188 Rn. 7 (juris).

71 *Seer*, in: Tipke/Lang (Fn. 53), § 21 Rn. 18.

72 *Drüen*, DStR 2010, 2, 5f.

73 Vgl. für Fälle von unverhältnismäßig hohen Gegenstandswerten: *Seer*, in: Tipke/Lang (Fn. 53), § 21 Rn. 18; vgl. auch *Birk* (Fn. 4), 161, 175.

II. Gebührenerhebung

Es stellt sich die Frage, wann die Gebühr durch die Finanzbehörde erhoben werden darf und ob Gebühren mehrfach erhoben werden dürfen.[74]

Dabei löst nicht die Erteilung der Auskunft die Gebührenpflicht aus, sondern die Bearbeitung des Antrags.[75]

1. Je Sachverhalt

Je Sachverhalt wird nur eine Gebühr erhoben, auch wenn dieser mehrere Steuerarten betrifft. Auch mehrere Fragen zum selben Sachverhalt lösen nicht mehrfach eine Gebühr aus.[76] Unter einem Sachverhalt ist in Anlehnung an die Begriffe des § 88 I 1 AO und § 174 AO jeder einheitliche Lebenssachverhalt im Sinne eines Geschehenskomplexes zu verstehen, der sich aus einer Reihe an Einzeltatsachen zusammensetzt.[77] Ob eine Einzeltatsache einem Gesamtsachverhalt zuzuordnen ist, bestimmt sich nach dem inneren Zusammenhang.[78] Es werden also an einen „einheitlichen Lebensvorgang" steuerliche Folgen geknüpft.[79]

2. Je Antragsteller

Je Antragsteller fällt grds. nur eine Gebühr an. Betrifft ein Sachverhalt mehrere Steuerpflichtige oder stellen Mehrere gemeinsam einen Antrag auf verbindliche Auskunft, will die Finanzverwaltung mehrere Gebühren erheben.[80]

Eine gesetzlich verankerte Ausnahme bildet der Antrag auf Erteilung einer Auskunft durch Gemeinschaften i.S.d. § 1 II StAuskV. Stellen alle Mit-unternehmer einer Mitunternehmerschaft gemeinsam einen Antrag auf eine verbindliche Auskunft, deren Antwort gegenüber der Gemeinschaft nur einheitlich und gesondert erteilt werden kann (vgl. § 179 AO), so erhebt die Finanzbehörde nur eine Gebühr.[81]

Gleiches sollte auch dann gelten, wenn es sich um eine gemeinsame Auskunft von Organträger und Organgesellschaft handelt.[82] Die Auskunft kann beiden Gesellschaften gegenüber nur einheitlich erteilt werden, weil der Sachverhalt auf beiden Ebenen zwingend gleich zu behandeln ist. Durch die Organschaft wird die steuerliche Selbstständigkeit der beiden Gesellschaften aufgehoben.[83] Außerdem entsteht der Aufwand für die Bearbeitung, auf den die Gebührenerhebung gestützt wird, in Fällen der Organschaft nur ein Mal; unabhängig davon, ob der Träger oder die Gesellschaft den Antrag stellt.[84] Der *BFH* entschied jedoch jüngst, dass in Fällen der Organschaft sehr wohl eine doppelte Gebührenpflicht entsteht.[85] Diese Entscheidung ist kritisch zu sehen.

Dannecker/Werder fordern, dass dann nur eine Gebühr erhoben werden darf, wenn im Falle eines gerichtlichen Verfahrens bei den Antragstellern eine Streitgenossenschaft nach § 59 FGO i.V.m. §§ 59ff. ZPO vorliegt.[86] § 89 III AO sieht nur eine Gebühr je „Bearbeitung" eines Antrags vor. Stellen Mehrere einen Antrag zum selben Sachverhalt, so wird i.d.R. nur ein Verwaltungsverfahren notwendig. Auch fallen die Gerichtskosten nach § 34 GKG, auf den sich auch § 89 V 1 AO bezieht, bei einer Streitgenossenschaft nur einmal an. Die Pflicht zur Zusammenrechnung der Gegenstandswerte (vgl. § 39 I GKG) bleibt unberührt. Dem ist beizutreten.

III. III.Gebührenhöhe

Die Höhe der Gebühr bestimmt sich grds. nach dem Gegenstandswert (vgl. § 89 IV 1 AO). § 34 GKG wird entsprechend angewendet.[87] Der Begriff des Gegenstandswerts aus §§ 2, 23 RVG, an den sich § 89 IV 1 AO anlehnt[88] , bezeichnet den Wert, den der Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit hat (vgl. § 2 I RVG). Gemeint ist der objektive Geldwert des Gegenstands.[89] Das *BMF* hält die steuerlichen Auswirkungen des vom Antragsteller dargelegten Sachverhalts für ausschlaggebend.[90] Dabei wird man die „effektive Steuerersparnis", ansetzen und bei Dauersachverhalten auf die durchschnittlichen steuerlichen Auswirkungen abstellen müssen.[91]

Der *BFH* definiert den Gegenstandswert mittlerweile als die Differenz zwischen dem Steuerbetrag, der auf Grund der vom Antragsteller vorgetragenen Rechtsauffassung entstehen würde, und dem Steuerbetrag, der sich bei einer von der Finanzbehörde vertretenen entgegengesetzten Rechtsauffassung ergeben würde.[92]

Der Gegenstandswert ist vom Antragsteller darzulegen; ihm steht dabei ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu.[93] Mittelbare Folgen der zum Gegenstand der Auskunft gemachten Fragen sind dabei weder gebührenerhöhend noch gebührenmindernd zu berücksichtigen (AEAO Tz. 4.2.2).[94] Es bietet sich an, zur Vereinfachung der Festsetzung die Grundsätze der Streitwertbestimmung in gerichtlichen Streitverfahren

---

74 Das Gesetz trifft hierzu keine Aussage: vgl. *Dannecker/Werder*, BB 2011, 2268.

75 *v. Wedelstädt*, DB 2006, 2715, 2716.

76 *Dannecker/Werder*, BB 2011, 2268, 2269.

77 BFH, Urteil v. 14.1.2010 – IV R 46/07, BFH/NV 2010, 1073; BFH, Urteil v. 26.2.2002 – X R 59/98, BFHE 198, 20 = BStBl II 2002, 450.

78 *Dannecker/Werder*, BB 2011, 2268, 2269.

79 *Dannecker/Werder*, BB 2011, 2268, 2269.

80 *Dannecker/Werder*, BB 2011, 2268, 2269; *Belcke/Westermann*, BB 2012, 2473, 2477.

81 Vgl. *Dannecker/Werder*, BB 2011, 2268, 2269f.

82 Vgl. FG Köln, Urteil v. 28.10.2014 – 8 K 730/12, DStRE 2015, 1522; *Dannecker/Werder*, BB 2011, 2268, 2270; *dies.*, BB 2015, 1687, 1691f.; *Belcke/Westermann*, BB 2012, 2473, 2477f.

83 *Belcke/Westermann*, BB 2012, 2473, 2477.

84 *Dannecker/Werder*, BB 2011, 2268, 2270.

85 BFH, Urteil v. 9.3.2016 – I R 66/14, BFHE 253, 199 = BStBl. II 2016, 706.

86 *Dannecker/Werder*, BB 2011, 2268, 2270.

87 *Rätke*, in: Klein (Fn. 41), § 89 Rn. 65.

88 *Birk*, NJW 2007, 1325, 1326.

89 *Birk*, NJW 2007, 1325, 1326.

90 BFH, Urteil v. 22.4.2015 – IV R 13/12, BFHE 250, 295 = BStBl II 2015, 989 Rn. 26 (juris); *Birk*, NJW 2007, 1325, 1326 mit Verweis auf BMF, Schreiben v. 8.12.2006 – IV A 4-S 0224-12/06, DB 2006, 2721.

91 Vgl. *Birk*, NJW 2007, 1325, 1326.

92 BFH, Urteil v. 22.4.2015 – IV R 13/12, BFHE 250, 295 = BStBl II 2015, 989 Rn. 27 (juris).

93 Stutzmann, HFR 2016, 185, 188; vgl. auch *Birk* (Fn. 4), 161, 170.

94 BFH, Urteil v. 22.4.2015 – IV R 13/12, BFHE 250, 295 = BStBl II 2015, 989; *Rätke*, in: Klein (Fn. 41), AO, § 89 Rn. 60.

entsprechend heranzuziehen.[95]

Ist ein Gegenstandswert nicht ermittelbar oder offenbar unzutreffend, so wird eine Zeitgebühr erhoben (vgl. § 89 VI AO).[96]

IV. Wegfall der Gebühr

Die entstandene Gebührenpflicht kann entfallen, dies insbesondere bei Rücknahme des Antrags und Erlass wegen Unbilligkeit.[97]

1. Rücknahme

Nimmt der Antragsteller seinen Antrag vor Erteilung der Auskunft zurück, kann die Gebühr gemindert werden (vgl. § 89 VII 2 AO). Die Ermäßigung steht im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde.[98] Die Finanzbehörde könnte in ihrem Ermessen gebunden sein, wenn sie beabsichtigt, eine Auskunft mit negativem Inhalt zu erteilen. In diesem Fall dürfte sie eine Hinweispflicht treffen, damit der Antragsteller seinen Antrag zurücknehmen kann. Um den ersparten Zeitaufwand ist die Gebühr dann zwingend zu kürzen (vgl. auch die Ermessensvorschrift des § 5 AO).[99]

2. Billigkeitserlass

Ein Erlass aus Billigkeitsgründen (vgl. § 89 VII 1 AO) kommt in Betracht, wenn die Gebührenerhebung im konkreten Fall zu Unbilligkeiten führen würde.[100]

Ein solcher Erlass scheidet aus, wenn der Gesetzgeber bewusst Härten in Kauf genommen hat.[101] Auch die Entwertung einer Auskunft durch ein rückwirkendes Gesetz vermag auf Grund des fehlenden Vertrauensschutzes[102] keinen Billigkeitserlass begründen.[103]

Lehnt die Finanzbehörde die Erteilung der Auskunft ab, hat die Finanzbehörde weder Aufwand gehabt, der ausgeglichen werden müsste, noch ist dem Steuerpflichtigen ein Vorteil in Form von Rechtssicherheit zugeflossen. Die Gebühr ist auf Null herabzusetzen.[104]

V. Sonderfall der indirekten Steuern

Keine Gebühr entsteht bei der Lohnsteuerauskunft nach § 42e EStG.[105] Bei der Erhebung der Lohnsteuer unterstützt der Arbeitgeber den Staat als „Gehilfe“.[106] Daher ist es grundgesetzlich geboten, Auskünfte über die Lohnsteuerpflicht gebührenfrei und verbindlich zu erteilen.[107]

Auch der Schuldner von Umsatzsteuern ist als Gehilfe des Steuergläubigers tätig, weil die Umsatzsteuer eine eigentlich vom Endverbraucher zu entrichtende Verbrauchssteuer darstellt.[108] Die Erhebung der Umsatzsteuer zeigt deutliche Parallelen zur Lohnsteuer.[109] Der Unterschied hinsichtlich der Qualifizierung des Unternehmers nicht als Haftungs- sondern als Steuerschuldner ist unbeachtlich, solange die Auskunft den Antragenden „gerade in der Wahrnehmung seiner Funktion der Steuererhebung für den Staat unterstützt“.[110]

Es erscheint europarechtlich und auch nach der Rechtsprechung des *BFH* angemessen, dem Umsatzsteuerschuldner und im Ergebnis jedem Schuldner von indirekten Steuern die bevorzugte Behandlung des Lohnsteuerauskunftssuchenden zukommen zu lassen.[111]

VI. Abzugsfähigkeit

Fallen Gebühren für eine Auskunft an, so können diese grds. als Betriebsausgaben oder Werbungskosten geltend gemacht werden.[112] Häufig steht die Auskunftsgebühr im Zusammenhang mit der steuerlichen Beratung anlässlich einer geplanten betrieblichen oder beruflichen Aktivität.[113] Zudem handelt es sich um „Kosten für eine steuerliche Vorweginformation“.[114] Die Qualifizierung der „Kosten i.S. des § 89“ als „steuerliche Nebenleistungen“ durch das JStG 2007 (vgl. § 3 IV AO) ändert hieran nichts.[115] Anders ist die Abzugsfähigkeit nur dann zu beurteilen, wenn Gegenstand der Auskunft steuerfreie Einnahmen oder vermögensverwaltende und somit ebenfalls nicht steuerbare Tätigkeiten sind.[116]

---

95 *Stutzmann*, HFR 2016, 185, 188.

96 *Rätke*, in: Klein (Fn. 41), § 89 Rn. 61, 70; *Niewerth*, in: Lippross/Seibel (Fn. 79), § 89 AO Rn. 16; dies dürfte eine Ausnahme sein: so *Birk* (Fn. 4), 161, 171.

97 Vgl. *Niewerth*, in: Lippross/Seibel (Fn. 79), § 89 AO Rn. 17.

98 *Birk*, NJW 2007, 1325, 1327; *Bruschke*, DStZ 2007, 267, 268; *Rätke*, in: Klein (Fn. 41), § 89 Rn. 76.

99 *Birk*, NJW 2007, 1325, 1327; vgl. auch *Lahme/Reiser*, BB 2007, 1361, 1363.

100 *Joisten/Bergmann*, FR 2014, 923, 928.

101 Vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 11.5.2015 – I BvR 741/14, DStR 2015, 2237.

102 Vgl. auch C. 2. b).

103 BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 11.5.2015 – I BvR 741/14, DStR 2015, 2237.

104 *Joisten/Bergmann*, FR 2014, 923, 928f.; für Ermäßigung bei Negativauskunft: *Rätke*, in: Klein (Fn. 41), 89 Rn. 75 mit Verweis auf BFH, Urteil v. 5.2.2014 – I R 34/12, BFH/NV 2014, 1014; für eine Berechnung nach dem Kostendeckungsprinzip: *Horst* (Fn. 48), 169.

105 Gegen eine analoge Anwendung der § 89 III-V AO: *Lahme/Reiser*, BB 1361.

106 *V. Streit*, DStR 2012, 1897, 1898.

107 Vgl. BFH, Urteil v. 13.11.1959, BFHE 70, 290 = BStBl III 1960, 108.

108 Siehe hierzu: EuGH, Urteil v. 21.2.2008, Slg. 2008 I-00771, C-271/06 – Netto Supermarkt GmbH & Co. OHG/Finanzamt Malchin; EuGH, Urteil v. 3.10.2006, Slg. 2006 I-9373, C-475/03 – Banca popolare di Cremona Soc. Coop. arl/Agenzia Entrate Ufficio Cremona, IStR 2006, 783 Rn. 28.

109 *Schneider*, BB 2013, 2845, 2849.

110 Vgl. BFH, Urteil v. 29.2.2012 – IX R 11/11, BFHE 237, 9 = BStBl II 2012, 651 Rn. 29.

111 *Horst* (Fn. 48), 172f. m.w.N.; vgl. zur Gebührenpflicht bei einer Umsatzsteuerauskunft: *Schneider*, BB 2013, 2845, 2849; zur Gleichbehandlung von indirekten Steuerschuldnern mit dem Lohnsteuerschuldner: *v. Streit*, DStR 2012, 1897, 1898f. und *Thieme*, DStR 2014, 1093, 1096.

112 *Birk*, NJW 2007, 1325, 1327; *v. Wedelstädt*, DB 2006, 2715, 2716; i.E. zustimmend *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 44), § 89 AO Rn. 408ff.; für eine Abzugsfähigkeit bei betrieblicher Veranlassung: *Bruschke*, DStZ 2007, 267, 273 und *Seer*, in: Tipke/Kruse (Fn. 18), § 89 AO Rn. 76; gegen eine Abzugsfähigkeit: BMF, Schreiben v. 27.6.2008 – IV A 3-S 0224/08/10005, DStR 2008, 1833 und Kurzinformation ESt Nr. 15/2008, DB 2008, 958; ebenfalls ablehnend mit Verweis auf den Gesetzeswortlaut der §§ 3 IV AO und 12 Nr. 3 Halbs. 2 EStG: *Stemplewski*, BB 2012, 2220, 2223f.

113 *Birk*, NJW 2007, 1325, 1327.

114 *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 44), § 89 AO Rn. 410.

115 *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 44), § 89 AO Rn. 409f.; *Horst* (Fn. 48), 200f.

116 *Birk*, NJW 2007, 1325, 1327.

E. Rechtsschutz

Die Auskunft ist ein Verwaltungsakt.[117] Rechtsschutz im Rahmen der verbindlichen Auskunft kann der Steuerpflichtige durch Einspruch (§ 347 AO) sowie Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage (§ 40 I FGO) erlangen.[118]

Mit Rücksicht auf teilweise mehrere Jahre dauernde Verfahren ist die Einführung eines beschleunigten Verfahrens bei den Finanzgerichten zur Gewährleistung von zeitnahem und effektivem Rechtsschutz wünschenswert.[119] Der Finanzbehörde kommt ansonsten, z.B. bei Umstrukturierungen, die erfahrungsgemäß kurz- oder mittelfristig geplant werden, ein faktisches Vetorecht zu.[120]

I. Klagebefugnis und Rechtsschutzinteresse

Spätestens seit dem Urteil des *BFH* vom 30.04.2009[121] kann der Klage des Antragsbegünstigten fehlendes Rechtsschutzinteresse nicht mehr entgegengehalten werden.[122] Auch begründet die verbindliche Auskunft ein subjektives Recht des Steuerpflichtigen i.S.d. der Klagebefugnis nach § 40 II FGO.[123]

II. Ablehnung

Die Ablehnung der Erteilung einer Auskunft stellt ebenfalls einen Verwaltungsakt dar.[124] Allerdings ist die Erteilung einer Auskunft mit negativem Inhalt keine Ablehnung.[125] Das Entscheidungsermessen der Finanzbehörde (vgl. § 2 I StAuskV), eine Auskunft zu erteilen, ist regelmäßig auf Null reduziert.[126] Wenn die Voraussetzungen für die Erteilung einer verbindlichen Auskunft erfüllt sind,[127], kann dieser gegen die Ablehnung mit einem Einspruch oder einer Verpflichtungsklage vorgehen.[128]

III. III.Negativauskunft

Hat die Finanzbehörde sich entschlossen, antragsgemäß eine Auskunft zu erteilen, so muss diese nicht der Rechtsauffassung des Steuerpflichtigen folgen. Auch eine Negativauskunft ist möglich.[129]

Entgegen der Auffassung des *FG München*[130] steht der Finanzbehörde jedoch kein Auswahlermessen zu.[131] Die Bindung an Recht und Gesetz verlangt, die einzig richtige Beurteilung des Sachverhalts als verbindliche Auskunft zu erteilen.[132]

Erteilt die Finanzbehörde eine Negativauskunft, stellt sich die Frage, ob der Antragsteller hiergegen gerichtlich vorgehen kann und wie weit die gerichtliche Kontrolldichte reicht. Dem Steuerpflichtigen steht jedenfalls kein Anspruch auf Erteilung einer Auskunft mit einem bestimmten Inhalt zu.[133]

Anders als das *FG München*[134] nahm das *FG Köln*[135] an, dass auch eine negative Auskunft der vollständigen gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Bereits vor dem Urteil des *FG Köln* hatte der *BFH* entschieden, dass die Finanzgerichte die verbindliche Auskunft nur eingeschränkt inhaltlich kontrollieren können.[136] Die von der Finanzbehörde vertretene Auffassung müsse lediglich in sich schlüssig und nicht evident fehlerhaft sein.[137] In der Literatur erfährt diese Rechtsprechung des *BFH* deutliche Kritik. Der *BFH* habe dem Steuerpflichtigen „Steine statt Brot“ gegeben;[138] die „Versagung jedes Rechtsschutzes“[139] und damit eine „Entwertung des Rechtsinstituts der verbindlichen Auskunft“[140] sei die Folge.

Entgegen der Hoffnung von *Farle*[141] legt der *BFH* an die Evidenzprüfung keine engen Kriterien an. Vielmehr wird der Prüfungsmaßstab den Besonderheiten der verbindlichen Auskunft nicht gerecht.[142] Es reicht bereits, dass die Auffassung der Finanzbehörde in der Literatur diskutiert wird.[143] Regelmäßig wird die Auskunft aber dann eingeholt, wenn die betreffende Rechtsfrage umstritten ist oder noch nicht höchstrichterlich entschieden wurde. Eine verbindliche Auskunft, die in solchen Fällen der Evidenzprüfung des *BFH* nicht standhält, ist praktisch nicht denkbar.[144] Der Finanzbehörde steht es also letztlich frei, sich im Zweifel für eine Negativauskunft zu Gunsten des Fiskus zu entscheiden.[145] Hiergegen kann sich der Steuerpflichtige faktisch nicht wehren. Der durch die Finanzgerichtsbarkeit gewährte Rechtsschutz läuft bei der verbindlichen Auskunft daher leer.[146] Die Klage des Antragstellers wird regelmäßig keine Aussicht auf Erfolg

---

117 Siehe A.II.

118 Vgl. *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 44), § 89 AO Rn. 307.

119 *Werder/Dannecker*, BB 2011, 2903, 2906.

120 Vgl. *Joisten/Bergmann*, FR 2014, 923, 928.

121 BFH, Urteil v. 30.4.2009 – VI R 54/07, BFHE 225, 50 = BStBl II 2010, 996.

122 *Grotthoff*, BB 2009, 2123, 2127.

123 Vgl. *Krumm*, DStR 2011, 2429, 2435.

124 *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 44), § 89 AO Rn. 303.

125 *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 44), § 89 AO Rn. 304.

126 *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 44), § 89 AO Rn. 237, 303

127 Anspruch nicht aber auf einen „bestimmten Antrag“: FG Köln, Urteil v. 4.3.2013 – 3 K 132/10, EFG 2013, 1542 (Revision als unbegründet zurückgewiesen: BFH, Urteil v. 14.7.2015 – VIII R 72/13 (NV)); ebenfalls für einen Anspruch auf Erteilung der verbindlichen Auskunft: *Golombek*, BB 2015, 1946, 1950; vgl. auch *Seer*, in: Tipke/Kruse (Fn. 18), §89 AO Rn. 60; i.E. dafür: *Stemplewski*, BB 2012, 2220, 2224; *Krumm*, DStR 2011, 2429, 2430; gegen einen solchen Anspruch: i.E.: *Rüsken* (Fn. 2), 809, 817.

128 Vgl. *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 44), § 89 AO Rn. 304; *Seer*, in: Tipke/Kruse (Fn. 18), § 89 AO Rn. 60.

129 Siehe hierzu nur: *Horst* (Fn. 48), 94.

130 FG München, Urteil v. 8.2.2011 – 13 K 2769/10, DStRE 2012, 189.

131 *Rüsken* (Fn. 2), 809, 819; *Krumm*, DStR 2011, 2429, 2430f.

132 *Rüsken* (Fn. 2), 809, 819; *Bergan/Martin*, DStR 2012, 2164 sprechen insoweit sogar von einer „Normauslegungsprärogative“.

133 BFH, Urteil v. 29.2.2012 – IX R 11/11, BFHE 237, 9 = BStBl II 2012, 651; FG Köln, Urteil v. 4.3.2013 – 3 K 132/10, EFG 2013, 1542.

134 FG München, Urteil v. 8.2.2011 – 13 K 2769/10, DStRE 2012, 189.

135 FG Köln, Urteil v. 6.3.2012 – 13 K 3006/11, EFG 2012, 1421.

136 BFH, Urteil v. 29.2.2012 – IX R 11/11, BFHE 237, 9 = BStBl II 2012, 651.

137 St. Rspr.: BFH, Urteil v. 5.2.2014 – I R 34/12, DStR 2014, 1601; BFH, Urteil v. 14.7.2015 – VIII R 72/13 (NV); mit Hoffnung auf die Anrufung des Großen Senats: *Thieme*, DStR 2014, 1093.

138 *Farle*, DStR 2012, 1590, 1592.

139 *Mayer/Betzinger*, DStR 2014, 1573, 1574.

140 *Plewka/Pott*, NJW 2012, 2558.

141 *Farle*, DStR 2012, 1590, 1593.

142 *Thieme*, DStR 2014, 1093, 1095.

143 *Joisten/Bergmann*, FR 2014, 923, 924.

144 *Plewka/Pott*, NJW 2012, 2558f.

145 Vgl. *Plewka/Pott*, NJW 2012, 2558, 2559; *Rüsken* (Fn. 2), 809, 821; i.E. auch *Frase*, BB 2012, 1969, 1972.

146 *Rüsken* (Fn. 2), 809, 820.

haben;[147] der Rechtsweg bleibt ihm effektiv verschlossen.[148] Hat der Steuerpflichtige im Einspruchsverfahren, auf das der Rechtsschutz i.d.R. beschränkt bleibt[149] , keinen Erfolg, so ist er auf die Kooperationsbereitschaft der Finanzbehörde angewiesen.[150]

Auch wenn die Auskunft auf Grund der eingeschränkten Überprüfbarkeit durch die Finanzgerichte die im Falle einer Negativauskunft erhobene Gebühr unter Umständen nicht wert ist[151] , bleibt angesichts der eindeutigen Rechtsprechung der verschiedenen Senate des *BFH* nur die Möglichkeit, diese hinzunehmen.[152] Die Rechtsprechung findet mittlerweile sogar ihren Ausdruck im AEAO zu § 89.[153] Dort wird klargestellt, dass die verbindliche Auskunft nur die Beurteilung der Finanzbehörde der zur Prüfung vorgelegten hypothetischen Gestaltung enthält.

Es ist daher Aufgabe des Gesetzgebers, klarzustellen, dass die verbindliche Auskunft Teil des Besteuerungsverfahrens ist und daher wie die Steuerfestsetzung vollumfänglich der materiell-rechtlichen Überprüfung zugänglich ist.[154]

Eine vollständige Kontrolle durch die Finanzgerichtsbarkeit ist bei der Lohnsteueranrufungsauskunft nach § 42e EStG hingegen anerkannt.[155] Ebenso wie die fehlende Gebührenpflicht wird der Anspruch auf eine inhaltlich richtige Auskunft mit der Stellung des Arbeitsgebers als Gehilfe des Staates begründet.[156] Folgt man der hier vertretenen Ansicht[157] , dass allen Schuldnern von indirekten Steuern die gleichen Vorteile zuzusprechen sind, wird man auch bei Auskünften zur Umsatzsteuer eine vollumfängliche gerichtliche Überprüfbarkeit annehmen müssen.[158]

IV. Widerruf einer Positivauskunft

Folgt die Finanzbehörde der Auffassung des Antragstellers, so besteht kein Bedarf für Rechtsschutz. Anders verhält sich dies jedoch, wenn die Finanzbehörde sich entscheidet, die erteilte Auskunft aufzuheben. In diesen Fällen kann der Antragsteller mit Einspruch oder Verpflichtungsklage gegen die Entscheidung vorgehen.[159] Vielfach wird dem Antragsbegünstigten daran gelegen sein, einstweiligen Rechtsschutz (vgl. § 114 FGO) gegen die Aufhebung der Auskunft und damit ihrer Bindungswirkung begehren zu können. Zwar ist das Klageverfahren gegen die Steuerfestsetzung von Amts wegen bis zum Abschluss des Rechtsbehelfsverfahrens gegen den Widerruf auszusetzen (vgl. § 74 FGO).[160] Der Steuerpflichtige wird aber regelmäßig ein Interesse daran haben, die mit der Einholung der Auskunft beabsichtigte Rechtssicherheit auch im Falle ihres Widerrufs so früh wie möglich, bestenfalls vor der Steuerfestsetzung, (wieder) zu erlangen.

Der *BFH* entschied für Fälle der Lohnsteuerauskunft, dass der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung nicht statthaft ist.[161] Bei dem Widerruf einer Auskunft handele es sich lediglich um die Negation der zuvor erteilten Auskunft. Eine solche sei nicht vollziehbar und die Aussetzung der Vollziehung daher logisch ausgeschlossen.[162] Sehr wohl vollziehbar und damit auch dem einstweiligen Rechtsschutz zugänglich sind aber solche Verwaltungsakte, die darauf abzielen, die positive Regelung, die ein anderer Bescheid enthält, aufzuheben.[163]

Bei der verbindlichen Auskunft handelt es sich um einen Verwaltungsakt mit Regelungswirkung und nicht um eine bloße Willenserklärung.[164] Der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung ist daher entgegen der vom *BFH* vertretenen Auffassung auch bei Widerruf einer Auskunft statthaft.[165]

V. Weitere Rechtsschutzmöglichkeit

Schließlich bleibt noch festzuhalten, dass dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit eingeräumt ist, auch mit der Feststellungklage (vgl. § 41 FGO) Rechtsschutz zu erlangen. Die Feststellungsklage ist statthaft, wenn zweifelhaft bleibt, ob durch eine bestimmte Rechtsänderung die gegenüber dem Steuerpflichtigen erteilte Auskunft und deren Bindungswirkung *ipso iure* entfallen ist.[166]

F. Fazit

Der Steuerpflichtige kann mit Hilfe der verbindlichen Auskunft nur unter strengen Voraussetzungen die gewünschte Rechtssicherheit erlangen. Diese ist zudem sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht stark begrenzt. Die gesetzlich vorgesehenen Fälle des Wegfalls der Bindungswirkung sind sehr weit gefasst. Dem Antragsteller kommt ein Vertrauensschutz nur in den Grenzen des § 130 II AO zu. Trotzdem wird der steuerliche Berater gehalten sein, seinen Mandanten nach dem Gebot des sichersten Weges auf die Möglichkeit der Einholung einer verbindlichen Auskunft hinzuweisen. Bei der Entscheidung, ob eine verbindliche Auskunft eingeholt werden soll, stellt die Auskunftsgebühr einen bedeutenderen Faktor dar als wünschenswert ist. Zum einen kann die Höhe der Gebühr abschreckend wirken. Zum anderen neigt die Finanzverwaltung dazu, bei mehreren Antragstellern Gebühren mehrfach zu verlangen. Es ist daher

147 *Bergan/Martin*, DStR 2012, 2164, 2166.
148 *Rüsken* (Fn. 2), 809, 820.
149 *Bergan/Martin*, DStR 2012, 2164, 2166.
150 *Seer*, in: Tipke/Lang (Fn. 53), § 89 AO Rn. 19.
151 *Plewka/Pott*, NJW 2012, 2558, 2559.
152 *Joisten/Bergmann*, FR 2014, 923, 924.
153 BMF, Schreiben v. 31.1.2014 – IV A 3 – S 0062/14/10002, BStBl I 2014, 290.
154 *Werder/Dannecker*, BB 2015, 1687, 1690; vgl. *Golombek*, BB 2015, 1946, 1952.
155 BFH, Urteil v. 30.4.2009 – VI R 54/07, BFHE 225, 50 = BStBl II 2010, 996 Rn. 23.
156 Vgl. *Thieme*, DStR 2014, 1093, 1096.
157 Siehe D.V.
158 Vgl. hierzu auch: *v. Streit*, DStR 2012, 1897, 1898f.
159 Vgl. *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 44), § 89 AO Rn. 308.
160 BFH, Urteil v. 16.5.2013 – V R 23/12, BFHE 241, 242 = BStBl II 2014, 325; zustimmend: *Steinhauff*, jurisPR-SteuerR 39/2013 Anm. 5; *Rätke*, in: Klein (Fn. 41), § 89 Rn. 40.
161 BFH, Urteil v. 15.1.2015 – VI B 103/14, BFHE 248, 482 = BStBl II 2015, 447.
162 Vgl. zur fehlenden Vollziehbarkeit auch AEAO zu § 361 Nr. 2.3.2., BStBl. I 2011, 2, 4.
163 BFH, Urteil v. 20.7.2009 – VII S 22/09, BFH/NV 2009, 1599 Rn. 3; BFH, Urteil v. 8.11.2004 – VII B 137/04, BFH/NV 2005, 492 Rn. 8; BFH, Urteil v. 14.4.1987 – GrS 2/85, BFHE 149, 493 = BStBl II 1987, 637, BB 1987, 1869.
164 Vgl. auch *Werder/Dannecker*, BB 2015, 1687, 1690.
165 *Werder/Dannecker*, BB 2015, 1687, 1690f.; *Seer*, in: Tipke/Kruse (Fn. 18), § 89 AO Rn. 62.
166 *Seer*, in: Tipke/Kruse (Fn. 18), § 89 AO Rn. 61.

darauf zu achten, welcher Steuerpflichtige zu welcher steuerlichen Rechtsfrage eine Auskunft beantragt. Gelegentlich wird die Bindungswirkung mehreren Steuerpflichtigen zu Gute kommen können, ohne dass die Gebühr mehrfach anfällt. Wird die Erteilung der Auskunft abgelehnt oder diese mit negativem Inhalt erteilt, so schafft die Eigenschaft der Auskunft als Verwaltungsakt dem Steuerpflichtigen zwar Rechtsschutzmöglichkeiten. Die ständige Rechtsprechung des *BFH* zur eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit einer Negativauskunft versperrt dem Steuerpflichtigen aber faktisch den Weg zu effektivem Rechtsschutz und entwertet die Auskunft als Institut der Rechtssicherheit deutlich. Es bleibt daher zu hoffen, dass der Gesetzgeber sich entscheidet, die verbindliche Auskunft dem Steuerfestsetzungsverfahren zuzuordnen und damit dem gerichtlichen Rechtsschutz zugänglich zu machen. Bis dahin ist der Steuerpflichtige auf die Klage gegen den Steuerbescheid verwiesen. Dennoch ist die Bedeutung der verbindlichen Auskunft bei der steuerlichen Beratung nicht zu unterschätzen. Sie ist im komplexen und sich ständig weiter entwickelnden deutschen Steuerrecht hoch und wird durch eine gesetzgeberische Regelung zum erweiterten Rechtsschutz noch zunehmen.

Jonas Zenger*

Wandel im Kooperationsverhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof im grundrechtlichen Mehrebenensystem der Europäischen Union

Die Gewährleistung einzelfallbezogenen Grundrechtsschutzes im Lichte der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

A. Einleitung: Viel Lärm um nichts?

Auch wenn der Schwerpunkt europäischer Integration bis heute ökonomischer Natur[1] ist, so exponiert die Zuständigkeitserweiterung der EU in grundrechtssensiblen Politikbereichen[2] den EuGH neben den mitgliedstaatlichen Verfassungs- und Fachgerichten als bedeutenden Akteur im Grundrechtsschutz.[3] Konsequenz daraus sind ungeklärte Kompetenzstreitigkeiten und ein anhaltendes Spannungsverhältnis zwischen den Gerichten. Wer darf was unter welchen Voraussetzungen am Maßstab welcher Grundrechte prüfen? Obwohl die beanspruchten Kontrollkompetenzen mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte und des EuGH nur gleichartig und nicht identisch sind[4] , wirft diese Frage Unklarheiten auf. Mit dem Postulat vom Kooperationsverhältnis[5] zum EuGH im Grundrechtsschutz versucht das BVerfG Licht ins Dunkel zu bringen.

Kern der Debatte um die Prüfung der Grundrechtskonformität von Unionsrecht und unionsrechtlich determinierten[6] nationalen Hoheitsakten ist ein Normverwerfungskonflikt. Denn das Ergebnis einer Anwendungsversagung von Unionsrecht in Deutschland[7] durch das BVerfG käme seiner Wirkung nach einer territorial begrenzten Normverwerfung gleich.[8] In Folge einer bundesverfassungsgerichtlichen Güterabwägung könnte die Einheitlichkeit der Rechtsprechung und des Unionsrechts insgesamt und damit die Funktionsfähigkeit der EU[9] vermeintlich zugunsten des Individualrechtsschutzes in Frage gestellt werden.[10] Die Ausgestaltung des Kooperationsverhältnisses berührt damit auch die Debatte um den Grund von Geltung und Anwendungsvorrang von Unionsrecht in den Mitgliedstaaten. Schon deshalb lohnt eine genauere Betrachtung.

An die Frage, ob und inwiefern sich dieses Kooperationsverhältnis gewandelt hat, knüpft die vorliegende Arbeit im Rahmen einer Analyse des Beschlusses des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015[11] an. Für Aufregung im Schrifttum sorgten die Karlsruher Richter bereits durch die ersten beiden Leitsätze, in denen sie den Grundrechtsschutz mit der im Wege einer Verfassungsbeschwerde des Art. 93 I Nr. 4a GG aktivierbaren Identitätskontrolle[12] in Verbindung bringen. Die Schlagzeilen in der Literatur[13] legen die Vermutung nahe, dadurch gehöre die bislang postulierte Zurückhaltung im kooperativen Grundrechtsschutz der Vergangenheit an. Deshalb wird auch die Frage gestellt, ob die Aufregung angemessen ist. Denn zumindest auf den zweiten Blick lässt der Beschluss eine im Schrifttum bislang unbedachte Lesart zu, die das BVerfG ganz im Sinne des Kooperationsgedankens als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte versteht. Viel Lärm um nichts also?

B. Von der Prüfungs- zur Verwerfungskompetenz: Entwicklungen in der Rechtsprechung des BVerfG zum kooperativen Grundrechtsschutz

I. Reservezuständigkeit mit Letztverantwortung – Solange II

Erst 1986 konnte ein Waffenstillstand[14] zwischen EuGH und BVerfG erreicht werden. Solange nämlich der als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz im Gemeinschaftsrecht insbesondere durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs generell gewährleistet sei, werde das BVerfG seine Gerichtsbarkeit

---

* Der Autor ist Student des University College London, Vereinigtes Königreich.

1 Vgl. insb. die ausschließlichen Zuständigkeiten der EU wie sie sich aus Art. 3 AEUV ergeben.

2 Vgl. insb. die geteilten Zuständigkeiten der EU wie sie sich aus Art. 4 AEUV ergeben; in diesem Sinne auch *Mayer*, EuR 2009, 99 f., wenn er von neuartigen Grundrechtsgefährdungslagen spricht.

3 Vgl. *Craig/de Búrca,* EU Law[2], 2015, S. 382 f.

4 *Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, S. 248; so auch *Lenaerts*, EuR 2015, 3, 16.

5 Erstmals als solches bezeichnet in BVerfGE 89, 155, 156; später: BVerfGE 134, 366, 385.

6 Im Kontext dieser Arbeit sind unter ‚unionsrechtlich determinierten' nationalen Hoheitsakten solche Akte zu verstehen, die von einer unionsrechtlichen Rechtsgrundlage zwingend vorgeschrieben werden; in Abgrenzung dazu sind ‚unionsrechtlich geprägte' nationale Hoheitsakte solche, die zumindest auf unionsrechtlichen Vorgaben beruhen, den mitgliedstaatlichen Stellen jedoch einen Umsetzungsspielraum einräumen; so auch *Schorkopf*, Legal Tribune Online, 2016. Die Frage nach der genauen Abgrenzung kann hier offen bleiben.

7 So zuletzt vom BVerfG in eng begrenzten Einzelfällen gefordert in BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats v. 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 (= BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff.), Rn. 43.

8 *Sauer* (Fn. 4), S. 320.

9 Laut *Vedder*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Art. 4 EUV, Rn. 27, ergibt sich der Vorrang des Unionsrechts als Voraussetzung für dessen Einheitlichkeit und die Funktionsfähigkeit der EU in systematischer Auslegung aus dem Gesamtsystem der Verträge insb. unter Beachtung des Art. 288 II AEUV.

10 *Sauer* (Fn. 4), S. 323.

11 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff.

12 Erstmals als solche vom BVerfG genannt in BVerfGE 123, 267, 353 f.; später: BVerfGE 125, 260, 324; BVerfGE 129, 78, 100; BVerfGE 132, 195, 233; BVerfGE 134, 366, 385.

13 Exemplarisch *Sauer*, „Solange" geht in Alterszeit, NJW 2016, 1134 ff.; *Hong*, VerfBlog, 18. Februar 2016; *Goos*, JuWissBlog, 10. Februar 2016; so auch die mediale Reaktion: exemplarisch „Deutschlands höchste Richter stellen sich gegen den Europäischen Gerichtshof", SZ v. 27. Januar 2016, Titelseite, Untertitel des Leitartikels.

14 Vgl. *Sauer* (Fn. 4), S. 289.

über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht nicht mehr ausüben.[15] Ein Kontrollanspruch, wie er noch in Solange I[16] reklamiert wurde, wird durch Solange II in der Praxis nahezu unüberwindbaren, im Verlauf der Rechtsprechung näher präzisierten Hürden gegenübergestellt und kann nicht mehr ausgeübt werden.[17] Der Beschluss kann deshalb als praktische Konkordanz zwischen umfassender Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt gemäß Art. 1 III GG und Europarechtsfreundlichkeit verstanden werden.[18] Zugleich wird das institutionelle Verhältnis zwischen deutscher und europäischer Gerichtsbarkeit im Grundrechtsschutz neu gestaltet.[19] Im Sinne der arbeitsteiligen Komponente des Kooperationsbegriffs wählt das BVerfG einen Kompromissweg, indem es das GG als Maßstab für die Kontrolle von Unionsrechtsakten und deren Vollzug weitgehend zurückzieht.[20]

II. Das Kooperationsverhältnis im Grundrechtekonflikt – Maastricht

1. Das Wirkungsargument und seine möglichen prozeduralen Folgen

Als Relativierung des Solange II-Vorbehalts kann das Maastricht-Urteil[21] gelesen werden. Grund dafür ist eine offene Abweichung des Zweiten Senats von seiner bisherigen Rechtsprechung[22] im Lichte des Wirkungsarguments. Sofern Unionsrechtsakte Rechtswirkung auf die Grundrechtsberechtigten in Deutschland entfalten, berühren sie die Gewährleistungen des GG und die Aufgaben des BVerfG, die den Grundrechtsschutz in Deutschland und insoweit nicht nur gegenüber deutschen Staatsorganen zum Gegenstand haben.[23] Das Unionsrecht ist in der Logik der Karlsruher Richter also schon deshalb an den Grundrechten des GG zu messen, weil ihm deutsche Grundrechtsberechtigte unterstehen.[24] Prozedurale Konsequenz dieser Überlegung ist, dass Sekundärrecht nunmehr als unmittelbarer Prüfungsgegenstand am Maßstab der grundgesetzlichen Grundrechte geprüft werden *könnte*.[25]

2. Der Determinierungsgrundsatz in bundesverfassungsgerichtlicher Praxis

Dem durch das Wirkungsargument ermöglichten Weg folgen die Richter im Ergebnis aber nicht. Sie versuchen sich vielmehr an einer Abgrenzung dessen, was bei der Umsetzung von Unionsrecht auf die EU zurückzuführen ist, von dem, was im Rahmen eines Gestaltungsspielraums bei den Mitgliedstaaten verbleibt.[26] Vor diesem Hintergrund werden unionsrechtlich geprägte nationale Umsetzungsakte nur in dem Umfang am Maßstab des GG gemessen, wie auf mitgliedstaatlicher Ebene ein Spielraum besteht, den der nationale Gesetzgeber eigenverantwortlich ausgestaltet.[27] Der Determinierungsgrundsatz[28] hat insofern die Lösung der Vorrangfrage zwischen Unionsgrundrechten und Grundrechten des GG zum Ziel. Nur wenn eine unionsrechtliche Determinierung besteht, haben innerstaatliche Umsetzungsakte am allgemeinen Vorrang des Unionsrechts teil, was die Unionsgrundrechte grundsätzlich zum ausschließlichen Prüfungsmaßstab werden lässt.[29] Das Kooperationsverhältnis als im Maastricht-Urteil nicht näher erläuterter Schlüsselbegriff[30] findet insoweit aber kein inhaltliches Konzept. Ob diese Worthülse also nur als Mittel zur Übermalung eines eher aggressiven Verständnisses der Rolle des BVerfG im Integrationsprozess dient[31] , bleibt offen.

III. Die Identitätskontrolle - Lissabon

Die durch Solange II oktroyierte Selbstbeschränkung des BVerfG in der Grundrechtskontrolle findet im Urteil zum Vertrag von Lissabon[32] einen Ausgleich. Im Wege der dort erstmals als solche bezeichneten Identitätskontrolle[33] kann überprüft werden, ob infolge des Handelns europäischer Organe die in Art. 79 III GG für unantastbar erklärten Grundsätze der Art. 1 und 20 GG verletzt werden.[34] Durch ihre enge Verbindung mit der grundgesetzlichen Ewigkeitsklausel postuliert die Identitätskontrolle insoweit Schranken des Übertrag*baren*.[35] Unklar bleibt im Lissabon-Urteil, was Prüfungsgegenstand dieses Kontrollvorbehalts sein soll.[36] Im Lichte der dezisionistisch gesetzten Staatsaufgabenlehre des Beschlusses scheint er vor allem in Verbindung mit den

15 BVerfGE 73, 339, 384; 386; 387, Ls. 2; so auch: BVerfGE 102, 147, 162 f.; BVerfGE 118, 79, 95.

16 BVerfGE 37, 271.

17 Vgl. *Sauer* (Fn. 13), S. 1136; vgl. exemplarisch *Schwerdtfeger*, EuR 2015, 290, 292; *Dederer*, JZ 2014, 313, 314; *Cremer,* EuR 2014, 195, 201 f.

18 *Proelß*, Bundesverfassungsgericht und internationale Gerichtsbarkeit, 2009, 3. Kapitel, IV.3.b.

19 *Bäcker*, EuR 2011, 103, 105.

20 *Bäcker*, EuR 2015, 389, 413.

21 BVerfGE 89, 155.

22 Inbs. **abw.** von BVerfG 58, 1, 27; hier wird supranationale Hoheitsgewalt gerade nicht als „öffentliche Gewalt" i.S.d. § 90 I BVerfGG verstanden; die Entscheidung von 1981 bezieht sich zwar nicht auf die EU, jedoch bestätigt sie die bis dahin gemeinschaftsfreundliche Rechtsprechung des BVerfG.

23 BVerfGE 89, 155, 175, Ls. 7.

24 Vgl. *Sauer* (Fn. 4), S. 290.

25 Zwar fällt Unionsrecht nach Auffassung des BVerfG und der h.M. in analoger Betrachtung unter „Gesetz" i.S.v. Art. 100 I GG; eine Subsumtion von Unionsrechtsakten unter Akte der „öffentlichen Gewalt" i.S.v. Art. 93 I Nr. 4a GG wird im Schrifttum jedoch überwiegend abgelehnt; vgl. dazu *Sauer* (Fn. 4), S. 172.

26 Dieses für den Umfang der Ausübung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit maßgebliche Kriterium eines Gestaltungsspielraums wird entwickelt und bestätigt in BVerfGE 95, 173 und BVerfGE 113, 273.

27 Nach *Dörr*, Der Europäische Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 182 wäre dann wohl normlogisch eine Grundrechtsbindung der mitgliedstaatlichen Umsetzungsstelle anzunehmen; diese muss den verbleibenden Spielraum laut BVerfGE 113, 273, 300 „in grundrechtsschonender Weise" ausfüllen.

28 Zu verstehen als Grundsatz zur Bestimmung der Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte als Prüfungsmaßstab für unionsrechtlich determinierte innerstaatliche Umsetzungsakte; auch: Trennungsthese.

29 So auch *Bäcker* (Fn. 20), S. 402, der darin einen – im Ergebnis abzulehnenden – Versuch zur Begrenzung des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte sieht.

30 *Sauer* (Fn. 4), S. 291.

31 *Nettesheim*, Jura 2001, 689.

32 BVerfGE 123, 267.

33 BVerfGE 123, 267, 353; in der Sache wurde der Gehalt der Identitätskontrolle jedoch schon vor dem Lissabon-Urteil angesprochen: vgl. BVerfGE 75, 223, 235; 242; 89, 155, 188; 113, 273, 296.

34 Vgl. BVerfGE 123, 267, 354.

35 Diese negative Integrationsgrenze ist dabei von den Schranken des verfassungsrechtlich Übertrag*enen* zu unterscheiden, welche vor allem im Rahmen ausbrechender Unionsrechtsakte und der damit verbundenen Ultra-vires-Kontrolle eine Rolle spielen.

36 *Bäcker* (Fn. 19), S. 117.

Staatsstrukturprinzipien zu stehen.[37] Diese Annahme ist bereits deshalb zweifelhaft, weil auch die Menschenwürde des Art. 1 I GG - und damit ein Grundrecht - in Verbindung mit Art. 79 III GG steht. Das Konzept der Identitätskontrolle als Balance zur Selbstbeschränkung im Grundrechtsschutz findet hierin einen ersten Anhaltspunkt.

IV. Die Prüfungskompetenz als notwendige Voraussetzung für den Dialog zwischen den Höchstgerichten

Abweichend von der bisherigen bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung im Lichte des Solange II-Vorbehalts, nimmt der Erste Senat in seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung[38] eine Verfassungsbeschwerde gegen ein unionsrechtlich determiniertes Umsetzungsgesetz als zulässig an.[39] Dies kann als prozedurale Verschiebung des Anknüpfungspunktes der Solange II-Rechtsprechung von der *Prüfungs*- zur *Verwerfungs*kompetenz gewertet werden.[40]

Was auf den ersten Blick als Affront gegenüber dem EuGH verstanden werden könnte, erweist sich als unionsrechtlich nicht nur unproblematisch, sondern sogar wünschenswert. Sollte das BVerfG nämlich in Anwendung der modifizierten Solange II-Rechtsprechung feststellen, dass ein unionsrechtlich determinierter Hoheitsakt mit den Grundrechten unvereinbar ist, kann es diesen auch weiterhin nur dann verwerfen, wenn ein strukturelles Defizit im unionalen Grundrechtsschutzes nachgewiesen wird. Wenngleich nicht weniger bedenklich für den Individualrechtsschutz als vorher, ist die bloße Prüfungskompetenz unionsrechtlich deshalb zumindest unproblematisch. *Wünschenswert* ist die Verschiebung des Solange II-Vorbehalts, weil nur so hinreichend Raum für einen kooperativen Grundrechtsdialog zwischen den Höchstgerichten entstehen kann. Prozedurales Instrument dieses Dialogs ist die Vorabentscheidung des Art. 267 AEUV. Ist das BVerfG, wie vor seinem Beschluss zur Vorratsdatenspeicherung anzunehmen, an einer Prüfung unionsrechtlich determinierter Akte auf deren Vereinbarkeit mit dem GG von vornherein gehindert[41] , so kann es nicht feststellen, ob ein solcher Akt den deutschen Grundrechten tatsächlich entgegenstünde. Nur eine tatsächliche Kollision begründet aber die Entscheidungserheblichkeit der aufgeworfenen Frage[42] , die Voraussetzung einer Vorlage nach Art. 267 AEUV ist.[43] Kann in Karlsruhe mangels Prüfungskompetenz diese Vorfrage der Kollision[44] nicht entschieden werden, ist ein Dialogbeginn mit dem EuGH ausgeschlossen.

Ergibt eine bundesverfassungsgerichtliche Prüfung jedoch eine Unvereinbarkeit von Umsetzungs- oder Vollzugsakt mit den Grundrechten, so kann dem EuGH die entscheidungserhebliche Frage vorgelegt werden, ob der zugrundeliegende Sekundärrechtsakt primärrechtskonform ist oder ausgelegt werden kann. Erkennt dieser einen Verstoß auch gegen die Unionsgrundrechte, wird der Sekundärrechtsakt verworfen[45] und dem innerstaatlichen Umsetzungsakt damit die unionsrechtliche Grundlage entzogen. Dem BVerfG steht damit einer Verwerfung des zunächst weiterbestehenden rein nationalen Hoheitsakts nichts mehr im Wege. Insoweit erfüllt das Institut des Vorabentscheidungsverfahrens mittelbar einer der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV vergleichbare Rechtschutzfunktion.[46]

Nicht immer wird dies jedoch ohne Risiko für das BVerfG bleiben. Denn ein durchaus wünschenswerter Dialog zeugt dann von Konfliktpotential, wenn der EuGH einen Sekundärrechtsakt bestätigt, dessen innerstaatliche Umsetzung in Karlsruhe für unvereinbar mit den grundgesetzlichen Grundrechten gehalten wird.[47] Eine Unionsgrundrechtswidrigkeit auch der sekundärrechtlichen Bezugsnorm wird dadurch zwar impliziert, bleibt aber ohne EuGH-Entscheidung zunächst offen. Daraus ergibt sich eine zwickmühlenartige Situation für die Verfassungsrichter. Denn auch im Falle eines solchen grundrechtlichen Dissenses mit dem EuGH müssten sie ihrem Verwerfungsvorbehalt nachkommen[48] und den Umsetzungsakt durch dann notwendige verfassungsrechtliche Kunstgriffe bestehen lassen. Andernfalls läuft das BVerfG Gefahr, sich durch eine Verwerfung des Umsetzungsaktes am grundgesetzlichen Maßstab in eine offene Konfrontation mit dem EuGH zu begeben. Gefahr für das Kooperationsverhältnis resultiert aus einem möglichen fortdauernden Ausbleiben von Vorlagen aus Karlsruhe, wodurch das Potential des Art. 267 AEUV nicht ausgeschöpft würde. Die Prüfungskompetenz ist damit zwar eine notwendige, jedoch keine hinreichende Voraussetzung für den Grundrechtsdialog.

C. Wendepunkt im kooperativen Grundrechtsschutz durch den Beschluss des BVerfG zur Identitätskontrolle?

Nachdem vorstehend die neuralgischen Punkte in der Entwicklung des Kooperationsverhältnisses skizziert wurden, wird im folgenden Analyseteil exemplarisch die jüngste Rechtsprechung des BVerfG auf einen möglichen Wandel untersucht. Ausgangspunkt ist dabei der Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015.[49]

I. Sachverhaltsdarstellung

Erneut[50] war es der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl[51] , der in Karlsruhe für Aufsehen sorgte. Der in

37 *Schönberger*, Der Staat 2009, 535, 554 f; so auch *Bäcker* (Fn. 19), S. 117.

38 BVerfGE 125, 260.

39 BVerfGE 125, 260, 304.

40 Ebd. S. 104.

41 In diese Richtung BVerfGE 73, 339 und 102, 147.

42 Vgl. EuGH, Rs. 283/81 - *CILFIT*, Slg. 1984, 01257, Rn. 10.

43 So auch *Bäcker* (Fn. 19), S. 106.

44 Wird der modifizierte Solange II-Ansatz verfolgt, so lautete eine Vorfrage in diesem Sinne, ob ein unionsrechtlich determinierter innerstaatlicher Umsetzungsakt dem GG genügen würde, wäre er an seinem Maßstab zu messen; vgl. *Bäcker* (Fn. 19), S. 106.

45 Ein Monopol zur Verwerfung von Sekundärrechtsakten liegt nach Auslegung des Art. 19 EUV i.V.m. Art. 263, 277 und 267 III AEUV beim EuGH.

46 *Pache*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Fn. 9), Art. 267 AEUV, Rn. 10.

47 *Bäcker* (Fn. 19), S. 113.

48 Vgl. *Bäcker* (Fn. 19) S. 113.

49 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff.

50 Siehe bereits vom 18. Mai 2005 in BVerfGE 113, 273; der RbEuHb war aber auch in anderen Mitgliedstaaten Gegenstand zahlreicher verfassungsgerichtlicher Auseinandersetzungen vgl. exemplarisch EuGH, Rs. C-303/05 - *Advocaten voor de Wereld,* Slg.2007, I-03633, auf Vorlage des belgischen; EuGH, Rs. C-168/13 PPU - *Jeremy F.* auf Vorlage des französischen und EuGH, Rs. C-399/11 - *Melloni* auf Vorlage des spanischen Verfassungsgerichts.

51 Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mit-

Deutschland festgenommene US-amerikanische Beschwerdeführer sollte auf dieser Sekundärrechtsgrundlage[52] nach Italien ausgeliefert werden, wo er zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden war. Das Urteil war dort jedoch in seiner Abwesenheit ergangen und ihm nie persönlich zugestellt worden, sodass er vor dem in der Sache befassten OLG Düsseldorf zu bedenken gab, dass eine Auslieferung schon deshalb außer Frage stehe, da ihm nach aktueller italienischer Gesetzeslage kein Recht auf erneute Beweisaufnahme zukomme.[53] Nach Konsultation mit den italienischen Behörden[54] befand das OLG jedoch, dass ein solches ‚jedenfalls nicht ausgeschlossen' sei und hielt im Ergebnis die unionsrechtlich determinierte[55] Auslieferung für zulässig.[56]

Gegen diese Entscheidung machte der Beschwerdeführer unter anderem eine Verletzung seiner Rechte aus Art. 1 GG im Wege einer Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG geltend.[57] Am Maßstab des GG hatten die Verfassungsrichter zu prüfen, ob eine Grundrechtsverletzung vorlag. Ein Routineverfahren nach Art. 93 I Nr. 4a GG also – wäre die Auslieferungsentscheidung nicht unionsrechtlich determiniert.

II. Die Identitätskontrolle als prozeduraler Hebel zur Grundrechtskontrolle

Obwohl die Richter feststellen, dass unionsrechtlich determinierte Hoheitsakte wie die OLG-Entscheidung mit Blick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts grundsätzlich nicht am Maßstab der grundgesetzlichen Grundrechte zu messen seien[58] , nehmen sie die Verfassungsbeschwerde als zulässig an.[59] Sie begründen dies mit dem Vorbehalt der Identitätskontrolle[60] , dessen strenge Voraussetzungen hier erfüllt seien. Der Beschwerdeführer habe substantiiert dargelegt, dass der in der Menschenwürde des Art. 1 I und im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG wurzelnde Schuldgrundsatz[61] im konkreten Fall in Frage stehe.[62] Ein solcher schwerwiegender Grundrechtsverstoß ermögliche dem BVerfG eine Kontrolle auch von unionsrechtlich determinierten Akten am Maßstab der Verfassungsidentität.[63] Schon durch diese Zulässigkeitsbegründung wird deutlich, dass die Richter von einer unionsrechtlichen Determinierung der oberlandesgerichtlichen Entscheidung durch den Rahmenbeschluss ausgehen. Im Fall eines Gestaltungsspielraums, wäre der Rechtsakt einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle auch ohne Begründung über die Identitätskontrolle zugänglich.[64]

Das Novum besteht hier im prozeduralen Weg der Identitätskontrolle, die zum ersten Mal für die Begründung der bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungskompetenz aktiviert und zudem in Verbindung mit einem Grundrecht gebracht wird. Wegen des hier vorliegenden Eingriffs in die Menschenwürde komme dem BVerfG auch dann eine Kontrollkompetenz zu, wenn der unionale Grundrechtsschutz regelmäßig in einer dem GG ausreichenden Weise gewährleistet sei.[65] Eine Gefahr für sein Kooperationsverhältnis zum EuGH bestehe aber dadurch schon deshalb nicht, weil das Gericht zurückhaltend und europarechtsfreundlich vorgehe und, soweit erforderlich, seiner Prüfung eine im Wege des Art. 267 III AEUV eingeholte Vorabentscheidung zugrunde lege.[66] Wann eine solche im konkreten Fall erforderlich ist, liegt jedoch wohl in der Einschätzungsprärogative der Richter. Zumindest hier stellen sie in einer abschließenden Randnummer fest, dass keine Notwendigkeit einer Vorlage bestehe.[67] Die Verfassungsrichter sehen die Antwort auf die Frage der Zulässigkeit einer Auslieferung zwar ebenfalls unionsrechtlich determiniert[68] , stellen aber entgegen der Auffassung des OLG fest, dass der Rahmenbeschluss schon im Lichte der Unionsgrundrechte keine Auslieferung gebiete.[69] Seine richtige Anwendung sei sogar derart offenkundig, dass für vernünftige Zweifel keinerlei Raum bleibe.[70] Mit diesem Argument eines *acte clair*[71] begründet das BVerfG seine Nichtvorlage.

---

gliedstaaten (ABl EU Nr. L 190 vom 18. Juli 2002, S. 1); geändert durch die Fassung des Rahmenbeschlusses 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 (ABl EU Nr. L 81 vom 27. März 2009, S. 24); im Folgenden: Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl, Rahmenbeschluss oder RbEuHb.

52 Einschlägig war insoweit Art. 4a I lit. d RbEuHb, welcher die Möglichkeit einer Verweigerung der Vollstreckung dann ausschließt, wenn die Person durch das Recht im ersuchenden Staat berechtigt wird, gegen die Verurteilung einen Rechtsbehelf einzulegen.

53 Vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 20; ein Recht auf erneute Beweisaufnahme im Ausstellungsmitgliedstaat im Fall von Abwesenheitsurteilen leitete der Beschwerdeführer aus dem deutschen Umsetzungsgesetz des RbEuHb ab (§ 83 Nr. 3 IRG); § 83 IV IRG, der die Möglichkeit neuer Beweismittel explizit verlangt, ist jedoch erst nach dem Beschluss des OLG in Kraft getreten.

54 Vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 16; 19.

55 Vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 51; siehe hierzu oben Fn. 6; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 07. November 2014 - III -3 Ausl 108/14- *Auslieferung in Abwesenheitsurteil* (= BeckRS 2016, 03446).

56 Der den Art. 4a I RbEuHb umsetzende § 83 Nr. 3 IRG in seiner Fassung vom 20. Juli 2006 (BGBl. I S. 1721) steht nach Auffassung des OLG Düsseldorf einer Auslieferung insofern also nicht entgegen; vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 21-23.

58 Vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 36; implizit wird dadurch wiederholt vom BVerfG bestätigt, dass unionsrechtlich determinierte innerstaatliche Hoheitsakte am Vorrang des Unionsrechts teilhaben.

59 Vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 34.

60 Vgl. BVerfGE 113, 273, 295; 123, 267, 344, 353 f.; 126, 286, 302; 129, 78, 100; 134, 366, 384 f.

61 Der Schuldgrundsatz ist damit auch Teil der integrationsfesten Verfassungsidentität, wie sie durch Art. 79 III GG geschützt ist; vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 48; 51.

62 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 109.

63 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 34.

64 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 39.

65 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 46; implizit suggeriert das BVerfG damit, dass der unionsrechtliche Vorranganspruch auch über den Solange II-Vorbehalt hinaus nicht unbegrenzt sei.

66 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 46.

67 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 125.

68 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 52.

69 Vgl. dazu BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 85-107; das BVerfG stellt hier in Anlehnung an *Gaede*, NJW 2013, 1279, 1280 fest, dass die Pflicht, einem Europäischen Haftbefehl Folge zu leisten schon unionsrechtlich durch eine primärrechtskonforme Auslegung des RbEuHb begrenzt sei. Die Bindung der Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht an die im Rang des Primärrechts stehende GRC folge aus deren Art. 51 I. Die GRC sei deshalb auch maßgeblich bei der Auslegung des RbEuHb.

70 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 125.

71 Dieser in EuGH, *CILFIT* (Fn. 42), Rn. 16 ff. entwickelte unionsrechtliche Grundsatz stellt unter strengen Voraussetzungen eine Ausnahme von der Vorlagepflicht des Art. 267 III AEUV dar; siehe dazu im Detail: *Betz*, Die verfassungsrechtliche Absicherung der Vorlagepflicht, 2013, S. 30 ff.

Die Richter schlussfolgern, der Rahmenbeschluss verpflichte deutsche Fachgerichte offenkundig nicht, einen Europäischen Haftbefehl ohne Prüfung auf seine Vereinbarkeit mit der grundgesetzlichen Menschenwürde zu vollstrecken.[72] Und das, obwohl der EuGH insbesondere mit Blick auf den hier einschlägigen Art. 4a I RbEuHb noch in der Rechtssache Melloni bestätigte, dass dem am Vorrang teilhabenden Rahmenbeschluss[73] auch kein Verfassungsrecht entgegenstehen könne.[74] So erscheint die Behauptung, hier liege dennoch ein *acte clair* vor zumindest insoweit nicht unstrittig.

Die extensive Darlegung unionsrechtlicher Anforderungen an den Rahmenbeschluss[75] impliziert jedoch bereits, was der Senat im Ergebnis feststellt. Weder die Sekundärrechtsgrundlage, noch das deutsche Umsetzungsgesetz stehen den Anforderungen des grundgesetzlichen Menschenwürdeschutzes entgegen.[76] Es sei allein die OLG Entscheidung, welche Bedeutung und Tragweite von Art. 1 I GG verkenne.[77] Zur Kollision zwischen unionsrechtlichem Gebot und grundgesetzlichem Verbot kommt es also wegen der Gleichläufigkeit von Unionsgrundrechten und grundrechtlichen Anforderungen aus dem GG nicht.[78]

Die Identitätskontrollbombe wurde damit in Karlsruhe zwar gezündet[79] , ihre Explosion blieb aber aus. Denn einer Begrenzung des dem Rahmenbeschluss zukommenden Anwendungsvorrangs bedürfe es auch im vorliegenden Zusammenhang mit der Verfassungsidentität nicht.[80] Die angedrohte[81] auf die BRD begrenzte einseitige Erklärung der Unanwendbarkeit von Unionsrecht ist nicht erforderlich. Im Lichte dieses Ergebnisses drängt sich deshalb die Frage nach dem Grund auf. Warum geht das BVerfG den in diesem Zusammenhang mit dem Grundrechtsschutz prozedural neuen Weg der Identitätskontrolle, wo doch vorliegend anscheinend gar keine Notwendigkeit bestand, sich grundlegend zu äußern? Eine Prüfungskompetenz hätte schon im Wege des modifizierten Solange II Vorbehalts begründet werden können und eine Verwerfungskompetenz war im Ergebnis nicht notwendig. Erklärungsansätze im Rahmen des Kooperationsverhältnisses sollen diese Frage im Folgenden beleuchten.

III. Erste Lesart: Gegenspieler EuGH?

Da die dem grundrechtlichen Mehrebenensystem eigene Interdependenz häufig in einem Zusammenspiel aus Aktion und Gegenreaktion resultiert, scheint in einer ersten Lesart zunächst eine Betrachtung des Rechtsprechungskontexts hilfreich. Das Konfliktrisiko von Solange II für das BVerfG besteht auch bei verschobenem Ansatzpunkt in der Möglichkeit, dass seiner Auffassung in Luxemburg nicht gefolgt wird. Diese Blöße einer dem GG entgegenstehenden Vorabentscheidung will man nicht riskieren. Doch wie insbesondere zwei Vorabentscheidungen zeigen, ist eine solche nicht unmöglich. Ein Damoklesschwert über Karlsruhe.

1. Die Rechtssachen Melloni und OMT

Auf eine grundrechtsverkennende Tendenz[82] des EuGH deutet zumindest sein Melloni-Urteil[83] . Das spanische *Tribunal Constitucional* hatte ebenfalls die Grundrechtskonformität einer Auslieferung bei Abwesenheitsurteil in Zweifel gezogen.[84] In Luxemburg widersprach man nationalen Grundrechtseinwänden und verwies auf die im europäischen Auslieferungsverkehr gebotene gegenseitige Anerkennung.[85] Damit geht implizit einher, dass der Vorranganspruch der Unionsgrundrechte trotz Art. 53 GRC ein über den unionalen Grundrechtsschutz hinausgehendes Schutzniveau insoweit ausschließt, als die Unionsrechtseinheit gefährdet ist.[86]

Zwar nicht den Grundrechtsschutz betreffend, wegen des erstmaligen bundesverfassungsgerichtlichen Vorabentscheidungsersuchens[87] aber wohl insoweit richtungsweisend, ist das OMT-Urteil[88] des EuGH.[89] Im Wege der Ultra-vires-Kontrolle[90] war diesem die Vermutung des BVerfG

---

72 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 125.

73 Zum Anwendungsvorrang von Rahmenbeschlüssen BVerfG in BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 77.

74 EuGH, *Melloni* (Fn. 50), Rn. 59; auch *Knappe*, JE 2016 bestätigt die h.M. in der Literatur, dass der EuGH in EuGH, *Melloni* (Fn. 50) die Verweigerung einer Auslieferung im Rahmen des Europäischen Haftbefehls auf die in Art. 4a RbEuHb genannten Gründe abschließend begrenzt.

75 Vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 85-107.; Im einzelnen stützt sich das BVerfG auf die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte (Rn. 92), die Ausstrahlungswirkung der GRC auf das Sekundärrecht (Rn. 96) und die EMRK als grundrechtliche Erkenntnisquelle für die Union (Rn. 98), um die unionsrechtlichen Anforderungen an den Rahmenbeschluss zu substantiieren.

76 Implizit für den RbEuHb als mittelbaren unionsrechtlichen Prüfungsgegenstand vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 107; hingegen explizit für das nationale IRG, auf das sich der OLG Beschluss unmittelbar bezieht vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 108.

77 So in BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 109 f., wenn vorgebracht wird, dass das OLG seiner Ermittlungspflicht im Rahmen einer Auslieferung bei Abwesenheitsurteilen (vgl. dazu auch BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 83) nicht im von Art. 1 I GG gebotenen Umfang nachgekommen sei.

78 Vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 107; *Goos* (Fn. 13) spricht in diesem Zusammenhang von Menschenwürdekongruenz.

79 Bild entlehnt bei *Steinbeis,* VerfBlog, 26. Januar 2016.

80 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 84.

81 In BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 43.

82 Vgl. *Sauer* (Fn. 13), S. 1137.

83 EuGH, *Melloni* (Fn. 50).

84 Vgl. EuGH, *Melloni* (Fn. 50), Rn. 18; 19, in Frage stand hier aber nicht die Menschenwürde, sondern das in Art. 24 II der spanischen Verfassung verankerte Grundrecht auf ein faires Verfahren.

85 EuGH, *Melloni* (Fn. 50), Rn. 36 ff; so auch schon in EuGH, *Radu*, Rs. C-396/11, Allg. Slg., Rn. 35 f.

86 EuGH, *Åkerberg Fransson* (Fn. 6), Rn. 29; vgl. *Gaede* (Fn. 69), S. 1281.

87 Vgl. BVerfGE 134, 366, 369, wo die Frage aufgeworfen wurde, ob der Beschluss des EZB-Rates v. 6. September 2012 (Technical Features of OMT) mit dem Primärrecht (insb. Art. 119; 127 I, II AEUV und Art. 17 bis 24 ESZB-Protokoll) vereinbar sei, oder über sein währungspolitisches Mandat hinausgehe.

88 EuGH, Rs. T-79/13 – *OMT, Allg. Slg.*

89 Im Detail dazu *Siekmann/Vig/Wieland (Hrsg.),* The ECB's OMT in the Courts, IMFS Interdisciplinary Studies in Monetary and Financial Stability, 2015.

90 Vgl. bereits BVerfGE 123, 267, 353; 400; und BVerfGE 126, 286, 304; eine Ultra-vires-Kontrolle durch das BVerfG komme [dann] in Betracht, wenn ersichtlich sei, dass Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen außerhalb der übertragenen Kompetenzen ergangen sind.

vorausgegangen, das OMT-Programm der EZB[91] gehe über die Grenzen des verfassungsmäßig Über*tragenen* hinaus.[92] Auch hier folgte der Gerichtshof den Vorschlägen der Verfassungsrichter zur Beantwortung der entscheidungserheblichen Fragen im Ergebnis nicht. Vielmehr sah er das ESZB unter der Voraussetzung eines ausschließlichen Ankaufs von Staatsanleihen auf den Sekundärmärkten primärrechtlich dazu ermächtigt, das angekündigte OMT-Programm zu beschließen.[93]

2. Reaktion aus Karlsruhe: Das Bollwerk der Verfassungsidentität

Durch diese Vorabentscheidungen wird deutlich, dass der EuGH der Interpretation nationaler Verfassungsgerichte nicht zwangsläufig und immer folgen wird. Wie aber oben dargestellt, ist die Modifizierung des Solange II-Vorbehalts dem Kooperationsverhältnis nur solange dienlich, wie der Gerichtshof dem in Karlsruhe angedeuteten Weg folgt, man also von einem Gleichlauf der materiellen Grundrechtsgewährleistungen ausgeht.

Diese vom BVerfG wahrgenommene Gefahr findet im vorliegenden Beschluss sowohl Ausdruck im Ausbleiben einer Vorlage, als auch im prozedural neuen Weg der Identitätskontrolle. Unter dem Eindruck der EuGH-Vorabentscheidungen in den Rechtssachen Melloni und OMT, scheint der Senat das Risiko einer (erneuten) Zurückweisung vermeiden zu wollen. Sähe der EuGH nämlich, wie im Fall Melloni, die bedingungslose Auslieferung[94] im Einklang mit den Unionsgrundrechten und daher geboten, so müsste das BVerfG dieser Auffassung nachkommen und grundgesetzliche Grundrechtserwägungen zurückstellen. Dies wäre wohl nur unter großen verfassungsrechtlichen Mühen möglich, da bereits festgestellt wurde, dass eine solche Auslieferungspraxis nationalen Grundrechtsstandards nicht genügt.

Eine für das Kooperationsverhältnis schwerwiegendere Konsequenz ergäbe sich aber aus einem anderen Szenario. Entgegen einer möglichen EuGH-Auffassung, dass eine Auslieferungsentscheidung unionsrechtlich erforderlich sei[95] , könnte das BVerfG nämlich auch an seinen grundgesetzlichen Grundrechtsbedenken festhalten. In der Wirkung käme dies insoweit einer räumlich begrenzten Verwerfung des Rahmenbeschlusses und einer Missachtung der Vorabentscheidung gleich.Ein dadurch postulierter Vorrang der grundgesetzlichen Grundrechte ließe sich im Rahmen des modifizierten Solange II-Vorbehalts jedoch nur begründen, sofern ein strukturelles Defizit im EU-Grundrechtsschutz nachgewiesen wird, oder indem man Solange II gänzlich aufgibt.

Eben wegen dieser hier faktisch wohl unüberwindbaren Hürde[96] ist der Weg über die Grundrechtskontrolle versperrt, weshalb der Senat dem EuGH die Möglichkeit der Identitätskontrolle aufzeigt. Mit einer substantiierten Darlegung, die Menschenwürdegarantie sei im konkreten Fall tatsächlich beeinträchtigt[97] , unterliegt die Verwerfungskompetenz weitaus niedrigeren Voraussetzungen[98] als noch in Solange II. In Luxemburg wird man dies als konfrontatives Signal verstehen. Neben dieser symbolischen Wirkung[99] wird der Vertrauensmangel im Kooperationsverhältnis deutlich. Denn Solange II galt bislang als praktisch überragend wichtige Bereichsausnahme des *ultima ratio*-Identitätskontrollvorbehalts.[100] Nun aber soll die Grundrechtskontrolle wohl doch zumindest teilweise in deren Anwendungsbereich fallen. Bezüglich der Menschenwürdegarantie ist es paradoxerweise gerade kein Absinken der EU-Grundrechtsstandards unter das vom GG als unabdingbar gebotene Schutzniveau[101] , welches das BVerfG aus seiner Reservehaltung[102] zurückholt. Vielmehr die eigensinnige EuGH-Grundrechtsprechung scheint Impulsgeber für den Senat, den *Status quo* im Kooperationsverhältnis in seinem Sinne zu ändern.

Große Teile der Literatur deuten das Urteil deshalb als Abkehr von Solange II.[103] Dies findet im Wortlaut insoweit Rückhalt, als die Richter *einen solchen* schwerwiegenden Grundrechtsverstoß *ungeachtet* der *bisherigen* Rechtsprechung zur Unzulässigkeit *derartiger* Verfassungsbeschwerden[104] prü-

---

91 Vgl. EZB-Pressemitteilung v. 6. September 2012 (zuletzt abgerufen am 26. Mai 2016 unter: http://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html).

92 Das Vorabentscheidungsersuchen begründet das BVerfG in BVerfGE 134, 366, 418 damit, dass nicht sicher absehbar sei, ob das durch Art. 20 I und II i.V.m. 79 III GG geschützte Budgetrecht des Deutschen Bundestages und dessen haushaltspolitische Gesamtverantwortung durch den OMT-Beschluss oder seine Umsetzung berührt wären. Insoweit ist auch im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle die in Art. 79 III angelegte Verfassungsidentität die absolute Grenze des verfassungsmäßig Über*tragenen*.

93 EuGH, *OMT* (Fn. 88), Rn. 127.

94 Zu verstehen als Auslieferung, ohne diese an bestimmte vom GG eigentlich vorgesehene grundrechtliche Bedingungen zu knüpfen. In EuGH, Rs. C-388/08 PPU - *Leymann und Pustovarov,* Slg. 2008, I-08993, Rn. 51 wurde festgestellt, dass die Mitgliedstaaten eine Vollstreckung nur in den Fällen der Art. 3 bis 5 RbEuHb an Bedingungen knüpfen dürfen; in EuGH, *Melloni* (Fn. 50), Rn. 64 sprach man darüber hinaus davon, dass es Art. 53 GRC den Mitgliedstaaten nicht gestatte, die Übergabe bei Abwesenheitsurteilen von der Bedingung abhängig zu machen, dass die Verurteilung im Ausstellungsmitgliedstaat einer Überprüfung unterworfen werden könne.

95 In diese Richtung deutet zumindest EuGH, *Melloni* (Fn. 50), Rn. 53, 54, 64.

96 Vgl. *Griebel*, Der Staat 2013, S. 386 ff; und *Sauer* (Fn. 13), S. 1135.

97 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 36; 50; vgl. *Knappe* (Fn. 74); Solange II erfordert hingegen den Nachweis, dass die Grundrechte auf Unionsebene *generell* nicht mehr gewährleistet sind (Hervorhebung durch den Verf.); vgl. BVerfGE 73, 339, 387.

98 Vgl. *Bäcker* (Fn. 20), S. 391; *Goos* (Fn. 13).

99 In diese Richtung auch *Sarmiento*, VerfBlog, 27. Januar 2016, wenn er das hier betrachtete Urteil des BVerfG als „harmless judgment on the facts, but a very important one on the symbolic side" beschreibt; dies gilt vor allem deshalb, weil im vorliegenden Fall eine divergierende Vorabentscheidung ja gerade nicht vorliegt und das BVerfG dem EuGH mögliche Konsequenzen einer Identitätskontrolle nur aufzeigt.

100 So *Streinz,* in: Sachs, GG Kommentar[7], 2014, Art. 23 GG, Rn. 101; hingegen wird hier die Identitätskontrolle vom BVerfG bereits für die Begründung der *Prüfungs*kompetenz aktiviert; vgl. *Goos* (Fn. 13).

101 Vgl. BVerfGE 73, 339, 387; 89, 155, 175; bestätigt in BVerfGE 102, 147, 162.

102 Vgl. *Sauer* (Fn. 4), S. 290; *Funk-Rüffert,* Kooperation von Europäischem Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht im Bereich des Grundrechtsschutzes, 1999, S. 27 f.

103 Vgl. in diese Richtung *Bilz*, JuWissBlog, 15. März 2016; so auch *Sauer* (Fn. 13) „Solange geht in Ruhestand" und *Goos* (Fn. 13) „Solange Zweieinhalb".

104 Gemeint sind Verfassungsbeschwerden und Vorlagen, mit denen die Verletzung in Grundrechten des Grundgesetzes durch sekundäres Gemeinschafts- beziehungsweise Unionsrecht gerügt wird; vgl. BVerfGE 73, 339, 378; 102, 147, 161.

fen.[105] Eine streng begrenzte Einzelfallprüfung scheint durch diese Formulierung nicht gemeint. Das BVerfG impliziert stattdessen eine darüberhinausgehende Prüfungskompetenz.[106] Wurde das Bollwerk der Verfassungsidentität bereits in Stellung gebracht?

IV. Alternative Lesart: Kooperatives Karlsruhe?

Zumindest eine im Schrifttum bislang unbeachtete alternative Lesart lassen das Urteil und sein prozeduraler Weg über die Identitätskontrolle jedoch zu. Im Lichte eines kooperativen Verständnisses scheint diese nämlich eine Möglichkeit, den Unionsgrundrechten via Karlsruhe mittelbar Geltung zu verschaffen. Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung, dass das BVerfG entgegen der Fachgerichte, welche am Maßstab der Unionsgrundrechte prüfen dürfen[107] , in diesem Sinne gerade kein funktionales Unionsgericht ist.[108]

Käme der EuGH in einer Vorabentscheidung zu einem Ergebnis, welches dem des GG entspräche[109] , so bestünde für die Fachgerichte nicht nur wegen grundgesetzlichen, sondern schon wegen unionsrechtlichen Grundrechtsverpflichtungen eine Ermittlungspflicht im Fall von Auslieferungsersuchen bei Abwesenheitsurteilen.[110] Eine hypothetische Vorabentscheidung auf Ersuchen des BVerfG, die in die grundgesetzliche Richtung weist[111] , wirkte in zeitlicher Hinsicht *ex tunc*.[112] Das OLG wäre dadurch verpflichtet[113] , die vom EuGH vertretene Auslegung des Unionsrechts auch auf Rechtsverhältnisse anzuwenden, die in der Vergangenheit, also schon vor Anhängigkeit des Vorabentscheidungsersuchens begründet wurden.[114] Daraus ergäbe sich aber - anders als unter bestimmten Voraussetzungen im Fall bestandskräftiger Verwaltungsentscheidungen[115] - keine Rücknahmeverpflichtung des rechtskräftigen OLG-Auslieferungsbeschlusses aufgrund der entgegenstehenden EuGH-Auslegung.[116] Das Ausbleiben einer Vorlage erscheint vor diesem Hintergrund nachvollziehbar, wenn auch – wie unten gezeigt wird – durch das *Acte clair*-Postulat[117] mangelhaft begründet.[118]

Da die sekundärrechtliche Determinierung des vermeintlich grundrechtswidrigen, aber unionsrechtlich determinierten rechtskräftigen[119] Fachgerichtsurteils[120] in Form des Rahmenbeschlusses fortbesteht, kann es vom BVerfG auch weiterhin nur am Maßstab des GG[121] aufgehoben werden. Solange also die Unionsgrundrechte in Karlsruhe keinen einschlägigen Prüfungsmaßstab darstellen und sich der Unionsgrundrechtsschutz nicht als strukturell defizitär erweist, sind den Verfassungsrichtern die Hände gebunden, sofern grundsätzlich am Solange II-Vorbehalt festgehalten werden soll. Und das, obwohl aus grundrechtlicher Perspektive unstreitig ist, dass der OLG-Auslieferungsbeschluss aufgehoben werden muss, sofern die angestellten Ermittlungen – wovon die Richter ausgehen – auch unionsgrundrechtlichen Anforderungen nicht Rechnung tragen.[122]

Der Griff zur Identitätskontrolle soll dieses prozedurale Strukturdefizit[123] im kooperativen Grundrechtsschutz zumindest bezüglich seiner Wirkung im Individualrechtsschutz ausgleichen. Denn erst im integrationsfesten Verfassungsbereich kann der Senat über den sodann anwendbaren Maßstab des GG den Unionsgrundrechten mittelbar zur Wirkung verhelfen.[124] Die Identitätskontrolle als Kooperationsinstrument suggeriert in dieser Lesart das Verständnis eines bundesverfassungsgerichtlichen Ansatzes, das GG als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte zu festigen. Solange II besteht daher

---

105 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 34 (Hervorhebung durch den Verf.).

106 Vgl. *Goos* (Fn. 13).

107 Das Unionsrecht gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat und ist deshalb auch Prüfungsmaßstab der nationalen (Fach-)Gerichte; Art. 19 UAbs. 2 i.V.m. Art. 4 III EUV verpflichten die Mitgliedstaaten und ihre Gerichte einen wirksamen Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen zu gewährleisten; vgl. EuGH, Rs. C-50/00 P - *Pequeños Agricultores*, Slg. 2002, I-06677, Rn. 41; siehe dazu im Detail: *Huber*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 19, Rn. 38 f.; insofern besteht auch ein Kooperationsverhältnis zwischen den Fachgerichten und dem EuGH, das hier jedoch nicht vordergründig betrachtet wird.

108 So auch *Bäcker* (Fn. 20), S. 391; der Begriff des funktionalen Unionsgerichts stammt aus GA Jacobs, Schlussanträge in der Rs. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, Rn. 41, der die nationalen Gerichte im Rahmen des Individualrechtsschutzes als Teil des EU-Rechtsschutzsystems sieht.

109 So vom BVerfG durch Auslegung des RbEuHb angenommen; vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 107, wenn festgestellt wird, dass unionsrechtliche Anforderungen nicht hinter die des GG zurückfallen.

110 Vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 83; 110; wonach das über die Zulässigkeit der Auslieferung entscheidende Gericht eine Pflicht trifft, Ermittlungen hinsichtlich der Rechtslage und Praxis im ersuchenden Staat vorzunehmen (vgl. Rn 110); eine bedingungslose Auslieferung ist insoweit unzulässig.

111 Vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 105.

112 Vgl. EuGH, Rs. C-292/04 - *Meilicke u.a.*, Slg. 2007, I-01835, Rn. 34; EuGH, verb. Rs. 66, 127 und 128/79 - *Salumi*, Slg. 1981, 02735, Rn. 9; EuGH, verb. Rs. C-10/97 bis C-22/97 - *IN.CO.GE.'90*, Slg. 1998, I-06307, Rn. 23.

113 *Fastenrath/Groh*, Europarecht[4], 2016, Rn. 782 geben insoweit zu Bedenken, dass der EuGH über die rechtliche Bindungswirkung von Auslegungsvorabentscheidungen noch nicht entschieden hat, diese aber jedenfalls schon wegen Art. 4 III EUV eine faktische Bindungswirkung entfalten; in diese Richtung auch *Thiele,* Europäisches Prozessrecht, 2014, S. 217.

114 Vgl. *Frenz,* Handbuch Europarecht: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, Rn. 3409; vgl. EuGH, verb. Rs. C-453/02 und 462/02 - *Linneweber,* Slg.2005, I-01131,Rn. 41.

115 So EuGH, Rs. C-453/00 - *Kühne&Heitz NV,* Slg.2004, I-00837; dazu auch *Kokott/Henze/Sobotta*, JZ 2006, 633, 639 f.; ausführlich dazu *Thiele* (Fn. 113), S. 219.

116 Die Rücknahmeverpflichtung bezieht sich insoweit nur auf bestandskräftige Verwaltungsentscheidungen, da dem von der Bestandskraft zu unterscheidenden Grundsatz der Rechtskraft sowohl in der Unionsrechtsordnung als auch in den nationalen Rechtsordnungen besondere Bedeutung zukommt; vgl. EuGH, Rs. C-234/04 - *Kapferer*, Slg. 2006, I-02585, Rn. 20 f.; vgl. auch *Thiele* (Fn. 113), S. 220 f.

117 Vgl. EuGH, *CILFIT* (Fn. 42), Rn. 16.

118 **Abw.** hiervon etwa *Bilz* (Fn. 103), der dies angesichts von EuGH, *Melloni* (50) als kühne Behauptung bezeichnet, die kaum haltbar sein dürfte.

119 Vgl. zur vermeintlichen Grundrechtswidrigkeit und zur unionsrechtlichen Determinierung BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 51; 109; zur Rechtskräftigkeit wurde in BVerfGE 103, 111, 139 festgestellt, dass die Verfassungsbeschwerde kein Rechtsmittel, sondern ein außerordentlicher Rechtsbehelft darstellt und ihr Einlegen den Eintritt der formalen Rechtskraft deshalb nicht hindert.

120 OLG Düsseldorf, *Auslieferung bei Abwesenheitsurteil* (Fn. 63).

121 Vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht mit Bezügen zum Europarecht[31], 2015, Rn. 814; insb. Rn. 841 f.; so auch *Hömig*, in: Hömig/Wolff, GG für die BRD, Art. 93 GG, Rn. 30.

122 So BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 119, wenn es festgestellt, dass sich die Ermittlungen des OLG hinsichtlich der Rechtslage und der Praxis im ersuchenden Mitgliedstaat als unzureichend darstellen.

123 Ähnlich auch *Bäcker* (Fn. 20), S. 389.

124 Dieser Feststellung liegt hier freilich die Annahme zugrunde, dass GG und Unionsgrundrechte im Ergebnis tatsächlich die selben Anforderungen stellen, bzw. dass die unionsgrundrechtskonforme Auslegung des Sekundärrechts offenkundig ist (*acte clair*).

grundsätzlich fort[125] und weicht einer Identitätskontrolle nur in solchen Ausnahmefällen, in denen wegen einer prozedural problematischen Unzuständigkeit[126] der Maßstab des GG gegenüber unionsrechtlich determinierten Hoheitsakten nicht angewendet werden darf und den Unionsgrundrechten nicht zur Wirkung verholfen werden kann.

Was dabei mitklingt, ist die Frage nach der Wirksamkeit der grundgesetzlichen Grundrechte aufgrund einer tendenziellen Entmachtung der Karlsruher Richter zugunsten der Fachgerichte, selbst dort, wo sie nach Solange II zuständig blieben.[127] Nur das OLG nämlich hätte auch die unionsgrundrechtlichen Aspekte gegebenenfalls mithilfe eines Vorabentscheidungsersuchens umfassend prüfen und wirksam durchsetzen können.[128] Das BVerfG scheint seine Rolle in der Durchsetzung der Unionsgrundrechte nicht auf eine Vorlagenkontrolle nach Art. 101 I S. 2 GG begrenzen zu wollen.[129]

V. Gefahrendimensionen der Identitätskontrolle

Nach der Skizzierung zweier möglicher bundesverfassungsgerichtlicher Beweggründe für den prozedural neuen Weg über die Identitätskontrolle, wird dieser abschließend kritisch beleuchtet. Betrachtet werden insoweit mögliche Gefahren für die Unionsrechtseinheit sowie für die Weiterentwicklung eines effektiven EU-Grundrechtschutzes.

1. Aufgeweichte Voraussetzungen für die Verwerfungskompetenz

Jedenfalls nicht unbegründet erscheint es, wenn das Heranziehen der Verfassungsidentität bereits zur Überwindung der Zulässigkeitshürde für problematisch gehalten wird.[130] Während der integrationsfreundliche Solange II-Ansatz auf ein *generelles* Absinken des EU-Grundrechtsstandards[131] abstellt, wird dies nun auf eine Menschenwürdebeeinträchtigung im *konkreten* Fall[132] relativiert. Was mit Blick auf Individualrechtsschutz und Darlegungslast für den Beschwerdeführer wünschenswert erscheint[133] , birgt Gefahren für die Einheit des Unionsrechts. Jene eng begrenzten Einzelfälle, in denen solches in Deutschland für unanwendbar erklärt wird[134] sind nun wahrscheinlicher. Zumindest die integrationsfeste Menschenwürde[135] beansprucht insoweit einen unbedingten Vorrang vor unionsrechtlichen Verpflichtungen.[136]

Im Lichte dieser Aufweichung hoher Anforderungen für die Rücknahme der dem EuGH zugestandenen prozeduralen Nichtausübung im kooperativen Grundrechtsschutz[137] scheint die Verwerfungskompetenz Dreh- und Angelpunkt. Unionsrechtlich determinierte Hoheitsakte prüfen und nach Art. 267 AEUV vorlegen, könnten die Verfassungsrichter nämlich schon durch die Modifizierung der Solange II-Rechtsprechung.

2. Ausbleiben eines kooperativen Grundrechtsdialogs: zur Notwendigkeit einer weit gefassten Vorlagepflicht

a) *Art. 267 AEUV: Prozedurales Instrument im Kooperationsverhältnis*

Auch das Ausbleiben einer Vorlage sendet ein misstrauisches Signal nach Luxemburg. Da die Doktrin sich ausschließender Grundrechtsprüfungsmaßstäbe[138] vom EuGH nicht mitgetragen wird[139] , hätte eine Vorabentscheidung aus unionsrechtlicher Sicht durchaus Wirkung auf die Sache im Ausgangsverfahren haben können.[140] Die funktionale Verschränkung der europäischen und nationalen Gerichte durch das Vorlageinstitut[141] dient nicht nur der Sicherung einer einheitlichen Auslegung[142] , sondern kann außerdem zur Weiterentwicklung des EU-Grundrechtsschutzes beitragen.[143] Insoweit wäre eine auf die Vorlageunterlassung ausgerichtete Identitätskontrolle auch verfassungsrechtlich bedauerlich.

---

125 In diesem Sinne auch *Goos* (Fn. 13), der herausstellt, dass die Identitätskontrolle schon durch ihren zwingenden Bezug zur Menschenwürde (Art. 79 III i.V.m. 1 I GG) auf Ausnahmefälle begrenzt sei.

126 Vgl. *Bäcker* (Fn. 20), S. 400 f.

127 So auch ebd. S. 400.

128 In diese Richtung auch *Thym*, NVwZ 2013, 889, 895.

129 Sollte eine nach Art. 267 AEUV erforderliche Vorlage willkürlich durch ein Fachgericht unterlassen worden sein, so kann im Wege der Verfassungsbeschwerde eine Verletzung des grundrechtsgleichen Justizgrundrechts auf den gesetzlichen Richter des Art. 101 I S. 2 GG geltend gemacht werden. Das BVerfG prüft dies im Rahmen einer Willkürkontrolle und kann insoweit die Unionsgrundrechte als mittelbaren Prüfungsmaßstab heranziehen; vgl. *Bäcker* (Fn. 20); zur Vorlagenkontrolle durch das BVerfG siehe im Detail: *Michael*, JZ 2012, S. 870 f.

130 In diese Richtung etwa *Goos* (Fn. 13); so auch *Sauer* (Fn. 13).

131 Vgl. BVerfGE 73, 339, 387, Ls. 2 (Hervorhebung durch den Verf.); so bereits in Solange I, wenn es in BVerfGE 37, 271, 285 bei der Durchsetzung der Grundrechte im Einzelfall immer auf die Frage des *generellen* Grundrechtsstandards in der EU ankommt.

132 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 36; 50 (Hervorhebung durch den Verf.).

133 Vgl. *Streinz*, in: Sachs (Fn. 100), Art. 23 GG, Rn. 101, indem er den Solange II-Vorbehalt mit Blick auf die schwer zu erfüllenden Darlegungslasten für den Beschwerdeführer kritisiert, welche eine Einzelfallkontrolle praktisch ausschließen; *Bäcker* (Fn. 19), S. 107 hingegen gibt zu bedenken, dass die Substantiierungslast für den Beschwerdeführer schon durch die Verschiebung des Solange II-Vorbehalts auf die Verwerfungskompetenz relativiert sei.

134 Vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 43.

135 Kritik an diesem Konzept der integrationsfesten Verfassungsidentität, zu der wegen Art. 79 III i.V.m. 1 I GG auch die Menschenwürde zählt, übt *Ingold* , AöR 2015, 1 ff. Er exponiert darin, dass die Rede von der Verfassungsidentität ein normatives Plus suggeriere, welches verfassungsrechtlich nicht hinreichend fundiert werden könne und dessen „überschüssige Innentendenz“ inadäquat erscheine.

136 Vgl. *Sauer* (Fn. 13), S. 1135; das Urteil v. 15. Dezember 2015 kann insoweit auch als Replik auf EuGH, *Åkerberg Fransson* (Fn. 6), Rn. 29 verstanden werden, worin der EuGH einen absoluten Vorrang des Unionsrechts als Voraussetzung für dessen Einheit und Wirksamkeit suggeriert.

137 *Goos* (Fn. 13).

138 Vgl. auch *Sauer*, VerfBlog, 7. April 2016.

139 EuGH, *Pequeños Agricultores* (Fn. 107), Rn. 41; vgl. dazu auch *Huber*, in: Streinz, (Fn. 107) Art. 19, Rn. 43.

140 Aus rein unionsrechtlicher Perspektive hätte das BVerfG den OLG-Auslieferungsbeschluss nach Maßgabe der EuGH-Vorabentscheidung am Maßstab der Unionsgrundrechte aufheben können.

141 *Ipsen*, EuR 1987, 1, 6.

142 Vgl. *Schwarze,* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 267 AEUV, Rn. 3.

143 Vgl. *Middeke,* in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz, S. 227, der feststellt, dass die Rechtsprechung des EuGH auf der Grundlage von Vorlagen nationaler Gerichte für die Durchsetzung und Fortentwicklung des Unionsrechts von entscheidender Bedeutung war; in diese Richtung auch *Kutscher*, EuR 1981, 392, 397.

b) Acte-clair als problematische Relativierung des Vorlageinstituts

Das Vorlageausbleiben als solches zeugt im Lichte der ersten Lesart von einem Vertrauensmangel in die Auslegungskompetenz des EuGH. Nur unter dem Vorwand der Offensichtlichkeit der Unionsrechtsanwendung[144] kann sich der Senat sicher sein, dass man den Rahmenbeschluss in Luxemburg nicht doch abweichend ausgelegt hätte.[145] Zugleich nimmt er dem EuGH damit die Möglichkeit, den im Melloni-Urteil entstandenen Eindruck eine rahmenbeschlusskonforme Auslieferung bedürfe keiner Grundrechtserwägung[146] , zu relativieren.[147]

In der alternativen Lesart überzeugt zumindest die *Acte-clair*-Begründung nicht.[148] Wenn aus verfassungsrechtlicher Sicht anzunehmen war, dass eine Vorabentscheidung den Unionsgrundrechten nicht zur Wirksamkeit verhelfen würde, hätte man die Verfassungsbeschwerde als unzulässig zurückweisen sollen.[149] Im Sinne einer mittelbaren Kooperation mit dem EuGH hätte der Senat auf eine neue Rüge des Beschwerdeführers einer Verletzung seiner Rechte aus Art. 101 I GG[150] hoffen können, um das OLG dann zu einer Vorlage anzuhalten. Die strengen Kriterien eines *acte-clair*[151] sind jedenfalls weder erfüllt, noch werden diese aufgezeigt.[152] Denn bereits dann, wenn vordergründig mehrere Auslegungen eines Sekundärrechtsakts möglich erscheinen, wird das BVerfG kaum von dessen offenkundiger Anwendung ausgehen können.[153] Zur Kollision und folglich zur Vorrangfrage, die eine Vorlage erfordern könnte[154] , kommt es zirkelschlussartig nur deshalb nicht, weil die Richter den Rahmenbeschluss selbst interpretieren. So zeugt dieser Rückgriff von der nicht sonderlich großen Karlsruher Neigung[155] beim EuGH vorzulegen und unterläuft dabei die für das Kooperationsverhältnis so wichtige prozedurale Verzahnung der Gerichtsbarkeiten im Mehrebenensystem.

3. Ein Gesamtkonzept verfassungsrechtlicher Vorrangbegrenzung

Bislang auf seine symbolische Wirkung beschränkt, wird der Identitätskontrollvorbehalt zunehmend zum Joker in der Hand der Verfassungsrichter.[156] Dort, wo Zuständigkeiten begrenzt wurden[157] , oder der Gesetzgeber keine Verfahren vorsieht[158] , werden die Verfassungsrichter eigenmächtig aktiv und Grundrechte werden nunmehr über die Identitätskontrolle durchgesetzt. Wenn jedoch der unionsrechtlich eröffnete Individualrechtsschutz für defizitär gehalten wird, so muss die Beseitigung dieses Defizits auf Unionsebene erfolgen.[159] Verfassungsrechtliche Kunstgriffe sind keine Lösung, sondern provozieren Spannungen im Kooperationsverhältnis.

4. Die Weitläufigkeit des Menschenwürdegehalts

Obwohl Art. 79 III GG explizit auf Art. 1 GG verweist, spricht er doch darüberhinausgehend vom dort niedergelegten Grundsatz[160] , welcher sich auch im Menschenwürdegehalt anderer Grundrechte[161] widerspiegelt. Insoweit beherrscht Art. 1 I GG als tragendes Konstitutionsprinzip der Verfassung die einzelnen Grundrechte[162] , welche in gewissem Umfang spezielle Konkretisierungen seiner Menschenwürdegarantie darstellen.[163] Bedenklich erscheint deshalb eine potentielle Weitläufigkeit des menschenwürdebasierten Ansatzes der Identitätskontrolle zur Durchsetzung grundrechtlicher Verbürgungen. Im Ergebnis könnte das BVerfG auch für außerhalb des Identitätskerns stehende Grundrechte einen unbedingten Vorrang geltend machen.[164] Denn welcher Grundrechtsfall,

144 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 125; sogenannte *acte clair*.

145 So auch *Sauer* (Fn. 13), S. 1134, der feststellt, dass so die Aufhebung der Entscheidung des OLG nicht in Konflikt mit dem Unionsrecht kommen kann und das BVerfG dadurch die klassische Gefahr einer Kollision zwischen unionsrechtlichem Gebot und grundrechtlichem Verbot vermeidet; Kritik daran übt auch *Giegerich*, ZEuS 2016, 3, 34 f.

146 EuGH, *Melloni* (Fn. 50), Rn. 64.

147 So dann aber geschehen in EuGH, verb. Rs. C□404/15 und C□659/15 PPU - *Aranyosi und Căldăraru*, in dem der EuGH nach Vorlage des OLG Bremen in einem ähnlich gelagerten Fall in der Tendenz stärker auf die materiell-rechtliche Besorgnis des BVerfG eingeht. Insoweit wird die Grundtendenz des Urteils EuGH, *Melloni* (Fn. 50) relativiert.

148 Dem im Ergebnis zustimmend *Classen*, EuR 2016, 307.

149 Alternativ hätte das BVerfG nach einer Zulässigkeitsentscheidung dem EuGH auch vorlegen können, um das prozessrechtliche Defizit nicht am Maßstab der Unionsgrundrechte prüfen zu dürfen evident zu machen. Denn mit einer tatsächlich den Anforderungen des GG entsprechenden Vorabentscheidung könnte die unionsrechtlich determinierte OLG-Entscheidung dennoch nicht am Maßstab des GG aufgehoben werden.

150 Bereits in BVerfGE 73, 339, 366 erkennt das BVerfG den EuGH als gesetzlichen Richter i.S.d. Art. 101 I S. 2 GG an; damit soll verfassungsrechtlich gewährleistet werden, dass die Fachgerichte unionsrechtliche Verpflichtungen zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens erfüllen.

151 Vgl. EuGH, *CILFIT* (Fn. 42), Rn. 16 f. formuliert kumulative Voraussetzungen zur Begründung einer Ausnahme der Vorlagepflicht im Rahmen eines *acte clair*. Ergebnis einer Prüfung, ob ein *acte clair* besteht, muss es demnach sein, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde; vgl. *Betz* (Fn. 71), S. 31.

152 So auch *Bilz* (Fn. 103).

153 Vgl. *Fastenrath*, Der Europäische Gerichtshof als gesetzlicher Richter, 2005, S. 466 ff.

154 Das Kriterium der Entscheidungserheblichkeit als Voraussetzung einer Vorlage nach Art. 267 AEUV setzt eine Kollision zwischen mitgliedstaatlichem Recht und Unionsrecht voraus, in Folge derer die Frage nach dem Anwendungsvorrang gestellt wird; vgl. *Bäcker* (Fn. 19), S. 106.

155 So wörtlich Bundesverfassungsrichter a.D. Paul Kirchhof im Focus vom 13. Februar 1999, S. 11.

156 Vgl. *Sauer* (Fn. 13), S. 1136.

157 Sowohl im Sinne einer Selbstbeschränkung durch die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung selbst, etwa in BVerfGE 73, 339, 387 und BVerfGE 102, 147, 163, als auch im Sinne einer Beschränkung durch den Gesetzgeber, etwa durch Art. 19 EUV i.V.m. Art. 256 AEUV.

158 Die Anregung in BVerfGE 123, 267, 355, ein speziell auf die Identitätskontrolle zugeschnittenes verfassungsgerichtliches Verfahren zu schaffen, sodass identitätsverletzende Unionsrechtsakte im Einzelfall in Deutschland unangewendet bleiben können, wurde vom Gesetzgeber bislang nicht aufgenommen; vgl. *Streinz*, in: Sachs (Fn. 100), Art. 23 GG, Rn. 100.

159 *Bäcker* (Fn. 20), S. 391 weist etwa auf das Fehlen einer Verfassungsbeschwerde vor dem EuGH hin; vgl. dazu: *Streinz*, EuZW 2014, 17 ff.; *Knauff*, EuZW 2010, 257 ff.

160 So auch *Sachs,* in: Sachs (Fn. 100), Art. 79 GG, Rn. 38, wenn er feststellt, dass sich Art. 79 III GG nicht auf die in ihm genannten Bestimmungen als solche bezieht, sondern auf deren Grundsätze.

161 Die Menschenwürde als Wurzel aller Grundrechte wird schon in BVerfGE 93, 266, 293 festgestellt.

162 Vgl. BVerfGE 6, 32, 36, wo festgestellt wird, dass Art. 1 GG auch ein selbständiges Grundrecht ist, das über Art. 93 I Nr. 4a GG geltend gemacht werden kann; vgl. auch BVerfGE 109, 133, 151.

163 Vgl. *Antoni*, in: Hömig/Wolff, GG für die BRD, Art. 1 GG, Rn. 9; so schon BVerfGE 35, 202, 335.

164 In diese Richtung etwa *Hong* (Fn. 13); *Sauer* (Fn. 13), S. 1136; **a.A.** *Sachs*, in Sachs (Fn. 100), Art. 79 GG, Rn. 40.

der nicht schwerwiegend genug wäre, um die Folgen einer Vorrangbegrenzung im Einzelfall in Kauf zu nehmen[165] , wird nicht mit der Menschenwürde in Verbindung gebracht werden können?[166]

VI. Zwischenergebnis

Vor dem Hintergrund dieser Gefahrendimensionen bleibt abzuwarten, ob sich aus der Identitätskontrolle, wie vom BVerfG behauptet, tatsächlich keine substantielle Gefahr für die Unionsrechtseinheit ergibt[167] . Deutlich wurde zumindest, dass sich der Senat mit dem Verfassungsidentitätskonstrukt ein flexibles Instrument geschaffen hat[168] , das auch im Rahmen einer Grundrechtskontrolle[169] eingesetzt werden kann. Sofern dies im Lichte eines kooperativen Dialogs und zum Zweck der Durchsetzung von Unionsgrundrechten geschieht, ist das aus europarechtlicher Sicht erfreulich. Denn nur in einem solchen Verständnis und unter grundsätzlicher Fortgeltung von Solange II kann das Kooperationsverhältnis mit Leben gefüllt werden. Unverständlich bliebe jedoch, warum die Richter eine solche Intention verschleiern, hätte der Sachverhalt doch die Möglichkeit geboten prozessrechtliche Defizite zu exponieren.

War aber das Ziel der Verfassungsrichter, mit ihren hier im Ergebnis überflüssigen Ausführungen zur Identitätskontrolle[170] deutlich zu machen, dass man in Karlsruhe gewillt ist, sich im Fall einer zurückweisenden EuGH-Vorabentscheidung auch über diese hinwegzusetzen, so stehen die Zeichen auf Konfrontation.[171] Die Identitätskontrolle bliebe damit auf den Zweck reduziert, die hohen Solange II-Anforderungen für die Verwerfungskompetenz abzusenken, was einem Missbrauch der Verfassungsidentität gleichkäme. Mit Blick auf das OMT-Folgeurteil dürfte also mit Sorge zu erwarten sein, für welche Richtung sich das BVerfG auf dem schmalen Grat zwischen Mitarbeit und Verweigerung[172] entscheidet.

Letztlich geht es in Karlsruhe aber nicht um einen abstrakten Identitätsgehalt, sondern um den unaufgebbaren Bestandteil der Verfassung[173] in Form der Menschenwürdekonzeption. Einer präventiven Reaktion im Sinne einer Verteidigung des Grundrechtsschutzes bedarf es im Umkehrschluss aber nicht.[174] Vielmehr sollte im Wege eines interjurisdiktionellen Austausches eine grundrechtssensible Fortentwicklung des unionalen Individualrechtsschutzes vorangetrieben werden.[175]

D. Schlussfolgerungen und Ausblick

Welche Schlussfolgerungen sind im Lichte dieser Entwicklungen für das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH zu ziehen? Auch wenn dieses im Urteil an keiner Stelle explizit erwähnt wird, ist wegen der bundesverfassungsgerichtlichen Beteuerung, vorbehaltene Kontrollbefugnisse zurückhaltend und europarechtsfreundlich auszuüben[176] davon auszugehen, dass am Kooperationskonzept im Grundsatz festgehalten wird. *Prima facie* verwundert daher die Betonung des absoluten Charakters der Verfassungsidentität[177] , welcher unter Verweis auf Art. 4 II EUV auch unionsrechtlich legitimiert wird.[178] Das Ringen um den Vorrang materiellrechtlicher Grundrechtsschutzstandards bedeutet schließlich aus prozeduraler Perspektive auch einen institutionellen Konflikt der Gerichte, die um Kontrollansprüche und Einflusssphären konkurrieren.

Bei genauer Lektüre wird jedoch deutlich, dass im Rahmen von Solange II und bei Ausschluss der Unionsgrundrechte als bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab eine Unitarisierung grundrechtlicher Schutzstandards auf dem Niveau der Unionsgrundrechte[179] droht. Dies liefe dem auch vertraglich in Art. 4 III S. 1 und 6 III EUV[180] verankerten Kooperationsanspruch zuwider. Die Reaktion, den Verfassungsrichtern eine Tendenz zur Renationalisierung des Grundrechtsschutzes zu unterstellen greift daher zu kurz. Vielmehr kann das Urteil als Aufforderung im doppelten Sinne verstanden werden. Den EuGH ermahnt Karlsruhe bisweilen provokativ, seine Rolle als Akteur im

---

165 Vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 43.

166 *Sauer* (Fn. 13), S. 1136; in der Tendenz **abw**. *Classen* (Fn. 148), S. 308, der das Konstrukt über die Menschenwürde zwar eng begrenzt, aber doch im Einzelfall aktivierbar sieht.

167 Vgl. BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 46.

168 So auch *Sauer* (Fn. 13), S. 1137.

169 In jedem unionsrechtlich determinierten Einzelfall müsste daher die Frage beantwortet werden, ob nur eine normale Grundrechtsverletzung vorliegt, oder schon die Menschenwürde – möglicherweise auch in Form des Menschenwürdegehalts anderer Grundrechte – berührt ist; vgl. ebd. S. 1137.

170 Vgl. Ausführungen in BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 41; von einer überflüssigen Dramatik der verfassungsgerichtlichen Identitätskontrolle im Urteil spricht auch *Classen* (Fn. 148), S. 304.

171 Wohl hielte das BVerfG eine aktivere Rolle im Kooperationsverhältnis wegen einer Unzufriedenheit bzgl. der unsensiblen EuGH-Grundrechtsprechung für notwendig.

172 Bild entlehnt bei *Bäcker* (Fn. 19), S. 119.

173 Vgl. BVerfGE 123, 267, 350.

174 *Sauer* (Fn. 13), S. 1137; so auch *Giegerich* (Fn. 145), S. 35, der die Menschenwürde auf Unionsebene ähnlich umfangreich geschützt sieht, wie auf nationaler Ebene; vgl. dazu: EuGH, Rs. C-377/98, - *Niederlande/Parlament und Rat,* Slg. 2001, I-07079,Rn. 70; EuGH, Rs. C-36/02 - *Omega*, Slg. 2007, II-00145, Rn. 34; aus neuerer Zeit: EuGH, Rs. C-34/10 - *Brüstle*, Slg. 2011, I-09821, Rn. 32; EuGH, verb. Rs. C-148/13 bis C-150/13 - *A, B und C*; EuGH, Rs. C-364/13 - *International Stem Cell Corporation*, Rn. 24.

175 Ebd. S. 1137 verweist in diesem Zusammenhang auf den im Ergebnis verfassungspolitisch klugen Effekt der Solange I-Entscheidung, die wohl maßgeblich zur Fortentwicklung des Grundrechtsschutzniveaus auf Unionsebene beigetragen hat.

176 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 46; so auch bereits in BVerfGE 126, 286, 303.

177 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 49; so bereits in BVerfGE 113, 273, 295 ff.; 123, 267, 344; 126, 286, 302 f.; 129, 78, 100; 129, 124, 177 ff.; 132, 195, 239 ff.; 134, 366, 384 ff.; in diese Richtung auch *Goos* (Fn. 13), der feststellt, die in BVerfGE 126, 286 im Rahmen der Ultra-vires-Kontrolle an den EuGH zugestandene Fehlertoleranz werde im Rahmen der Menschenwürde nicht eingeräumt.

178 BVerfG, NJW 2016, S. 1149 ff., Rn. 44; zur unionsrechtlichen Pflicht zur Berücksichtigung der mitgliedstaatlichen nationalen Identität vgl. exemplarisch EuGH, *Omega* (Fn. 174), Rn. 31 ff.; EuGH, Rs. C-156/13 - *Digibet und Albers*, Rn. 34.

179 Zum Begriff vgl. *Bäcker* (Fn. 20), S. 399 f., der darin die Gefahr einer Nivellierung der Grundrechtsvielfalt und eine Erosion des Grundrechtsschutzes auf den kleinsten gemeinsamen Nenner erkennt; vgl. auch *Eeckhout*, CMLR 2002, 945 ff.

180 Durch Art. 6 III EUV wird insoweit eine materielle Abkopplung des unionalen Grundrechtsschutzes von den mitgliedstaatlichen Verfassungen vermieden.

Grundrechtsschutz adäquat auszufüllen.[181] Gleichzeitig klingt die subtile Forderung nach der Inkorporierung des europäischen Gewährleistungsgehalts in die deutschen Grundrechte[182] an. Damit verbunden wäre eine Erweiterung der Prüfungsbefugnisse am Maßstab der Unionsgrundrechte[183] , was trotz fortbestehendem Solange II-Vorbehalt eine Kontrolle unionsrechtlich determinierter Umsetzungsakte erlaubte. Womöglich konfliktträchtig, aber grundsätzlich auf einen Dialog zwischen den Gerichten ausgerichtet, wäre derart das im Lichte seiner Gefahrendimensionen untaugliche Verfahren über die Identitätskontrolle unnötig.

Nur ein solches Verständnis wird beiden Lesarten gerecht. Denn als funktionaler Unionsrichter kann das BVerfG an der Seite eines grundrechtssensiblen EuGH verstärkt dazu beitragen, den Grundrechtsstandard im Mehrebenensystem zu optimieren. Für den Grundrechtspluralismus als Herausforderung im Kooperationsverhältnis zwischen nationalen Verfassungsgerichten und EuGH gilt deshalb, was auch für das europäische Integrationsprojekt insgesamt unabdingbar bleibt: Vielfalt muss als Stärke begriffen werden.

---

181 So auch *Hong* (Fn. 13), der auf die Pflicht des EuGH verweist, verfassungskulturelle Freiräume und mitgliedstaatliche Lösungsansätze zu berücksichtigen; vgl. *Bäcker* (Fn. 20), S. 405.

182 Zwei Lösungsansätze zum Ausbau der Grundrechtskontrolle durch das BVerfG erörtert *Bäcker* (Fn. 20), S. 408 f.: ein konservativer Ansatz sieht die materielle Europäisierung der grundgesetzlichen Grundrechte und die Erweiterung ihres Anwendungsbereiches vor. Ein zweiter radikaler Ansatz fordert eine Zuständigkeitserweiterung in Karlsruhe, indem die Unionsgrundrechte zum verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab werden sollen.

183 Vgl. *Bilz* (Fn. 103); so auch *Bäcker* (Fn. 20), S. 410; dementgegen stellt der Ansatz einer bereichsspezifischen Konkretisierung des Solange II-Ansatzes in *Bäcker* (Fn. 19), S. 119 f. insoweit eine abzulehnende Alternative dar, als dadurch nur der bestehende Prüfungsmaßstab des GG auf unionsrechtlich determinierte Hoheitsakte in bestimmten Politikbereichen erweitert würde.

Thilo Kerkhoff*

Die Schwarzarbeit-Urteile § 817 S. 2 BGB zwischen Kodifikation und Case Law

A. Einleitung

„The courts put life into the dead words of the statute."[1] Eine solche Äußerung mag in einer kontinentalen Jurisdiktion umstritten sein. Doch auch der deutsche Gesetzgeber hat Normen vorgesehen, die der Rechtsanwender in besonderer Weise mit Leben füllen muss. Einerseits eröffnet sich der Anwendungsbereich einer Generalklausel wie § 242 BGB[2] nur dadurch, dass sie vom Rechtsanwender ausgefüllt und präzisiert wird.[3] Andererseits gilt z.B. das Bereicherungsrecht weithin als ausfüllungsbedürftiges „Billigkeitsrecht".[4] Eine mögliche Grenze zu billigender Bereicherungsansprüche ist die Kondiktionssperre des § 817 S. 2. Wie man mit dieser Kondiktionssperre umgeht, und welchen Zweck sie verfolgt, ist seit Jahrzehnten Gegenstand eines intensiven Forschungsgesprächs.[5] Auch die Rechtsprechung ist nicht eindeutig: Wurde ein Bereicherungsausgleich beim Kauf eines Radarwarngerätes noch verneint,[6] hat der BGH einen Ausgleich bei Schneeballsystemen zugelassen.[7] Ein herausragendes Beispiel der divergierenden Anwendung des § 817 S. 2 sind die Schwarzarbeit-Urteile. Der BGH entschied 1990 die Kondiktionssperre nicht auf bereicherungsrechtliche Lohnansprüche des Schwarzarbeiters anzuwenden (Schwarzarbeit-Urteil I).[8] In einem nahezu identischen Fall wurde diese Entscheidung 24 Jahre später revidiert und ein Bereicherungsausgleich ausgeschlossen (Schwarzarbeit-Urteil II).[9] Diese höchst unterschiedlichen Entscheidungen setzen sich dabei mit dem Prinzip von Treu und Glauben und seinen Wirkungen und Wertungen bzgl. der Kondiktionssperre auseinander. Daher sind die Urteile ein besonders geeigneter Beobachtungsgegenstand für den Bereicherungsausgleich bei § 817 S. 2 und die richterliche Rechtsfortbildung mittels Generalklausel in einem Bereich, der ohnehin besonders durch Billigkeitsgedanken geprägt ist. Zunächst soll daher ein Blick auf die Entscheidungen des BGH und ihre Motive und Methodik geworfen werden (B.). Anschließend soll das Spannungsverhältnis von Kodifikation und Case Law bezogen auf richterrechtliche Sozialgestaltung beleuchtet werden (C.).

B. Die Schwarzarbeit-Urteile

I. Methodik des Schwarzarbeit-Urteil I

Die Brisanz des ersten Urteils von 1990 liegt in seinem Überraschungsmoment. Mit dem Tenor war nicht zu rechnen, was auch an der Methode der Richter lag. Kerninstrument der Rechtsanwendung ist gewöhnlich der auf Aristoteles zurückgehende syllogistische Schluss aus drei Aussagesätzen. Die Rechtswissenschaft nutzt den Syllogismus, um Situationen der Wirklichkeit den gesetzlichen Tatbeständen unterzuordnen.[10] In der Rechtsanwendung enthält der erste Satz die Norm, der zweite gibt die Wirklichkeit wider und der dritte stellt die Rechtsfolge auf. Für eine Sperrung des Bereicherungsausgleichs bzgl. der Lohnforderung des Schwarzarbeiters lautete der Syllogismus:

Der Bereicherungsausgleich ist bei sittenwidrigen Geschäften gesperrt.

Schwarzarbeit ist ein sittenwidriges Geschäft.

Der Bereicherungsausgleich ist bei Schwarzarbeit gesperrt.

Der BGH lässt einen Anspruch 1990 jedoch nicht scheitern, sondern er nutzt die „Grundsätze von Treu und Glauben" der Generalklausel des § 242, um das Ergebnis des syllogistischen Schlusses zu überwinden und eine Ausnahme zu schaffen.[11] Kern der Begründung dieser Ausnahme ist die schlichte Unvereinbarkeit der Kondiktionssperre mit § 242.[12] Einerseits findet der BGH eine plausible Konfliktlösung, mit der er an die Rechtsprechung zum Bordellkauf anknüpfen will.[13] Andererseits zweifeln viele Literaturstimmen an, dass dem BGH eine angemessene Auslegung der Generalklausel angesichts des Telos des § 817 S. 2 gelungen ist.[14]

II. Schwarzarbeit-Urteil II: Motivation der Rücknahme

2014 folgte die Kehrtwende, die einen Bereicherungsausgleich bei Schwarzarbeit entsprechend dem Wortlaut des § 817 S. 2 sperrt. Bemerkenswert ist, dass der Senat nicht die Rechtsauffassung im Schwarzarbeit-Urteil I kritisiert,

---

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

1 *Gray*, The Nature and the Sources of Law, 1909, Chapter V, sec. 276, S. 120.

2 Paragraphen ohne nähere Bezeichnung sind im Folgenden solche des BGB.

3 *Müller,* Normstruktur und Normativität, 1966, S. 202; zum Begriff der Normkonkretisierung als Normausfüllung ausführlich: *Röthel,* Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 20.

4 BGHZ 36, 232 (235): „Die Bereicherungsansprüche gehören dem Billigkeitsrecht an und stehen daher in besonderem Maße unter den Grundsätzen von Treu und Glauben"; Zur Einheitslehre, dass das Bereicherungsrecht ein Billigkeitsausgleich sei: *Reuter/Martinek,* Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, § 2 I 1.

5 Hierzu ausführlich: *Honsell,* Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, 1974, S. 1, 58f.; *Canaris,* in: FS Steindorff, 1990, S. 523f.; *Larenz/Canaris,* Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, 2. Halbband, 1994,§ 68 III 3 a; Ausführliche Darstellung der Normzwecktheorien auch bei: *Klöhn*, in: AcP 2010, 804 (815-820); *Reuter/Martinek* (Fn.4), § 6 V b; *Seiler,* in: FS Felgentraeger, 1969, S. 379f.

6 BGH, NJW 2005, 1490.

7 BGH, NJW 2006, 45.

8 BGHZ 111, 308.

9 BGHZ 201, 1.

10 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 92.

11 BGHZ 111, 308 (312).

12 BGHZ 111, 308 (312).

13 BGHZ 111, 308 (312).

14 *Larenz/Canaris* (Fn. 5),§ 68 III 3. g.); *Tiedtke*, in: DB 1990, 2307 (2310); ebenso *Lorenz*, in: Staudinger-BGB (2007),§ 817 Rn. 10.

sondern Argumente anders wertet:

1. Veränderungen im Tatsächlichen

Der siebte Zivilsenat widerspricht seiner vorherigen Auffassung, dass der Ausschluss vertraglicher Ansprüche sowie die Gefahr von Strafverfolgung und der Nachzahlung von Sozialabgaben zur Prävention von Schwarzarbeit ausreiche.[15] Stattdessen verweist er auf die Begründung zum Entwurf eines neuen Schwarzarbeitsgesetz (SchwarzArbG 2014), in dem ein alarmierendes Niveau von Schwarzarbeit konstatiert wird.[16] Der BGH macht sich so ein Werturteil der Bundestagsfraktionen zu eigen, die den Gesetzesentwurf eingebracht und begründet haben. Sogar die Formulierung, dass Schwarzarbeit „kein Kavaliersdelikt" sondern „handfeste Wirtschaftskriminalität" sei, wird vom Senat übernommen.[17]

2. Gesetzesänderungen und veränderte Wertungen des Gesetzgebers

Der Senat bezieht sich auch im Folgenden auf das neue SchwarzArbG 2014 und attestiert ihm das Ziel, ein neues Unrechtsbewusstsein gegenüber der Schwarzarbeit schaffen zu wollen und durch gesellschaftliche Nichtakzeptanz zu einem rechtmäßigen Verhalten aufzurufen.[18] Die Kondiktionssperre sei ein geeignetes Mittel, die in der Gesetzesbegründung formulierten Ziele mit den Mitteln des Zivilrechts zu fördern.[19] Auffallend ist, dass dabei kein Bezug auf die Normen des neuen Gesetzes genommen wird.[20] Statt jedoch auf den § 1 SchwarzArbG 2014 abzustellen, der eine intensivierte Bekämpfung der Schwarzarbeit als Regelungszweck proklamiert, rekurriert der Senat auf die Entwurfsbegründung.[21] Diese ist noch keine Gesetzesbegründung, sondern vielmehr ein politisches Dokument, das den Willen und die Ideen der Regierungsfraktionen ausdrückt. Obwohl die Praxis zeigt, dass derartige Entwürfe häufig mit der Regierungsmehrheit angenommen werden, so drückt es doch nicht den Willen des Gesetzgebers, des Bundestags als Einheit aller Fraktionen, aus. Es lässt sich aus der Entwurfsbegründung nicht schließen, ob die Motive des Entwurfs auch die Motive des Gesetzesbeschlusses sind, die sich in den Lesungen des Gesetzgebungsverfahrens bilden.

Methodisch werden die Wertungen eines politischen Willens, der ein Gesetzgebungsverfahren motiviert hat, genutzt, um die Rücknahme einer richterrechtlichen Ausnahme zu begründen.

Materiell-rechtlich ordnet das Schwarzarbeit-Urteil II § 817 S. 2 als Fortsetzung der Nichtigkeitssanktion aus dem Allgemeinen Teil ein. Der Grund der Nichtigkeitssanktion ist der Verstoß gegen das SchwarzArbG. Das Telos der verletzten Norm, die Sanktionierung und Prävention von Schwarzarbeit, wird als Grund angeführt, den gesetzlich vorgesehenen Kondiktionsausschluss stehen zu lassen und nicht einzuschränken. Der Zugang zum Bereicherungsrecht, mit dem eine drittschädigende Kooperation doch abgesichert werden könnte, bleibt damit vollständig verwehrt – parallel zur Entscheidung über den Kauf eines Radarwarngerätes.[22] Dieser Einordnung liegt die Annahme eines teleologischen Gleichlaufs von Nichtigkeitssanktion und Kondiktionssperre zu Grunde, der darauf gerichtet sei, den Parteien den Zugang zum Recht zu versperren.[23]

C. Der Ausschluss des Bereicherungsausgleichs im Verhältnis von Kodifikation und Case Law

Mit ihren divergierenden Erkenntnissen und den skizzierten Methoden stehen die Schwarzarbeit-Urteile im Spannungsfeld von Kodifikation und Case Law, und damit von legislativer und judikativer Rechtssetzung. Zwischen diesen Begriffen stellen sich nun die Fragen, wie Sozialgestaltung durch richterliche Rechtsfortbildung erfolgt, inwieweit Wertungen zur Sozialgestaltung und Wertungen in den Generalklauseln genutzt werden und inwieweit Grenzen für solche richterlichen Wertungsentscheidungen bestehen.

I. Richterrechtliche Rechtsfortbildung

Am Anfang der Gesetzgebung steht eine politische Idee. Am Anfang der Urteilsfindung steht ein Konflikt. Dessen Beilegung ist Aufgabe der Rechtsprechung und seine Rechtsfragen zugleich die Grenze der richterlichen Betätigung.[24] Mit der Verabschiedung eines Gesetzes entsteht unzweifelhaft Recht. Doch auch in jedem Urteil als Akt der Rechtsanwendung durch das Gericht liegt ein Akt der Rechtssetzung.[25] Die allermeisten Urteile stellen eine Anwendung der kodifizierten Normen entsprechend einem tradierten Vorverständnis dar. Verlässt der Richter jedoch die gewöhnliche Rechtsanwendung im Rahmen der Individualkonfliktlösung und kommt zu einem neuen Ergebnis, betritt er den Boden der richterlichen Rechtsfortbildung.[26] Sind die im individuellen Streitfall aufgeworfenen und entschiedenen Fragen genereller aber unbekannter Natur, können aus dem Urteil Rechtssätze abstrahiert werden, die allgemeine Gültigkeit besitzen. Wenn eine oder mehrere plausible Grundsatzentscheidungen wahrgenommen werden und andere Gerichte diesen folgen, hat man den Entscheidungen die Qualität des Richterrechts zuerkannt.[27]

---

15 BGHZ 201, 1 (8, Rn. 25).

16 BGHZ 201, 1 (8, Rn. 25); vgl. BT-Drucks. 15/2573 S. 1, 17.

17 BGHZ 201, 1 (8, Rn. 25); vgl. BT-Drucks. 15/2573 S. 17.

18 BGHZ 201, 1 (8, Rn. 25).

19 BGHZ 201, 1 (9, Rn. 29).

20 Materiell sieht das SchwarzArbG 2014 in den §§ 8-11 eine differenziertere Sanktionssystematik vor und regelt neben der Zusammenarbeit der Behörden (§§ 6, 6a SchwarzArbG 2014) auch die Einrichtung einer zentralen Datenbank zur Erfassung von Fällen illegaler Beschäftigung (§ 16 SchwarzArbG 2014).

21 BT-Drucks. 15/2573.

22 Beiden Parteien, Käufer und Verkäufer des Radarwarngeräts, wird ein sittenwidriger Verstoß gegen die Rechtsordnung vorgeworfen, deren Schutz sie daher nicht verdienten, BGH, NJW 2005, 1490 (1491).

23 Mit weiteren Nachweisen: *Klöhn*, in: AcP 2010, 804 (846).

24 *Picker*, JZ 1984, 153 (154); Wegen des Verbots der Rechtsverweigerung ist es nicht nur Aufgabe, sondern zugleich Pflicht des Gerichts den vorgelegten Fall zu entscheiden, dazu: *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 571.

25 *Jestaedt*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 64; *Kelsen,* Reine Rechtslehre, 1960, S. 240.

26 *Jestaedt* (Fn. 25), S. 67; Zu „*praeter-legem*" und „*contra-legem*"-Judikaten auch *Diederichsen,* Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, 1974, S. 41.

27 *Picker*, JZ 1984, 153 (154).

II. Sozialgestaltung durch Richterrecht

Entscheidungen, bei denen sich nicht nur die Frage danach stellt, was recht ist (*ius est*), sondern auch danach was sozial oder moralisch wünschenswert ist und was legitim ist (*ius esto*), verlassen die bloße Rechtsfindung bzw. Rechtserkenntnis. Eine Lösung für den individuellen Konflikt überschreitet dann die Grenze zur rechtspolitischen Gestaltung, wenn sie das menschliche Zusammenleben durch Rechtssetzung gestaltet und soziale Ziele durch rechtliche Mittel erreichen will.[28]

Schmidt-Jortzig beschreibt Rechtspolitik in dieser Manier als das von einer bestimmten Zielvorstellung geleitete Hinarbeiten auf eine Veränderung oder Ergänzung der Rechtsordnung bzw. einzelner ihrer Gesetze und Vorschriften.[29] Der Begriff rechtspolitischer Sozialgestaltung ist dagegen enger und setzt einen Einfluss auf Individuen voraus. Das gesetzte Recht muss das Verhaltensrecht ändern. Dies ist bei vielen zivilrechtlichen und strafrechtlichen Gesetzen gegeben, meint aber insbesondere Fälle, in denen die Lösung des Sachverhalts in der Wirklichkeit in hohem Maß das individuelle Lebensmoment und die vermögensrechtlichen Beziehungen beeinflusst.[30] Die folgenden Entscheidungen zeigen wie sich Individualkonfliktlösung und soziale Ziele bei verschiedenen Gründen der richterlichen Rechtsfortbildung überlagern:

1. Arbeitsrecht: Betriebliche Versorgungsversprechen

Nur in seltenen Fällen werden Gerichte eigene „Rechtssätze aufstellen" bzw. Normen schaffen. Ein solcher Fall war jedoch das Urteil des BAG, dass einem Arbeitnehmer mit 20 Jahren Betriebszugehörigkeit, „dem vor seinem 65. Lebensjahr vom Arbeitgeber ordentlich gekündigt wird", die bis zu seinem Ausscheiden erdiente Versorgungsanwartschaft zusprach. In diesem speziellen Fall hat sich das BAG aufgrund einer Regelungslücke zum Aufstellen eines eigenen Rechtssatzes gezwungen gesehen.[31] Die Not, eine Lücke schließen zu müssen, ist häufiger und anerkannter Ausgangspunkt und Legitimationsgrund der richterlichen Rechtsfortbildung.[32] Eine echte Lücke liegt dann vor, wenn der Gesetzgeber einen Sachverhalt nicht vorhersehen konnte und ihn daher nicht geregelt hat. Zwar handelt es sich bei den betrieblichen Versorgungsversprechen um ein nicht geregeltes oder vorgesehenes Problem, doch bleibt die offene Rechtsschöpfung durch Richter wohl eine Ausnahme.

2. Persönlichkeitsrecht: Geldersatz für immaterielle Schäden

Der Geldersatz immaterieller Schäden ist ebenfalls eine höchst rechtspolitische Frage, geht es doch um die Zuweisung potentiell großer Vermögenspositionen. Auch hier war eine Regelungslücke zu füllen. Das Problem des Ersatzes immaterieller Schäden war dagegen vorhersehbar und wurde bei der Entwicklung des BGB gesehen und man entschied sich bewusst dagegen.[33] Trotzdem bejahte der BGH im „Herrenreiter-Urteil" den Ersatz des immateriellen Vermögensschadens.[34] Für die Ersatzfähigkeit wie den Nichtersatz existieren jeweils höchst plausible Begründungsmodelle. Wem der Vorzug eingeräumt wird, ist eine Wertungsentscheidung. Eine solche Wertungsentscheidung soll der reinen Rechtserkenntnis jedoch fremd sein: Für Flume ist die Begründung „nichts anderes als die Behauptung, daß sich aus dem Grundsatz der Unantastbarkeit der Würde des Menschen und dem Recht der Persönlichkeit der Anspruch auf Geldersatz" ergebe.[35] Da es jedoch um eine Persönlichkeitsverletzung durch die Presse geht, sei es eine politische Entscheidung in der Zuständigkeit des Parlaments als Gesetzgeber.[36]

3. Werkvertragsrecht: Schwarzarbeit

Im Fall des Schwarzarbeit-Urteil I sieht das Gesetz eigentlich die Kondiktionssperre des § 817 S. 2 vor. Erst unter Wertungs- und Billigkeitsaspekten ist zu überlegen, ob und inwieweit das Ergebnis des syllogistischen Schlusses nach Treu und Glauben korrigiert werden muss. Die Rechtssetzung liegt nicht in der Schließung von Lücken oder der Begründung oder Interpretation von Normen, sondern in der wertenden Korrektur dessen, was die gewohnte Rechtsanwendung ergibt. Diese Korrektur erfolgte im Rahmen der Kondiktionssperre anhand der Wertungen der Generalklausel des § 242. Auch hier bedeutet Richterrecht die Zuweisung von Vermögen und die Verwirklichung sozialer Ziele und damit Sozialgestaltung. Bemerkenswert ist, dass der BGH wie im Herrenreiter-Urteil aus Unbehagen und Wertungsaspekten das Recht fortbildet.

III. Über die Wertungsentscheidung des Richters zur Sozialgestaltung

Diese Wertungen und die Intensität des Streits um die Rechtsfragen sind Ausdruck dessen, dass es im Recht nicht immer eine klare Linie, nicht die eine wahre Erkenntnis gibt. In diesen Entscheidungen bot sich den Richtern nicht eine einzige, wahre Lösung an, die bloß zu erkennen war. Stattdessen war unter zwei oder mehreren plausiblen Wegen der Konfliktlösung eine Entscheidung zu treffen. Zum Ergebnis führen nicht nur die Schlüsse einer formalen Logik, sondern Abwägung und Wertung. Rechtssetzung durch Rechtsanwendung ist somit eine Wertungsentscheidung – mit rechtlichen und außerrechtlichen Bezügen.[37] Im Kontext der Sozialgestaltung, d.h. der Frage nach sozialen Zielen und rechtlichen Mitteln, spielen Wertungen zu ihrer Definition eine besondere Rolle.

Eine Wertungs- oder Billigkeitsentscheidung getroffen zu haben, kann daher kein prinzipieller Vorwurf sein, den man Urteilen macht, wo individuell eine andere Wertung vorgenommen wurde. Tatsächlich „trägt jede Auslegung schöpferische Züge, und kein Richterspruch ist reine Deduktion aus dem Gesetz".[38] Damit enthält jede Auslegung auch ein normausfüllendes, wertendes Element. Legt eine Norm

---

28 *Strempel*, RuP 1987, 12 (17).

29 *Schmidt-Jortzing*, ZG 2008, 126 (129).

30 Vgl. *Schmidt-Jortzing*, ZG 2008, 126 (129).

31 BAG, *Urteil* vom 10.3.1972, 3 AZR 278/71, Rn. 49.

32 *Jestaedt* (Fn. 25), S. 56.

33 *Flume*,Richter und Recht, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band II, Teil K, 1967, K 7.

34 BGHZ 26, 349; zum „tollkühnen Sprung" über § 253: *Bötticher*, in: MDR 1963, 353.

35 *Flume* (Fn. 33), K 9.

36 *Flume* (Fn. 33), K 11.

37 Vgl. *Diederichsen* (Fn. 26), S. 6.

38 *Röthel* (Fn. 3), S. 21.

mehr als eine Begriffsbedeutung nahe, so ist die erste Wertungsentscheidung erforderlich.[39] Ein besonders hohes Maß an Wertungen ist erforderlich, wo das Gesetz selbst wenig konkret ist. Besonders kritisch werden solche Wertungen beäugt, wenn sie einen hohen Sozialbezug zum Leben der Parteien haben. In den Schwarzarbeit-Urteilen beziehen sich die Wertungen des Gerichts auf das Prinzip von Treu und Glauben. Dies führt zu der Frage, wie Sozialgestaltung und Generalklauseln zusammenwirken.

IV. Sozialgestaltung und Generalklauseln

Der hier relevante § 242 ist aus seinem Wortlaut heraus kaum justiziabel. Es handelt sich um eine originär konkretisierungsbedürftige Norm, d.h. die Rechtsindividualisierung durch den Anwender ist immer und in besonderem Ausmaß erforderlich.[40] Bezüglich der Generalklauseln wird der Prozess der Normkonkretisierung als Normausfüllung verstanden.[41] Vergleichbar mit Güterabwägungsentscheidungen nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird der Rechtsanwender stets aufgefordert, die Normen zu konkretisieren und die fehlenden Entscheidungsanteile zu bestimmen.[42]

1. Notwendigkeit der wertungsoffenen Generalklauseln

Um Wertungen der Rechtsprechung in der Konkretisierung zu vermeiden, könnte der Gesetzgeber diese Aufgabe selbst durch Kodifikation übernehmen. Statt Generalklauseln müssten umfangreiche Kataloge von Tatbeständen aufgestellt werden.[43] Insbesondere bei der Neuordnung des SchwarzArbG 2014 hätte der Gesetzgeber in Kenntnis der Rechtsprechung eine explizite Regelung treffen können. Doch sind solche detaillierten Kataloge für den Anwender weder wünschenswert noch rechtssystematisch sinnvoll. Selbst wenn ein idealer Gesetzgeber die Mannigfaltigkeit von Verhalten voraussehen könnte, die potentiell seine Wertungen und Vorstellungen verletzen, sind Generalklauseln gerade in ihrer Unbestimmtheit notwendig.[44] Denn auch im Fall eines perfekten Gesetzgebers, würden stets bloß historische Vorstellungen kodifiziert und zementiert, die nicht die gegenwärtigen Lebensverhältnisse reflektieren.[45] Seit der Schaffung des BGB im ausgehenden 19. Jahrhundert haben seine Anwender ganz verschiedene disruptive Entwicklungen und einen enormen Fortschritt der Technik erlebt.[46] Der entscheidende Vorteil der Unbestimmtheit und der Regelungslücken liegt somit in der kontinuierlichen Konkretisierung der Generalklauseln, die das Recht schneller anpasst, als es Kodifikationsprozesse könnten. Eine vollständige Kodifikation erscheint daher weder praktikabel noch sinnvoll.

2. Delegationsakt

Die Generalklausel selbst enthält noch keinen Weisungsgehalt, sondern fordert auf, eine Norm zu bilden. In der Unvollständigkeit der Generalklausel liegt zugleich die Ermächtigung des Rechtsanwenders und damit des Richters die Norm auszufüllen und ihr einen Gehalt zu geben.[47] § 242 verbindet dabei den sittlichen Begriff von Treu und Glauben mit der Verkehrssitte, den „Standards" der Wirklichkeit. [48] Dies ermächtigt den erkennenden Senat im Rahmen der Konkretisierung zum Rückgriff auf „nicht positivierte Maßstäbe, Verkehrsanschauungen, Werturteile im Sinne einer sozialen Handlungsethik oder auch nur im Sinne der verkehrsüblichen Beurteilung von tatsächlichen Kriterien eines Umstandes".[49]

Die Notwendigkeit zu werten, wird für den Richter dadurch erhöht, dass er sich nicht dem Recht verweigern darf, sondern den Parteienkonflikt lösen muss.[50] Somit steht den Richtern in Anwendung von § 242 ein besonders hohes Maß an Wertungsfreiheit und damit auch Potential zur Rechtsfortbildung zur Verfügung.

V. Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung und Gestaltung

Unklar bleibt die Frage, welche Grenzen Wertungsentscheidungen und Sozialgestaltung in der richterlichen Rechtsfortbildung gesetzt sind.

1. „Funktionsgrenze"

Zwar wird der Begriff der „Funktionsgrenze" im Verwaltungsrecht in einem gänzlich anderen Kontext verwandt, doch er könnte auch im Verhältnis von Kodifikation und Case Law für Grenzen stehen. Möglicherweise sind all diejenigen Rechtsfragen besser vom Gesetzgeber zu lösen, deren Wertungsvorgänge einen hohen Komplexitätsgrad erreichen. Denn trotz der „vorzüglichen Qualifikation des Richters"[51] fehlt Juristen oft Spezialwissen über die betroffenen Lebensmomente, sodass bestimmte richterliche Wertungen besser durch Wissenschaftler anderer Fachrichtungen vorgenommen werden könnten. So fragt Flume, ob die Wertung des Herrenreiter-Urteils, dass sich aus dem Grundsatz der Menschenwürde und dem Recht der Persönlichkeit ein Anspruch auf Geldersatz bei der Persönlichkeitsverletzung ohne Vermögensschaden ergebe, nicht besser von Soziologen, Politologen oder Psychologen hätte vorgenommen werden müssen.[52] Es ergibt sich folglich eine Grenze der Expertise, sodass die Senate in ihrem Wertungsmaterial auf die Wahrnehmung, das Wissen und die Erfahrung ihrer Mitglieder beschränkt sind. Grundsätzlich besteht dieses Problem auch im Parlamentsbetrieb. Während die außerrechtliche Expertise vor Gericht aber auf bestimmte Gutachten beschränkt ist, unterhält die Legislative mit hohem Aufwand wissenschaftliche Dienste und Anhörungen vor Fachausschüssen. Vor Gericht ist die Kapazitätsgrenze externer

---

39 *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 67.

40 *Jestaedt* (Fn. 25), S. 65.

41 Ausführlich und mit weiteren Nachweisen: *Röthel* (Fn. 3), S. 21.

42 *Jestaedt* (Fn. 25), S. 56, 65.

43 Beispiele für Generalklauseln im Zivilrecht sind neben § 242 BGB auch §§ 138, 157, 307 Abs. 1 S. 2, 314, 626 BGB.

44 *Ipsen* (Fn. 39), S. 67.

45 *Kirchhof*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 71.

46 *Diederichsen* spricht von einer „hydraartigen Vermehrung der Rechtsprobleme" durch die Industrialisierung und den technischen Fortschritt. Dies habe zu einer „Hypertrophie der Rechtsprechung" geführt, die der Gesetzgeber kaum bewältigen könne. *Diederichsen* (Fn. 26), S. 8.

47 *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 57; vgl. *Ipsen* (Fn. 39), S. 65, 67.

48 *Esser* (Fn. 47), S. 57.

49 *Esser* (Fn. 47), S. 57.

50 *Röhl* (Fn. 24), S. 571.

51 *Diederichsen* (Fn. 26), S. 17.

52 *Flume* (Fn. 33), K9.

Expertise, durch die Wertungen umfassender werden, schnell erreicht. Die Grenzen der Expertise sind jedoch nicht derart, dass ihre Verletzung Rechtsfolgen nach sich zieht. *De lege* sind sie irrelevant, *de facto* eine zu bedenkende Schwierigkeit.

2. Grenzen des Fallbezugs

Das erkennende Gericht ist stets auf die Lösung des Individualkonflikts beschränkt.[53] Aus der Lösung des Einzelfalls lassen sich in Grundsatzentscheidungen zwar Rechtssätze abstrahieren, die Möglichkeiten einer umfassenden Regelung sind jedoch auf ein *obiter dictum* beschränkt. In diesem Sinne hat sich das BAG in oben zitierter Entscheidung zu Versorgungsanwartschaften selbst dahingehend beschränkt, dass es vergleichbare Fälle (z.B. mit kürzerer Betriebszugehörigkeit) nicht institutionalisieren wolle. Des Weiteren sei die umfassende Regelung des Verfallbarkeitsproblems dem „Gesetzgeber und den Tarifvertragsparteien vorbehalten, die viel weitergehende Erkenntnis- und Gestaltungsmöglichkeiten haben als das Richterrecht".[54] Dem BAG geht es somit weniger um die Legitimation der Gestaltung als den möglichen Gestaltungsumfang als Grenze der richterlichen Rechtsfortbildung.

3. Grenzen der Verfassung

Die Gerichtsbarkeit eines Rechtsstaates zeichnet sich insbesondere durch ihre Unabhängigkeit bzw. Neutralität und Fairness aus. Für das Vertrauen in die Rechtsordnung kommt den Geboten der willkürfreien und folgerichtigen Entscheidungstätigkeit daher eine hohe Bedeutung zu.[55] Weitere Vorgaben des Rechtsstaatsprinzips sind die Grundsätze der Bestimmtheit, der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit.[56] Diese Anforderungen werden an die parlamentarische wie die richterliche Rechtssetzung gestellt. Unabhängig vom Rechtsstaatsprinzip lässt sich fragen, ob Wertungsentscheidungen nicht prinzipiell besser beim Gesetzgeber aufgehoben wären. Das Gericht muss nicht nur mit weniger außerrechtlicher Expertise arbeiten als der Parlamentsbetrieb, sondern es ist auch in seiner Wertungsdiversität und Wertungspluralität begrenzt. Während im Deutschen Bundestag hunderte Abgeordnete sitzen, kommen Gerichtsentscheidungen selbst in größeren Senaten nur durch wenige Personen zu Stande. Daher könnte eine höhere Wahrscheinlichkeit bestehen, dass subjektive Anschauungen und individuelle Erfahrungen auf die Wertung durchschlagen und die Wertungen im Milieu der Richterschaft tendenziell ähnlich sind.[57] Diese Argumentation verkennt jedoch einen Kernvorteil des Richterrechts: Die rechtliche und faktische richterliche Unabhängigkeit. Richter müssen nicht alle vier Jahre eine Wahl gewinnen, sodass der Richter weniger stark als ein Abgeordneter widerstreitenden Interessen ausgesetzt ist und daher stärker Gerechtigkeit garantieren kann.[58] Die Frage, ob Wertungen besser durch den Gesetzgeber vorzunehmen wären, ist solange klar zu beantworten, wie Gesetze den Richter als Rechtsanwender systemimmanent zur Wertung auffordern. Daher ist eine richterliche Wertung nicht nur zulässig und nahezu unvermeidbar, sondern vorgesehen. Der Richter muss entscheiden und somit werten. Die Frage, welches Maß an Wertungen zulässig ist, bleibt jedoch bestehen.

4. Grenzen zu politischen Entscheidungen und *judicial self-restraint*

Jede Entscheidung und jede Gewaltausübung des Richters bedarf einer legitimierenden Verbindung zur bestehenden Rechtsordnung.[59] Ein Element dieser Verbindung ist die Gewaltenteilung. Kernaufgabe der Legislative ist die Normsetzung. Sie trifft primär eine gestaltende Funktion. Die Exekutive und Judikative übernehmen den Vollzug. Sie wenden Recht an und vollziehen es so gleichermaßen. Gestaltung und Politik sind im westlichen Demokratieverständnis Aufgabe der Legislative. Wo die Frage von Anwendung oder Nichtanwendung einer Norm zur Frage nach der Zuweisung von Vermögen und der Gestaltung individueller Lebensverhältnisse wird, wird aus der vermeintlichen Anwendungsfrage jedoch erneut eine politische Entscheidung. Die klare Funktionsgliederung des Staates wird bei starker Gestaltung durch Richter nicht mehr eingehalten. Daher ist sozial-gestaltendes Richterrecht primär ein Problem der Gewaltenteilung.[60] Je politischer eine Entscheidung ist, desto eher greift ein Urteil in den Gestaltungskreis ein, der mit der Legislative assoziiert ist. Je weniger reine rechtstechnische Fragen und je stärker Fragen von Billigkeit, Moral und Legitimität Teil der Entscheidung sind, desto politischer ist eine Entscheidung. Wann ein Urteil so politisch ist, dass die Entscheidung eine Legislativ-Entscheidung ist, ist kaum klar zu beantworten, handelt es sich doch erneut um eine Wertungs- und Abwägungsfrage. Dennoch können die Richter in der Rechtsfortbildung auf Grundlage neuer moralischer und politischer Vorstellungen beschränkt sein:

a) Judicial self-restraint

Eine solche Grenze innerhalb der Rechtsordnung zu normieren, ist denkbar schwierig.[61] Im Verfassungsrecht der USA hat sich daher das Konzept der Selbstbeschränkung der Gerichte, *judicial self-restraint*, und der Gegenbegriff des *judicial activism* entwickelt.[62] Gemeint ist die bewusste Zurückhal

---

53 *Strempel*, RuP 1987, 12 (15).

54 BAG, *Urteil* vom 10.3.1972, 3 AZR 278/71, Rn. 50.

55 *Bumke*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 3, 40.

56 *Bumke* (Fn. 55), S. 42

57 *Meier-Hayoz*, JZ 1981, 417 (421).

58 *Ipsen* (Fn. 39), S. 132.

59 *Bumke* (Fn. 55), S. 34.

60 Vgl. *Ipsen* (Fn. 39), S. 128 ff.

61 Das Problem liegt weniger im System als in der Bewertung der Grenze. Nach dem Verständnis von *Kelsen* ist „die Rechtsordnung ein System von generellen und individuellen Normen, die miteinander dadurch verbunden sind, daß die Erzeugung jeder zu diesem System gehörigen Norm durch eine andere Norm des Systems und in letzter Linie durch seine Grundnorm bestimmt ist". In diesem Denken wäre es also möglich die Normen, die die Rechtserzeugung durch Gerichte determinieren insoweit einzuschränken, als bestimmte Inhalte nicht erzeugt werden dürfen. Problematisch ist vielmehr, dass sich aus den Normen des Verfahrens höchstschwierig eine klare Grenze zu den zu erzeugenden Normen ziehen lässt, die möglicherweise zu stark gestalten würden, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 239.

62 *Röhl* (Fn. 24), § 72 S. 573; *Schuppert,* DVBl. 1988, 1191 (1192f.).

tung der Gerichte, das Recht nicht auf Basis veränderter moralischer und politscher Vorstellungen fortzubilden.[63] Ein Gericht soll nicht zum Gesetzgeber avancieren und eigene rechtspolitische oder soziale Zielsetzungen verfolgen. Das BVerfG hat sich ebenfalls den Grundsatz des *judicial self-restraint* auferlegt, um nicht „in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen".[64]

b) Unzulässigkeit des judicial activism im Zivilrecht

Diese Grenze hat das BVerfG auch der Zivilgerichtsbarkeit gezogen. Die Einordnung von Sozialplanabfindungen als Konkursforderungen kraft Richterrechts wurde vom BVerfG für verfassungswidrig befunden, da es sich um eine Entscheidung aus „sozial*politischen* Gründen" handele.[65] Somit dürfen in diesem Konzept durch die Richter keine eigenen rechts- oder sozialpolitischen Überzeugungen verwirklicht werden oder rechtspolitische Entscheidungen des Gesetzgebers verworfen werden.[66] Zulässig könnte in der richterrechtlichen Rechtsfortbildung aber diejenige politische Wertung sein, in der sich ein rechtspolitscher Konsens widerspiegelt.[67]

D. Schlussgedanken

Als Reaktion auf sein erstes Schwarzarbeiter-Urteil wurde dem BGH vorgeworfen, *contra legem* entschieden zu haben.[68] Wäre dieser Vorwurf haltbar, so hätte das Urteil eine Grenze der Rechtsfortbildung des Verfassungsrechts verletzt. Denn in ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist ein Normverständnis unzulässig, „das in Widerspruch zum Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers" steht.[69] Zwar blieb diese Grenze nicht ohne Kritik,[70] sie ist jedoch verfassungsrechtlich gezogen worden. Im Fall des ersten Urteils zur Schwarzarbeit lässt sich aus der Einschränkung des § 817 S. 2 über die Generalklausel des § 242 noch kein Vorwurf der Verfassungswidrigkeit oder des *judicial activism* ziehen; sind doch gerade die Ansprüche des Bereicherungsrechts in besonderer Weise Billigungen und weiten Wertungsspielräumen unterworfen.[71]

In Bezug auf das Schwarzarbeit-Urteil II ist aus dem veränderten materiellen Recht nicht zwingend eine Wertung iS. der Kondiktionssperre zu sehen. Das veränderte materielle Recht dient einer Vielzahl von Interessen z.B. fiskalischen.[72] Ausschlaggebend ist für den BGH die Begründung des Entwurfs, sodass er sich auf den politischen Willen des Gesetzgebungsverfahrens bezieht. Zwar ist die Meinung der Fraktion nicht die Meinung des Gesetzgebers als Ganzes, doch sie ist ein Indiz rechtspolitischer Ideen. Die Positionen der Regierungsfraktionen haben eine ausreichende Zahl Bürger überzeugt, die den Parteien, aus denen sich die Fraktionen zusammensetzen, ihre Stimme gegeben haben. Die klare Wertung, dass „Schwarzarbeit kein Kavaliersdelikt" sei, zitiert der BGH 2014 aus dem genannten Fraktionsdokument und macht sich so eine Wertung derjenigen zu eigen, die die Mehrheit des Volkes repräsentieren. Die Fraktion ist hier Sprachrohr einer gesellschaftlichen, rechtspolitischen Wertung. Dies macht die Wertung der BGH-Richter geradezu demokratisch. Sie haben somit der aktualisierten Haltung der Gesellschaft zur Schwarzarbeit durch Richterrecht Ausdruck verliehen. Das Überdenken eines Gesetzes oder Rechtssatzes im veränderten sozio-kulturellen Kontext soll gerade durch richterliche Rechtsfortbildung möglich sein.[73]

Richterrecht lässt sich stets nur anhand der kommunizierten, externen Entscheidungsgründe verstehen. Interne Beweggründe und komplexe Wertungen sind naturgemäß weder erkennbar, noch von einer höheren Instanz überprüfbar.[74] Dennoch können auch sich materiell widersprechende Urteile in höchstem Maße plausibel sein. Ob das zweite Schwarzarbeit-Urteil II nun das „wahre" Urteil ist und die Rechtslage „wahrhaft" erkannt hat und, ob es eine juristische Wahrheit und einen Wahrheitsanspruch der Rechtsprechung überhaupt geben kann, bleiben offene Fragen.

---

63 *Röhl* (Fn. 24), § 72 S. 573f.; Als führende Stimme des *judicial self-restraint* gilt der Richter des US Supreme Courts Felix Frankfurter: Trop v. Dulles, 356 U.S. 86, 120 (1958): „But it is not the business of this Court to pronounce policy. (...) That self-restraint is of judges to sit in judgment on the wisdom ofwhat Congress and the Executive Branch do."; Levinson, 25 Stanford Law Review 1973, 430 (439-440, 446).

64 BVerfGE 36, 1 (14).

65 BVerfGE 65, 183 (194).

66 *Bumke* (Fn. 55), S. 41; Eine besondere Zurückhaltung der Rechtsprechung bzgl. des Gleichheitssatzes bejahte das BVerfG auch für „wirtschaftslenkende Maßnahmen", BVerfGE 18, 315 (331f.).

67 *Meier-Hayoz*, JZ 1981, 417 (421).

68 *Tiedtke*, DB 1990, 2307 (2310); ebenso *Lorenz*, in: Staudinger (Fn. 14), § 817 Rn.10.

69 BVerfGE 124, 25 (39); 71, 81 (105); 95, 64 (93).

70 Zur Ansicht, dass es neben dem Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG keine festen Grenzen für die richterliche Rechtsfortbildung gibt: *Bumke,* in: FS Kirchhof, Bd. I, 2013, S. 994 Rn. 30.

71 Siehe Fn. 4.

72 BT-Drucks. 15/2573, S. 2.

73 *Bumke* (Fn. 55), S. 41.

74 Externe und interne Entscheidungsgründe müssen nicht zwingend auseinanderfallen. Vielmehr könnte die juristische Methodik derart vom Richter internalisiert worden sein, dass er sich ihrer – auch des Syllogismus – intern bedient. Vgl. *Diederichsen* (Fn. 26), S. 16.

Jonathan Friedrichs*

Zwischen Positivismus und Postmoderne: Herausforderungen für das Recht im 21. Jahrhundert

Symposium am 27. Oktober 2016 an der Bucerius Law School

Am 27. Oktober 2016 fand im Moot Court der Bucerius Law School das Symposium „Zwischen Positivismus und Postmoderne: Herausforderungen für das Recht im 21. Jahrhundert" statt. Die Initiatoren Dr. Christian Becker, Dr. Gabriele Buchholtz und Dr. Johanna Croon-Gestefeld formulierten als Ziel, einen Beitrag zu einer „Standortbestimmung für das kontinentaleuropäische Rechtsdenken" leisten zu wollen. Vor dem Hintergrund der sprachanalytischen Erkenntnisse des 20. Jahrhunderts und einer daraus resultierenden Unsicherheit hinsichtlich der Grundlagen auch des Rechts sei auszuloten, in welche Richtung man im 21. Jahrhundert schauen könne. Im Zentrum stand die Frage: Kann ein – möglicherweise modifizierter – Gesetzespositivismus in Zukunft adäquate Antworten auf rechtliche Probleme liefern oder muss langfristig umgedacht werden? Wie ist zu reagieren auf die Forderung eines „starken Staats" angesichts vielfältiger Bedrohungen von innen und außen?

Dr. Dr. Kai-Michael Hingst, Partner bei der Kanzlei White & Case, eröffnete die Veranstaltung, indem er die Wichtigkeit der Auseinandersetzung mit rechtsphilosophischen Grundlagen aus Sicht der Praxis hervorhob. Grundsätzlich stünden sich Theorie und Praxis zwar als Antagonisten gegenüber; eine einzelne erfolgreiche Beratung, etwa im Bankenaufsichtsrecht, lasse sich auch ohne fundierte rechtsphilosophische Kenntnisse und Überlegungen bestreiten. Jedoch müsse ein Jurist gerade auch die tragenden, möglicherweise schwankenden Säulen seines Fachs erkennen und verstehen lernen, um langfristig praktisch reüssieren zu können. Mit der Fähigkeit zur Reflexion der eigenen Position zeigten sich Relevanz und Potential von Rechtstheorie und -philosophie für die juristische Tätigkeit auf anderer und noch höherer Ebene, als sie bereits etwa im Studium antiker juristischer Texte zur Steigerung eigener rhetorischer Fähigkeiten auszumachen seien.

Prof. Dr. Günther Ortmann vom Reinhard-Mohn-Institut für Unternehmensführung der Universität Witten-Herdecke gab unter dem Titel „Als Ob. Über notwendige Fiktionen im Alltag in der Ökonomie und im Recht" den ersten Impuls aus nicht juristischer Perspektive. Überall, in allen gesellschaftlichen Prozessen und sicher geglaubten, festen Fundamenten stecke „ein untilgbarer Schuss von Fiktionalität". Dabei sei zu differenzieren zwischen notwendigen (realisierten) und kontingenten (literarischen etc.) Fiktionen. Diese beiden Arten von Fiktionalität unterschieden sich durch ihren performativen Charakter – während kontingente Fiktionen häufig offen als solche erkennbar seien, müssten notwendige Fiktionen latent bleiben, dürften sich nicht unmittelbar als fiktional offenbaren und hätten den Anspruch auf Realisierung. Notwendige Fiktionen zeigten sich überall – in der „Konsensfiktion" des Eheversprechens, der „Generierung von Realität", die jede unternehmerische Planung für die Zukunft voraussetze oder der Annahme der bloßen Möglichkeit richterlicher Unparteilichkeit im Rechtsstaat. So wie Geld erst durch einen performativen Sprechakt, durch das Beimessen von Wert und die Fiktion, es habe diesen tatsächlich, zum Zahlungsmittel werden könne, beruhten auch juristische Begriffe auf einem solchen fiktionalen Moment. Auch die Annahme von Zurechnung, Schuld etc. konstituiere sich erst aus der Fiktion ihres Bestehens. So sei denn auch die juristische Person eine bloße „Tautologie" im Sinne Max Webers,[1] könne es dem Wortsinn nach niemals eine natürliche Person, also eine ohne fiktionale Anteile in ihrer Konstruktion, geben. Keinesfalls sei die Annahme eines solchen Modells jedoch lähmend. Werde ein „starker Staat" benötigt, so werde er fingiert. Die Funktionsfähigkeit weder von Unternehmen noch irgendwelcher sonstigen Prozesse würde darunter leiden – die einzige Nicht-Fiktion sei die Wirklichkeit. Die darin stattfindende Praxis sei von der außerhalb stehenden Theorie nicht betroffen.

In seinem Vortrag „Kontextabhängigkeit von Recht und Rationalität" wagte Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem, Affiliate Professor an der Bucerius Law School, einen Blick in die Zukunft und stellte die Vorstellung eines „digitalen Neopositivismus" vor. Die traditionellen Rationalitätsvorstellungen mit der Voraussetzung eines klar definierten Bezugsystems seien in der fragmentierten, pluralistischen modernen Gesellschaft erschüttert. Deshalb stehe in Frage, ob mit herkömmlichen juristischen Methoden noch eine ausreichende Sicherungswirkung für die Lösung rechtlicher Probleme verbunden sei. Das Recht selbst offenbare verschiedentlich Anstöße für Neuansätze: Die Offenheit von Normen in ihren Formulierungen, die notwendigerweise häufig auf poröse, ausfüllungsbedürftige Begriffe ausweichen müssten, um auf eine Vielzahl von Sachverhalten reagieren zu können, zeige sich heutzutage noch einmal verstärkt im „Pluriversum" europäischer Rechtsetzung. Angesichts nicht absehbarer Folgen sehe sich der Gesetzgeber immer wieder veranlasst – wie im Fall der Regelung der Präimplantationsdiagnostik und anderer Maßnahmen in der Fortpflanzungsgesetzgebung – Abschätzungen über gesellschaftliche Wirkungsdimensionen mit in die Normsetzung einzubeziehen. Im Lichte dieser Entwicklungen sei Rechtsanwendung zwangsläufig mehr als bloße Subsumtion, sondern bedürfe einer Maßstabsergänzung, um der Optionenvielfalt gleichermaßen gerecht und Herr werden zu können. Rein positivistische Deduktion aus dem gegebenen Normenmaterial reiche nicht mehr aus. Angesichts dessen, dass der Weg einer Entscheidung von ihrer Findung zu ihrer Darstellung häufig einer „Abdunkelung des Herstellungsprozesses"[2] gleichkomme, sei

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

1 *Max Weber*, Rechtssoziologie, in: *ders.*, Wirtschaft und Gesellschaft[5], 1985, 397, 424.

2 *Arno Scherzberg*, Wird man durch Erfahrung klug? – Altes und Neues zum Klugheitsbegriff, 2008, 14.

en auch herkömmliche Begründungstheorien nicht ausreichend; der Fokus der Reflexion juristischer Argumentation und Subsumtion müsse sich zur (richterlichen) Entscheidung selbst verschieben. Wohin in der Zukunft der Weg führe, sei ungewiss. Der wachsende Einfluss von Legal Tech auf die Rechtsanwendung sei nicht zu unterschätzen – die Möglichkeiten von Standardverträgen (sog. *smart contracts*) und prognostizierenden Analysen von Gerichtsurteilen ließen besser vorhersagbare, möglicherweise rationalere gerichtliche Entscheidungen auf der Basis von Algorithmen nicht vollkommen abwegig erscheinen. Sollte die Entwicklung in diese Richtung fortschreiten, könnte dies das Erstarken eines „digitalen Neopositivismus" bedeuten, im Zuge dessen allerdings der Herstellungsprozess einer Entscheidung auf dem Weg zu ihrer Darstellung möglicherweise nicht nur technisch abgedunkelt sei, sondern gleichsam in einer digitalen „Dunkelkammer" vonstattengehe.

Dem im Vortrag von Herrn Hoffmann-Riem bereits aufgeworfenen Aspekt der Rationalitätskontrolle bei gerichtlichen Entscheidungen widmete sich Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli von der Universität Hamburg aus der Perspektive des Strafrechts („Rationalitätskontrolle bei strafrechtlichen Wertungsakten"). Im Strafprozessrecht biete § 337 StPO eine Revisionsmöglichkeit, wenn eine Norm nicht oder nicht richtig angewendet worden sei. Die Revisionsrechtsprechung lasse den vorinstanzlichen Gerichten in der Regel einen nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum; einen Spielraum, der eingreift, wenn eine andere Beurteilung möglich gewesen wäre (so z. B. bei der Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal der „niedrigen Beweggründe" des § 211 Abs. 2 StGB). Angesichts dessen stoße die revisionsrechtliche Rationalitätskontrolle in einigen Fällen an ihre Grenzen; zunächst wegen ihres Zwecks, keine zusätzliche Tatsacheninstanz darzustellen. Juristische Subsumtionsarbeit aber erfordere das Nebeneinander von Sachverhalt und Tatbestand, um im Rahmen juristischer Hermeneutik gemeinsam betrachtet werden zu können und durch eine sukzessive Annäherung, im Zuge eines „Hin- und Herwandern"[3] des Blicks vom zu konkretisierenden abstrakten Tatbestand und dem zu abstrahierenden konkreten Sachverhalt, zu einer Lösung zu kommen. Die zweite Grenze offenbare sich bei allen vorinstanzlichen richterlichen Wertungsakten und Regelbildungen, denen bei der Ausfüllung normativer Tatbestandsmerkmale evaluative, höchstpersönliche Bedeutung zukomme. Dieser Maßstab des Höchstpersönlichen sei aber auf ein Mindestmaß zu reduzieren und jede Einschränkung der Rationalitätskontrolle bedürfe einer Begründung, damit richterliche Entscheidungen einer Anerkennung würdig seien. Aus einer Analyse der Revisionskriterien von Konsistenz und Vertretbarkeit, die die Grenzen der Entscheidungsfindung des Richters darstellten, könne ein Maßstab entwickelt werden, der höchstpersönliche Anteile des Wertungsaktes zu eliminieren imstande sei. Mithilfe derartiger Kriterien könne die Rationalitätskontrolle strafrichterlicher Wertungsakte in größerem Umfang erfolgen. Entgegen der herkömmlichen Rechtsprechung solle nicht die Überprüfbarkeit, sondern die Nichtüberprüfbarkeit vorinstanzlicher Entscheidungen eine gut begründete Ausnahme bleiben.

Prof. Dr. Jochen Bung von der Universität Hamburg schaute aus der weit geöffneten Perspektive der Rechtsphilosophie auf das Bild des Rechtszustands „zwischen Positivismus und Postmoderne", versetzte sich dafür in naturrechtliche Zeiten zurück und beschloss das Symposium mit einem Vortrag zu den Perspektiven, die die Lektüre von Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts bieten könne. Er stellte damit auch den Bezug zur Eröffnung der Veranstaltung wieder her, indem er der Rechtsphilosophie und den Grundlagen des Rechts genau jene Eigenschaft zuschrieb, sich (als Jurist) in ein anderes, umfassenderes Verhältnis zum Recht setzen zu können, das Herr Hingst zu Anfang als das juristische Theorie und Praxis verbindende Element beschrieben hatte. Ein Aspekt unter den vielen hervorgehobenen – Hegels Vorstellung des Staates als ein in sich Vernünftiger, zu starkem Recht fähiger, (Gemein)wohl als Recht bietender etc. – sei hier herausgegriffen: Hegels spekulative Methode könne dem Juristen ein Anstoß sein, nicht nur das eine, spezielle Moment des Rechts, sondern den ganzen, es einbettenden Kontext, die wesentlichen Zusammenhänge im Blick zu behalten und verstehen zu wollen. Dies nicht nur innerhalb der eigenen Rechtsordnung zu tun, sondern Recht immer auch gleichzeitig als eine Art „Weltrecht" zu begreifen und damit als ein europäisches, wenn nicht in ein globales Gefüge sich einordnendes Element, könne Hegel mit seinen Grundlinien der Philosophie des Rechts anregen.

---

3 *Karl Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1963, 15.

Redaktion der Ausgabe 2/2016

Julia Bräuer
Kai Bruns
Paul Bülow
Katja Büschler
Carl Crüwell
David Dietsch
Ben Fuhrmann
Julia Heß
Fabian Hoell
Maximilian Kunzelmann
Andreas Lange
Julius Lange
Georg Lorenz
Oliver Neuner
Philipp Overkamp
Fabian Paehr
Christoph Rathert
Isabelle Stein
Kilian Wegner

Korrespondierender Beirat

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

Bucerius Law Journal
November 2016
Heft 2/2016
Seiten 1 - 52

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 Überdendung 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 zweimal jährlich.

Covergestaltung: gürtlerbachmann Werbung GmbH