

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Redaktion

Caspar Behme, Thomas Straub, *Chefredakteure*

David Beitz, Stellv. *Chefredakteur*

Robert Kilian

Christoph Peterek

Nicole Betz

Maximilian Ried

Jens Benninghofen

Thomas Wallrich

Denise DiStefano

Kathrin Bausch

Anna-Fiona Donecker

Radmila Petrovic

Katharina Priebisch

Louisa Hansen

Anna-Katharina Hübler

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Christian Baldus

Dr. Jürgen Bast, Dipl.-Soz.

Dennis Blechinger

Prof. Dr. Winfried Brugger, LL.M.

Prof. Dr. Dieter Dölling

Prof. Dr. Burkhard Heß

Dr. Friedemann Kainer

PD Dr. Stephan Kirste

Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M.

Dr. Christian Laue

Dr. Steven Less, J.D.

Prof. Dr. Thomas Lobinger

Prof. Dr. Ute Mager

Daniela Mattheus

Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxon.)

Dr. Ulrich Palm

PD Dr. Dagmar Richter

PD Dr. Christoph Teichmann

Prof. Dr. Christian Walter

Dr. Nika Witteborg

Aus der Redaktion ausgeschiedene Gründungsmitglieder:

Lenas Götz, Thomas Böhle, Moritz Feldmann, Joachim Kannegießer,

Daniel Soudry, Tobias Abend, Nicolas Nohlen

Z 9101

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

- Dr. Hans Michael Heinig**
Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes als Imagination des Politischen 3
- Barbara Rox**
Innerstaatliche Folgen des Stabilitäts- und Wachstumspaktes: Bedarf es einer rechtsförmigen Verteilung der zulässigen Schuldenquote auf Bund, Länder und Kommunen? 17
- Martin Groß-Langenhoff**
Rechtsprobleme bei der Kapitalerhöhung in der Aktiengesellschaft 43
- Thorsten Zetsche/Robert Kilian**
Die konsensuale Erledigung im Strafprozess 67
- Keve Zombor Kovács**
Die historische Auslegung im Gemeinschaftsrecht – Eine Analyse anhand von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2004 95

Methodik

- Prof. Dr. Sebastian Heselhaus, M. A./Kai Peter Purnhagen**
Übungsfall: „Vandalismus im Wahlkampf – Zur Rechtmäßigkeit eines Kostenbescheids im Polizeirecht“ 129
- Tobias J. Abend/Dr. Boris P. Paal, M. Jur. (Oxon.)**
Klausur im Probeexamen: „Vom Winde verweht ...“ 153

Rechtsprechungsanalyse

- Dr. Dr. Frank Theisen**
Das Vorkaufsrecht bei der Erteilsveräußerung 169
- Moritz Lange**
Der Fall Mangold – Das Verbot der Altersdiskriminierung im Europarecht 189

Rezensionen

- Buchrezension zu *Ulrich Haltern* „Europarecht. Dogmatik im Kontext“
(Nicolas Nohlen) 205
- Rezension zum Lernspiel „Recht Clever, Strafrecht AT“ (Katharina Priebisch) 207

Aufsätze



Dr. Hans Michael Heinig*

Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes als Imagination des Politischen

Abstract

Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes ist nach der gängigen Dogmatik normativ nicht sonderlich gehaltvoll. Der Beitrag versucht deshalb, sich dem Sozialstaatsprinzip einmal mit dem Instrumentarium der Kulturtheorie des Rechts zu nähern. Ein prominenter Vorschlag innerhalb dieser relativ neuen Schule in den Rechtswissenschaften geht dahin, die Verfassung als eine Imagination des Politischen zu begreifen. Folgt man diesem Pfad, liegt es nahe, unterschiedliche Verfassungskulturen als unterschiedliche Imaginationen des Politischen zu kontrastieren, etwa eine belligerante US-amerikanische und eine sozialstaatliche deutsche Imagination. Zugleich aber ist vor Überzeichnungen zu warnen: Der Leviathan wandelt sich als Sozialstaat nicht unter der Hand zum Schoßhund. Der Sozialstaat führt deshalb zwar zu einer eigenständigen, keineswegs jedoch harmlosen Imagination des Politischen.

* Deutsche Fassung eines im Rahmen des interdisziplinär angelegten und international zusammengesetzten SIAS-Seminars „The Political“ (Law School, Yale University/Wissenschaftskolleg zu Berlin) im August 2006 vorgestellten Arbeitspapiers. Der Verfasser ist wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Sozialrecht, Staats- und Verwaltungsrecht, Allgemeine Staatslehre, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Nähere Informationen zur Person unter http://www.haverkate.uni-hd.de/mitarbeiter_heinig.htm.

I. Der Sozialstaat in der deutschen Verfassungsordnung

Die Sozialstaatlichkeit gehört zu den zentralen Charakteristika der durch die Verfassung konstituierten deutschen Staatlichkeit. Für die Mütter und Väter des Grundgesetzes war sie so unverzichtbar, dass sie das Sozialstaatsgebot in den Katalog derjenigen Verfassungsprinzipien aufgenommen haben, die unter der geltenden Verfassung ewig Bestand haben sollen und nur um den Preis eines Verfassungsbruchs beseitigt werden können (Art. 79 Abs. 3 GG). Art. 79 Abs. 3 GG positiviert die von *Carl Schmitt* prominent gemachte Unterscheidung zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz: während das einzelne Verfassungsgesetz durch den Verfassungsgesetzgeber geändert werden kann, soll die Gesamtverfassung nicht ohne einen das Recht transzendierenden politischen Akt, eine Revolution, verwandelt werden können – so *Schmitt* in seiner Verfassungslehre von 1928.¹ Art. 79 Abs. 3 GG nimmt diese Idee auf, indem bestimmte Verfassungsmerkmale der Verfassungsänderung entzogen werden. Zu diesen – jeder demokratischen Verfügbarkeit entzogenen und damit quasi entpolitisierten – Merkmalen zählen die Unantastbarkeit der menschlichen Würde (Art. 1 Abs. 1 GG) sowie der Charakter des Staates als Demokratie, Republik, Bund, Rechtsstaat und Sozialstaat (Art. 20 Abs. 1 GG). Betrachtet man die der Staatsstruktur gewidmeten Prinzipien nun näher, fällt ein signifikanter Unterschied zwischen den Grundsätzen der Demokratie, Bundesstaatlichkeit, Herrschaft des Rechts und Republikanismus einerseits und dem des Sozialstaates andererseits auf. Die vier erstgenannten Merkmale weisen eine lange verfassungsgeschichtliche Tradition auf, sie sind in der politischen Philosophie der Neuzeit durchbuchstabiert und werden im Grundgesetz durch detaillierte Regelungen näher konkretisiert. An einem sozialstaatlichen „Meisterdenker“ fehlt es hingegen in der politischen Ideengeschichte;² auch in der Verfassungsgeschichte spielt die Verankerung des Sozialstaates keine besondere Rolle und dem Grundgesetz selbst sind auf den ersten Blick auch kaum Angaben zu entnehmen, was denn unter „Sozialstaat“ im Sinne der Verfassung zu verstehen ist, insbesondere welche normativen Konsequenzen aus dem Verfassungsprinzip zu ziehen sind. Dies veranlasst zu der Frage, was eigentlich die Stellung des Sozialstaatsprinzips im erlauchten Kreis der mit Höchstrelevanz ausgestatteten Verfassungsgüter rechtfertigt. Die im Folgenden zu entfaltende Antwort lautet: ungeachtet der geringen Traditions- und Theoriedichte des Sozialstaatsprinzips ist seine Bedeutung auch jenseits rechtsdogmatischer Gehalte, in der ihm eigenen symbolischen Verdichtung zu suchen.

¹ *Schmitt*, Verfassungslehre (1928), 8. Aufl. 1993, S. 11 f. und öfter.

² Als solcher kommt in der Sache am ehesten *Lorenz von Stein* in Betracht, der einem breiteren – und internationalen – Publikum aber wohl unbekannt sein dürfte. Zur Bedeutung von Steins für die Ausbildung der Sozialstaatsidee näher *Böckenförde*, Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat (Orig. 1963), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 170 ff.; vgl. a. *Heinig*, Antagonisten im Kontext der politischen Philosophie des Sozialstaates: Lorenz von Stein und Robert Nozick, in: Kleczewski u. a. (Hrsg.), Die Idee des Sozialstaates, 2006, S. 45 ff.

II. Zur Verfassungsdogmatik des Sozialstaates

Zunächst noch einige Erläuterungen zu der Aussage, dass das Sozialstaatsprinzip im Textkörper des Grundgesetzes eigentümlich wenig profiliert wird. Anhalt im Text finden wir für ein der Verfassungsdogmatik zuzuordnendes „Sozialstaatsprinzip“ an drei Stellen: in Art. 20 Abs. 1 GG („Die Bundesrepublik Deutschland ist ein ... *sozialer* Bundesstaat“), in Art. 28 Abs. 1 GG („Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muss den Grundsätzen des ... *sozialen* Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen“) und in Art. 23 Abs. 1 GG („Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung einer Europäischen Union mit, die ... *sozialen* Grundsätzen verpflichtet ist.“). Von der Aufnahme sozialer Grundrechte, wie sie etwa die Weimarer Reichsverfassung kannte und einzelne Länderverfassungen sowie die Europäische Grundrechtecharta kennen, haben die Mütter und Väter des Grundgesetzes hingegen bewusst abgesehen. Sonstige Regelungen, die sich explizit den sozialstaatlichen Aktivitäten des Staates widmen, sind rar. Art. 87 II GG erwähnt Sozialversicherungsträger (und regelt, ob diese juristische Personen des Bundes oder Länder sind) und Art. 74 Abs. 1 GG führt Gesetzgebungskompetenzen für Bereiche auf, die klassischerweise dem Sozialstaat zuzuordnen sind, etwa der öffentlichen Fürsorge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7), der Versorgung von Kriegsversehrten (Nr. 10) und der Sozialversicherung (Nr. 12).

Vor dem Hintergrund dieser verfassungstextuellen Ausgangslage hat sich in der deutschen Rechtswissenschaft ein Kanon an Aussagen über das Sozialstaatsprinzip ausgebildet, die insbesondere die Grenzen der Verfassungsbestimmung unterstreichen:

1. Das Sozialstaatsprinzip sei ein echter Rechtssatz und nicht bloß politisches Programm.³
2. Es ermächtige und verpflichte den Staat zu gewissen sozialstaatlichen Aktivitäten. Dieser habe „für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen“.⁴ Der Staat sei deshalb zu einem gewissen Minimum sozialer Aktivitäten verpflichtet (Untermaßverbot).
3. Der Inhalt dieser Aktivitäten sei historisch präfiguriert durch die sozialen Notlagen des ausgehenden 19. Jahrhunderts, auf die die Ausbildung des Sozialstaates in Deutschland eine Antwort geben wollte (soziale Frage als Arbeiterfrage)⁵, er sei zugleich aber auch offen für neue Nöte und Bedrängnisse (Sozialstaat als offener Prozess).⁶ Das Sozialstaatsprinzip verpflichte den Staat deshalb nicht auf die Be-

3 Anders hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Status noch *Forsthoff*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates (1954), in: ders. (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 165 ff.

4 BVerfGE 59, 231 (262).

5 In Frankreich dagegen ist die soziale Frage stets eher als Familienfrage und in Großbritannien eher als Armutsfrage thematisiert worden. Hieraus resultieren bis heute signifikante Unterschiede in den Strukturen sozialer Sicherheit. Siehe *Kaufmann*, Christentum und Wohlfahrtsstaat, in: Zeitschrift für Sozialreform 34 (1988), 65 ff.

6 *Zacher*, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?, in: Ipsen – FS, 1977, S. 207, 240 ff.

wahrung eines bestimmten sozialrechtlichen Status-quo. Konkret bestehende Leistungen und institutionelle Ausgestaltungen wüchsen durch das Sozialstaatsprinzip nicht in Verfassungsrang.

4. Subjektive Rechte ließen sich dem Sozialstaatsprinzip in der Regel nicht entnehmen, auch nicht in Verbindung mit einzelnen Grundrechtspositionen. Ausnahmen bildeten insoweit lediglich die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), der man das subjektive Recht hilfebedürftiger Personen auf staatliche Sicherung ihres Existenzminimums entnimmt,⁷ sowie das Recht auf Gesundheit und körperlichen Unversehrtheit, das zumindest eine staatliche Sorge um eine gesundheitliche Grundsicherung geboten erscheinen lasse.⁸
5. Die konkrete Zuordnung von individueller Eigensorge und solidarischer Fremdsorge sei weitestgehend dem demokratisch unmittelbar legitimierten Gesetzgeber überlassen.⁹ Dieser sei von Verfassungs wegen zuvörderst dazu berufen, über die Einräumung der konkreten sozialen Rechte und ihre Finanzierung zu entscheiden. Dabei sei ihm aus demokratietheoretischen wie pragmatischen Gründen ein erheblicher Spielraum zuzugestehen (Einschätzungsprärogativen und Ausgestaltungsmessen), der die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte auf ein Minimum reduziert.¹⁰

Damit ist insgesamt gesehen die verfassungsrechtliche Relevanz des Sozialstaatsprinzips recht überschaubar. Im Rahmen dieses Papiers kann und soll nicht der Frage nachgegangen werden, inwieweit diese in der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft vorherrschende „schlanke“ Dogmatik des Sozialstaates nicht doch ergänzungsbedürftig ist. Der Verfasser hegt insoweit die Vermutung, dass sich aus dem Zusammenspiel von Grundrechten und Staatsorganisationsrecht durchaus elaboriertere dogmatische Aussagen heraustreiben ließen. Unterstellt man aber einmal, dass sich der Gehalt des Sozialstaatsprinzips auf die genannten Merkmale beschränkt, lassen diese sich in zwei Sätze verdichten: *Der Staat darf und soll sich als Sozialstaat ausbilden. Weitere Einzelheiten hat der Gesetzgeber zu regeln.*

Vor dem Hintergrund dieses begrenzten Inhalts drängt sich geradezu die Frage auf, wozu es eigentlich einer solchen verfassungsrechtlichen Regelung bedarf, zudem einer, die durch Art. 79 Abs. 3 GG in den Stand des konstitutionellen Hochadels des Grundgesetzes erhoben wird? Die bloße Ermächtigung zum sozialstaatlichen Wirken scheint keine sonderlich vordringliche Regelung des Verfassungsrechts zu sein. Schon der preußische Staat zu Zeiten des Allgemeinen Landrechts war in gewissem Umfang ein Sozialstaat; seine entscheidende Dynamik gewann der Sozialstaat ohne

7 Zu dieser Rspr. m. w. N. *Heinig*, Menschenwürde und Sozialstaat, in: Bahr/Heinig (Hrsg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 251 ff.

8 Zuletzt BVerfG, NJW 2006, 891 ff.; hierzu *Heinig*, Hüter der Wohltaten?, in: NVwZ 2006, 771 ff.

9 So schon BVerfGE 1, 97 (105); 50, 57 (108); 59, 231 (262); insg. *Enders*, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, in: VVDStRL 64 (2005), S. 7 ff.

10 Siehe insg. etwa *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 120 ff.; *Pitschas*, Soziale Sicherungssysteme im „europäisierten“ Sozialstaat, in: Bundesverfassungsgericht – FS, 2001, Bd. 2, S. 827 ff. m. w. N.

konstitutionelle Anleitung Ende des 19. Jahrhunderts; zahlreiche europäische Staaten kamen und kommen ohne verfassungsrechtliche Bestimmungen zum sozialstaatlichen Charakter des Gemeinwesens aus, ohne dass es ihnen am Auf- und Ausbau entsprechender Aktivitäten fehlen würde. Was ist also eigentlich am Sozialstaatsprinzip, wenn es einen derart begrenzten Regelungsgehalt hat, so besonders, dass es den höheren Grundsätzen der Demokratie, des Rechtsstaates, der Republik und des Bundes an die Seite gestellt wird?

III. Das Sozialstaatsprinzip in kulturtheoretischer Perspektive

1.) An dieser Stelle dürfte ein Perspektivwechsel hilfreich sein – von der Dogmatik zur Theorie. Wenn für das – durch Art. 79 Abs. 3 GG zudem herausgehobene – Sozialstaatsprinzip kein markantes rechtsdogmatisches Profil auszumachen ist, dann liegt es nahe, seine „eigentliche“ Bedeutung gerade außerhalb des dogmatischen Lehrgebäudes zu suchen. Fragt man nach der Bedeutung einer Rechtsnorm jenseits ihrer dogmatischen Funktion, impliziert dies, dass sich das Recht nicht auf die technische Anleitung einer Rechtspraxis reduzieren lässt, sondern ihm eine überschießende Tendenz eigen ist. Diese kann man kulturtheoretisch zu fassen suchen, indem man das Recht als Teil unseres kulturellen Selbstverständnisses versteht. „Das Recht [...] ist Teil des kulturellen Bedeutungs- und Symbolgewebes, in das der Mensch verstrickt ist“.¹¹ Im Anschluss an *Ernst Cassirer* könnte man auch sagen: das Recht bildet eine symbolische Form,¹² in der sich bestimmte Erfahrungen und Geschichte(n) in spezifischer Weise ablagern. Das Recht wird so zu einer Art „Sinnspeicher“. Im Recht bilden sich diskursive und konfliktöse Austragungsprozesse über die Frage, wie wir leben, wie wir unser Zusammenleben organisieren wollen, wie wir dieses Zusammenleben verstehen und welche starken Wertungen uns dabei leiten sollen, ab. Als kulturelle Form ist das Recht damit Bestandteil des komplexen, dynamisch-statischen Geflechts menschlicher Sinnkonstruktion. Zugleich begründet die Spezifik des Rechts aber einen i.d.R. als Autonomie beschriebenen Selbststand in der modernen Gesellschaft, der dazu führt, dass sich das Recht nicht einfach auf andere Sinnformen verrechnen lässt.

Für eine kulturtheoretische Rekonstruktion des *Verfassungsrechts* liegt es nun nahe, als „Marker“ der das Technische überschreitenden Dimension des Rechts auf die heikle Kategorie des „Politischen“¹³ zurückzugreifen. Denn im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und politischen Vorstellungswelten manifestiert sich ganz augen-

11 Haltern, *Europarecht und das Politische*, 2005, S. 18; vgl. a. *Kahn*, *The Cultural Study of Law*, 1999.

12 Vgl. *Cassirer*, *Versuch über den Menschen*, 1996 (amerik. Orig. *An Essay on Man*, 1944); *Cassirer* selbst hat das Recht als symbolische Form zwar nicht selbst in den Blick genommen, seine Untersuchung von Religion und Mythos, Sprache, Kunst, Geschichte und Wissenschaft will *Cassirer* aber nicht als abschließende Aufzählung symbolischer Formen verstanden wissen.

13 Vgl. *Schmitt*, *Der Begriff des Politischen*, 3. Aufl. der Ausgabe von 1963, 1991.

scheinlich eine durch kulturtheoretische Analysen offenlegbare wechselbezügliche Prägekraft, die einerseits der Positivierung und damit der Politisierbarkeit des Rechts geschuldet ist, andererseits aber auch aus der besonderen Funktion der Verfassung in modernen Gesellschaften (strukturelle Koppelung zwischen Recht und Politik¹⁴) resultiert.

Das Recht lässt sich so gesehen (auch) als „Imagination des Politischen“ beschreiben, als symbolische Verdichtung einer spezifisch politischen Vorstellung des Sozialen, als Repräsentation einer eigengearteten, eben politischen kollektiven Identität.¹⁵ Diese kann, muss aber nicht zu einer äußersten Zuspitzung von Inklusion und Exklusion in Form der existentiellen Unterscheidung von Freund und Feind führen.¹⁶

Mit dem kulturtheoretischen Instrumentarium kommen zwei Faktoren in den Blick, die eine rein dogmatische Betrachtung ignorieren muss, nämlich die *Geschichte* und die Welt der *politischen Ideen*. Beide beeinflussen die Imagination in komplexen Einspeisungsverhältnissen.¹⁷

2.) Fragt man vor dem Hintergrund konkurrierender *politischer Ideen* nach dem Sinn und Zweck des Sozialstaatsprinzips lassen sich über die Kategorie des Ein- und Ausschlusses formbildende Funktionen für das Politische ausmachen. Das Sozialstaatsprinzip markiert Grenzen des Politischen – außerhalb dieser Grenzen herrscht gleichsam der Modus der politischen Feindschaft, innerhalb derer durch den politischen Agon nicht berührten republikanischen Freundschaft. Bestimmte Imaginationen des Politischen werden durch die Verpflichtung des Staates auf sozialstaatliche Aktivitäten inkludiert, andere, konkurrierende Imaginationen hingegen exkludiert. Das Sozialstaatsprinzip bearbeitet so gesehen auch die die politische Vorstellungswelt prägenden ideologischen Großkämpfe des 19. und 20. Jahrhunderts im Dreieck zwischen wirtschafts- und individualzentriertem Liberalismus, kulturkritisch-restaurativem Konservatismus und revolutionärem Sozialismus. Die Erwähnung des Sozialstaates in der Verfassung bedeutet eine Absage an ein Modell rein marktformi-

14 Lubmann, Das Recht der Gesellschaft, 1997, S. 470 f.; ders., Verfassung als evolutionäre Erregungenschaft, in: Rechtshistorisches Journal 6 (1990), 178 ff.

15 Haltern (Fn. 11), S. 17 ff. und öfter; dies ist freilich nur eine Perspektive auf das Recht, die insbesondere das Verfassungsrecht betrifft. Das Recht als kulturelle Erscheinung ist aber nicht nur eine Imagination des Politischen; es prägt als Zivil- und Handelsrecht etwa auch unsere Vorstellungen des institutionell-ideellen Komplexes, den man gemeinhin als Ökonomie bezeichnet, und wird umgekehrt von diesem geprägt. Grundlegend zum Imaginationsbegriff in diesem Zshg. Andersen, Die Erfindung der Nation, 2. Aufl. 2005 (amerik. Orig. Imagined Communities, 1983).

16 M. E. sprechen empirisch gute Gründe dafür, das Potential des Politischen zur äußersten Zuspitzung nicht zu negieren und ignorieren, sondern auf seine Ursache und Wirkung hin zu befragen; normativ hingegen gilt es, dieses Potential – etwa durch die Begründung eines bestimmten Ensembles demokratischer Verfahrensregeln – einzuhegen. Ohne eine realistische Vorstellung vom Politischen allerdings dürften die normativen Postulate, die die destruktiven Kräfte des Politischen zu neutralisieren suchen, schon wegen ihrer systematischen Fehlstellungen ihr Ziel notwendig verfehlen.

17 Zum Verhältnis von politischer Theorie und Imagination näher Taylor, Modern Social Imaginaries, 2004, S. 23 ff.

ger Selbstorganisation der Gesellschaft in Gestalt des Manchesterliberalismus, eine Absage an ein Ideal der Gerechtigkeitserzeugung über das freie Spiel der Kräfte, die sich von „unsichtbarer Hand“ geführt in eine Art harmonische Ordnung fügen. Aber es enthält ebenso eine klare Entscheidung gegen marxistische Ideen einer durchgreifenden Neuordnung der Primärverteilung von Eigentum in der Gesellschaft sowie gegen das konservativ-romantische Ideal einer Rückkehr zu ständisch-patriarchalischen Gesellschaftsformen einer agrarischen Gesellschaft.

3.) Zugleich markiert das Sozialstaatsprinzip gerade in seiner vagen Ausgestaltung nicht nur Exklusionen, sondern auch Inklusionen. Schließlich konkurrieren in der politischen Philosophie unterschiedliche normative *Begründungsmodelle*. Idealtypisch kann man zwischen auf Hobbes rückführbaren subsistenzorientierten, rousseauistisch informierten demokratie- und egalitätsorientierten, neoaristotelisch-gemeinschaftsorientierten sowie kantischen freiheitsorientierten Sozialstaatsmodellen unterscheiden.¹⁸ Innerhalb dieser *ethischen* Konfliktlinien bestehen wohl gute Gründe, das Modell eines freiheitlichen Sozialstaates zu präferieren. Das Subsistenzmodell erfasst wesentliche Erscheinungen des heutigen Sozialstaates nicht und entspricht mit seinem minimalistischen Zuschnitt auch nicht den vorherrschenden grundlegenden Intuitionen über Fragen sozialer Gerechtigkeit; rousseauistisch-egalitäre Sozialstaatsmodelle münden in der Regel in dem Postulat eines bedarfsunabhängigen Bürgergeldes als voraussetzungslosem Grundeinkommen für alle; damit aber leiden sie an einer Fehlstellung im Hinblick auf die Bedeutung individueller Selbstsorge, die das Postulat individueller wirtschaftlicher und politischer Autonomie – auch als Freiheit von Vergemeinschaftung – unterfängt. Neoaristotelische Sozialstaatsbegründungen weisen häufig hinsichtlich der Pluralismusproblematik einen blinden Fleck auf, unterschätzen die kulturelle Dynamik moderner Gesellschaften¹⁹ oder überspannen – unter Ausblendung der Reproduktionsbedingungen – die Anforderungen an staatliche Sozialaktivitäten.²⁰ Egalitäre Sozialstaatskonzepte schließlich verkennen die in der Idee gleicher Freiheit wurzelnde Präponderanz der Freiheit gegenüber durchgreifenden Nivellierungsansprüchen; nicht „Gleichheit“, sondern die Befähigung zur Verwirklichung der Freiheit, nicht Verteilungs-, sondern Befähigungs-gerechtigkeit sind deshalb die Zentralperspektive einer – mit Kant gegen Kant zu entwickelnden – freiheitlichen sozialphilosophischen Begründung des Sozialstaates.²¹

18 Vgl. insg. Kersting, Kritik der Gleichheit, 2002, S. 34 ff. m. w. N., der allerdings die neoaristotelische Tradition ausspart.

19 So die Gefahr kommunitaristischer Sozialstaatsbegründungen.

20 So etwa Nussbaum, Der aristotelische Sozialdemokratismus (1990), in: dies., Gerechtigkeit oder Das gute Leben, 1999, S. 24 ff. (amerk. Orig. Aristotelian Social Democracy, in: R. B. Douglas et al. [ed.], Liberalism and the Good, 1990, S. 203 ff.).

21 Im Überblick Heinig, Paternalismus im Sozialstaat, in: Anderheiden u. a. (Hrsg.), Paternalismus im Recht, 2006, S. 157 ff. Ob ein solches Modell den Sozialstaat in seiner ganzen Tiefe auszuleuchten vermag, kann hier offen bleiben. Jede liberale Rekonstruktion des Sozialstaates, wie sie etwa der frühe John Rawls, Ronald Dworkin oder Bruce Ackerman vorgelegt haben, wird sich insoweit jedenfalls der klassischen Kritik des politischen Liberalismus zu stellen haben. Diese Kritik zeigt die Grenzen eines solchen Projektes auf, macht die Arbeit an einer liberalen Rekonstruktion m. E. jedoch nicht entbehrlich.

Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes freilich vermeidet gerade in der diagnostizierten textuellen und rechtsdogmatischen Vagheit eine klare Stellungnahme zu solchen Begründungsdiskursen; es sisiert somit in einer Art Doppelstrategie die ideologischen Großkämpfe um die Wirtschafts- und Sozialordnung einer Gesellschaft. Bestimmte „Imaginationen des Sozialpolitischen“ werden ausgeschlossen, andere in ihrer Viel- und Gegensätzlichkeit durch relative Offenheit integriert.

4.) Freilich verhält sich das Grundgesetz – genauer: verhalten sich seine Interpreten – nicht gänzlich ambivalent zum aufgezeigten Spannungsfeld unterschiedlicher, den Wohlfahrtsstaat begründender Sozialmodelle. Vielmehr hat sich eine Auslegung des Grundgesetzes etabliert, die die zentrale Bedeutung der individuellen Freiheit im Gesamtgefüge der Verfassung herausstreicht, zugleich aber gegenüber der klassisch liberalen Grundrechtstheorie des 19. Jahrhunderts durchgreifende Modifikationen vornimmt. Der Freiheitsbegriff und in seinem Fahrwasser die Grundrechtsdogmatik werden so unter maßgeblichem Rekurs auf das Sozialstaatsprinzip zum zentralen Schauplatz im Ringen um das angemessene politische und gesellschaftstheoretische Selbstverständnis, um die bundesdeutsche „Imagination des Politischen“. So treten in der deutschen Grundrechtsdogmatik weitere Grundrechtdimensionen neben das klassische Verständnis der Grundrechte als Abwehrrechte der freiheitsberechtigten Bürger gegenüber dem freiheitsverpflichteten Staat: Grundrechte als objektive „Werteordnung“, Grundrechte als Schutzpflichten des Staates gegenüber seinen Bürgern, Grundrechte als Teilhaberechte in einer von staatlichen Aktivitäten durchprägten Gesellschaft. Die für das liberale Verfassungsdenken konstitutive theoretische Figur der Trennung von Staat und Gesellschaft wird hier zunehmend in Frage gestellt,²² Grundrechte erfahren zu einem gewissen Teil quasi eine Schubumkehr: aus einem Schutz vor staatlichen Interventionen wird die Berechtigung, ja Verpflichtung zu staatlichen Aktivitäten, die sich ggf. auch gegen den entgegenlaufenden Willen der Betroffenen durchzusetzen hat.

Grundlage für diese Entwicklung ist a) eine spezifische, insbesondere von der Menschenwürde auch als Korrektiv zur Freiheitsidee²³ ausgehende Anthropologie, die der Verfassung(sinterpretation) eingeschrieben wird und b) ein postlibertäres – eben sozialstaatliches – Staatsverständnis. Es korrespondieren so ein dem Grundgesetz entnommenes, gleichsam antilibertäres wie antisozialistisches Menschenbild – „Das Grundgesetz konstruiert den Menschen zwar als frei, setzt aber dennoch dessen soziale Bindung zur Gesellschaft voraus“²⁴ – sowie eine Vorstellung vom Staat als aktivem Wohlfahrtsstaat – „Der Staat ist planender, verteilender, gestaltender, individuel-

22 Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes (1962), in: Forsthoff (Fn. 3), S. 556, 567, 575 ff.; Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise der Rechtsstaats, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. 1994, S. 159, 170; zum Gesamtkomplex auch Möllers, Staat als Argument, 2000, S. 233 ff., 297 ff.

23 Vgl. etwa die Rspr. zu Peepshows oder zum „Zwergenweitwurf“, BVerwGE 64, 274 ff.; VG Neustadt, NVwZ 1993, 98; zur Problematik insg. Dreier, in: ders., GG, Art. 1 Rn. 151 ff.

24 Pitschas (Fn. 10), S. 831; siehe auch BVerfGE 27, 253 (283): Die Verfassung „stellt den freien, sich in der Gesellschaft entfaltenden Menschen in den Mittelpunkt der staatlichen Ordnung“.

les wie soziales Leben erst ermöglichender Staat“²⁵. Im Wechselspiel von allgemeiner Grundrechtslehre, Menschenwürdetopos und Sozialstaatsprinzip bildet sich so eine das rechtliche, politische und sonstige gesellschaftliche Leben maßgeblich prägende spezifische Vorstellung vom Menschen in der staatlichen Gemeinschaft aus – eben eine Imagination des Politischen.

IV. Zur politischen Theologie des Sozialstaates

Diese sozialstaatliche Imagination des Politischen lässt sich, wie jede Ausdeutung und Bebilderung des Politischen, auch auf seine theologisch-politischen Gehalte, auf die religiösen Vorstellungswelten und Theologumina entnommenen Formvariationen, Sinnsplitter und Archetypen hin befragen. Dies kann im Detail hier nicht erfolgen, doch soll zumindest darauf aufmerksam gemacht werden, dass diese Form „politischer Theologie“ gerade im Hinblick auf den Sozialstaat und die mit ihm verbundenen „starken Bilder“ besonders lohnenswert scheint. Schließlich kreuzen sich im ideell-institutionellen Komplex „Sozialstaat“ humanistische und sozialistische mit christlichen Metaerzählungen. Gerade am Beispiel des Sozialstaates lässt sich deshalb vermutlich zeigen, inwieweit (und dass heißt auch: in welchem komplexem Zusammenspiel von Umschreibungen und Neuschreibungen) Erscheinungen der säkularen Staatlichkeit genealogisch und architektonisch in religiös geprägte Denkfiguren und Lebensvollzüge eingebettet sind.²⁶ Dabei dürfte etwa das heilsökonomische Paradigma der Barmherzigkeit eine Rolle spielen, aber auch der christliche Defatalisierungsauftrag, die mythotheologische Potenz der „Menschenwürde“ und der „Heiligkeit des Lebens“ sowie die in der metaphorischen Figur des väterlich-sorgenden Sozialstaates enthaltene Anspielung auf die Vaterschaft Gottes.²⁷ Neben einer solchen politischen Theologie des Sozialstaates bietet aber vor allem die Kontraststellung zu amerikanischen Reflektionen über die Imagination des Politischen interessante Forschungsperspektiven.

V. Das Sozialstaatsprinzip als Imagination des Politischen – ein Sonderfall?

1.) Die Schmittsche Kategorie des Politischen erfreut sich insbesondere in der neueren politischen Theorie in den USA großer Beliebtheit. *Paul W. Kahn* von der Yale Law School etwa schreibt die klassisch kommunitaristische Liberalismuskritik fort, indem er die Verfassung als Imagination des Politischen beschreibt. Die Verfassung

25 Hesse (Fn. 22), S. 566.

26 Im Überblick hierzu *Stätz/Zabel*, Art. Säkularisation/Säkularisierung, in: Brunner u. a. (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 5, 1984, S. 789 ff.; *Stöckler*, Säkularisierung, in: *Historisches Wörterbuch der Rhetorik*, 2007, i. E.; *Heinig*, Säkularisierung/Säkularisation, in: *Ev. Soziallexikon*, 2003, Sp. 1363 ff. m. w. N.

27 *von Soosten*, *Neubau der Sittlichkeit*, in: *Bahr/Heinig* (Fn. 7), S. 297 ff.

ist demnach mehr als die Statuierung von Rechten der Bürger sowie eines institutionellen Gefüges. Sie ist Ausdruck einer historisch gesättigten Form ultimativer Bedeutung, die sich nicht nur über Vernunft und Interessen, sondern ebenso über den Willen konstituiert. Die Verbundenheit mit der politischen Ordnung wird hier denn auch weniger als Rechts- denn als Liebesbeziehung verstanden.²⁸ Vor dem Hintergrund der Trias Wille, Liebe und ultimative Bedeutung streicht *Kahn* heraus, dass die eigentliche Zentralkategorie des Politischen das Opfer ist: „No theory of the political is adequate if it fails to confront and explain the phenomena of sacrifice and killing.“²⁹

Betrachtet man *Paul W. Kahns* Rekonstruktion der US-amerikanischen Imagination des Politischen und seine Kritik des Liberalismus, liegt es in gewisser Weise nahe, im deutschen – vielleicht kann man auch sagen: europäischen – Sozialstaatsmodell eine Art antibelligeranten Gegenentwurf zum von *Kahn* präsentierten US-amerikanischen Selbstentwurf zu verstehen. Auch im Sozialstaatsmodell sind die beiden für *Kahn* gegen den politischen Liberalismus profilierten zentralen Momente des Politischen – *Opfer* und *Liebe* – eingezeichnet. Auch dieses Modell generiert eine eigene Form ultimativer Bedeutung, wie sich etwa an der Mentalitätsgeschichte Westdeutschlands zwischen 1950 und 1989 ablesen lässt. Die Versöhnung von Kapital und Arbeit im rheinischen Kapitalismus, das Versprechen einer nivellierten Mittelstandsgesellschaft (*Schelsky*) wurden hier zum Identifikationspunkt eines ganzen Landes. Die Gerechtigkeits- und Fortschrittsversprechen der „sozialen Marktwirtschaft“ („Wohlstand für alle!“) ersetzten den durch den Nationalsozialismus diskreditierten Nationalchauvinismus im Geflecht kollektiver Identitätsbildungsprozesse. Mit dem sozialpolitischen Pazifismus nach innen korrespondierte dabei außenpolitisch das Konzept der Selbstbindung und Kooperation (Westintegration durch NATO und EWG/EG). Opfer wurden hier nicht mehr in Krieg und Bürgerkrieg erbracht, sondern in Gestalt einer hohen Steuer- und Abgabenlast,³⁰ um eine (extensive) Umverteilungspolitik, ein auf Angleichung der Lebensverhältnisse setzendes Sozialsystem zu finanzieren. Blut floss hier nicht auf dem Schlachtfeld oder im Häuserkampf, sondern allenfalls im Operationssaal öffentlicher Krankenhäuser, zu denen alle unabhängig von der Höhe des Einkommens Zugang haben. Gleichwohl vermag auch eine solche Imagination starke Bindungen und Identifikationen mit einer bestimmten politischen Formation zu evozieren; gerade diese Imagination beschränkt sich nicht auf ein rationa-

28 *P. W. Kahn*, *Putting Liberalism in its Place*, 2005, S. 228.

29 *Ebd.*, S. 230 f.

30 Wobei zuzugestehen ist, dass der Opferbegriff hier nur im metaphorischen Sinne gebraucht wird; Sozialabgaben ist eine reziproke Solidaritätsstruktur eigen, gerade darin unterscheiden sie sich von der Einseitigkeit des Opfers im Sinne der Selbstlosigkeit des Sich-Opfern oder der Unfreiwilligkeit des Opferwerdens. Vgl. in diesem Zshg. a. *Fischer*, *Between sacrafication and victimization*, in: *Ewald/Turkovic* (eds.), *Large-Scale Victimization due to Protracted Conflicts as a Potential Source of Terrorist Activities*, 2007, i. E.; *Münkler/Fischer*, „Nothing to kill or die for ...“, in: *Leviathan* 28 (2000), 343 ff.; *Stoellger*, *Gabe und Tausch als Antinomie religiöser Kommunikation*, in: *Tanner* (Hrsg.), *Religion und symbolische Kommunikation*, 2004, S. 185 ff.

les Kalkül der atomisierten Interessen, sondern schöpft aus dem alteuropäischen Bilderfundus der Liebe und Nächstenliebe sowie der solidarischen Gemeinschaft, in der der Einzelne aufgehoben ist.

2.) Und doch ist davor zu warnen, allzu unbekümmert einer Kontraststellung zwischen einer auf friedliche Solidarität setzenden deutschen und einer belligeranten US-amerikanischen Imagination des Politischen das Wort zu reden. Hier käme der Sozialstaat allzu gut weg. Der Leviathan wandelt sich als Sozialstaat nicht unter der Hand zum Schoßhund, sondern behält sein genetisches Potential, zur Bestie zu mutieren.

Entsprechend ist die Reihe der Sozialstaatskritiker lang. *Jürgen Habermas* etwa sieht ihn eingebunden in eine Gesamtentwicklung der „Kolonialisierung der Lebenswelt“.³¹ Er hat von daher mehrfach die Überwindung der einzig der „Pazifizierung des Klassenkonfliktes“ dienenden Strukturen entmündigender „bürokratischer Daseinsvorsorge“ eingefordert³² – zuletzt durch das Paradigma eines prozeduralen Rechtsverständnisses,³³ das sich freilich seinerseits zahlreicher durchgreifender Anfragen ausgesetzt sieht.³⁴ Insbesondere stellt seine Einnordnung des Sozialstaates auf ein rousseauistisch und diskurstheoretisch informiertes Modell emanzipativer Demokratieermöglichung autonomieethisch eine Engführung dar, die zugleich die Reproduktionsbedingungen des Sozialstaates unbeachtet lässt.³⁵

Für unseren Kontext dürfte es deshalb hilfreicher sein, auf die Analytik sozialstaatlich ausgeübter Macht bei *Michel Foucault* zu verweisen. Folgt man Foucaults Untersuchungen, ist der Sozialstaat eingebettet in eine lange Tradition der Bio- als Bevölkerungspolitik, die ihm vorgängig ist und die sich mit einer neomarxistischen oder liberalen Kritik des Sozialstaates keineswegs erledigt.

Gängige Kommentierungen des Sozialstaatsprinzips betonen den radikalen Bruch des freiheitlichen Sozialstaates mit dem tradierten polizeilichen Wohlfahrtsstaat des 17. und 18. Jahrhunderts.³⁶ Foucaults Genealogie des Wohlfahrtsstaates zeigt hingegen, dass der moderne Sozialstaat zwar nicht programmatisch, aber strukturell auf den Entwicklungen des 16. bis 19. Jahrhunderts aufruht.³⁷ So hat die Postulierung eines Rechts auf Gesundheit als zentrale sozialpolitische Forderung des 20. Jahrhunderts im Lichte der damit verbundenen Politisierung und Vergesellschaftung von Ge-

31 *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns (1981), 1988, Bd. 2, S. 510 ff.

32 *Habermas*, Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien (1985), in: ders., Die neue Unübersichtlichkeit, 1985, S. 141 ff.

33 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 470 ff.

34 Insb. *Luhmann*, Quod omnes tangit, in: Rechtshistorisches Journal 12 (1993), 36 ff.; insg. *Habermas*, Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen, 1999, S. 309 ff. (amerik. Orig. Cardozo Law Review 17 [1996], II, 1477 ff.).

35 Näher *Heinig* (Fn. 21); *ders.* (Fn. 2).

36 *Gröschner*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Sozialstaat) Rn. 4; auf subkutane Kontinuitäten weisen hingegen *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003 und *Enders* (Fn. 9), S. 17 ff. hin.

37 *Foucault*, Die Gesundheitspolitik im 18. Jahrhundert, in: Dits et Ecrits – Schriften Bd. 3, 2003, S. 19 ff. sowie die Hinweise in den folgenden Fußnoten.

sundheit, Krankheit und Körper lange zurückreichende Wurzeln bis hin zu den epistemischen Veränderungen im ausgehenden 16. Jahrhundert. Für Foucault schuf erst die Medizinierung der Gesellschaft die Kategorie des „Körpers“ als Ziel staatlicher Eingriffe. Die medizinische Praxis etablierte sich im Wandel des Spitals vom Ort des Sterbens zum Ort der Heilung – und mit der Etablierung der staatlichen Sozialmedizin von vorne herein als Machtpraxis.³⁸ Foucault spricht in diesem Zusammenhang in Anlehnung an *Fichtes* geschlossenen Handelsstaat vom „offenen Medizinalstaat“.³⁹ Im Lichte einer politischen Ökonomie der Medizin zeigt Foucault, wie ein der (wehr)technischen Entwicklung geschuldeter, steigender Wert des Körpers die Medizinierung motiviert und wie diese mit der Disziplinierung des Individuums verzahnt ist.⁴⁰ Er verfolgt das Übergreifen der Medizin über das eigentliche Feld der Krankheit hinaus, das in Deutschland zur Etablierung einer medizinischen Polizei und Gesundheitsverwaltung als Staatsmedizin führte, in Frankreich zu einer urbanen, auf Umweltinterventionen und Infrastrukturpolitik ausgerichteten Medizin und in England zu einer Medizin der Arbeitskraft, zu einer Verzahnung von Armen- als Fürsorgemedizin, allgemeiner Gesundheitskontrolle und privater Medizin.⁴¹ Diese knappen Verweise mögen genügen, um zu zeigen, dass auch eine sozialstaatlich inspirierte Imagination des Politischen die dem Politischen insgesamt inhärenten Abgründigkeiten nicht ohne weiteres loswird.

Auch ein kurzer Blick auf drei Wendemarken in der deutschen (Sozialstaats-)Geschichte zeigt, dass sich eine vom Sozialstaatsprojekt ausgehende Imagination des Politischen nicht behände von der klassisch nationalstaatlichen Imagination lösen lässt. a) Entstanden ist der Sozialstaat in Deutschland als hochgradig politisiertes Projekt in Gestalt eines Sozialversicherungsstaates, um die aufkommende Arbeiterbewegung zu neutralisieren. Zugleich stellte er eine Reaktion auf den besonderen Legitimationsbedarf des 1871 gegründeten Deutschen Reiches dar, das als von oben gegründete „verspätete Nation“⁴² die gescheiterte bürgerliche Revolution von 1848/1849 im Nacken hatte und das der demokratischen Legitimation weitestgehend entbehrte. b) Eine nicht unerhebliche Ausdehnung erfuhr der Sozialstaat in Deutschland während des ersten Weltkrieges; im Nationalsozialismus sollte sich dieser Vorgang dann – ungeachtet der rassenpolitisch motivierten, diskriminierenden Ausrichtung – wiederholen. Der Historiker *Götz Aly* spricht in seinem viel beachteten Buch „Hitlers Volksstaat“ nicht zu Unrecht von einer wohlfahrtsstaatlichen Gefälligkeitsdiktatur, in der die Zustimmung der Bevölkerung – gerade während der ersten Kriegsjahre – jedenfalls auch durch sozialpolitische Wohltaten erkaufte wurde.⁴³ c) Wie prekär der postnationale Status einer westdeutschen Ima-

38 Foucault, Die Einbindung des Krankenhauses in die moderne Technologie, in: ebd., S. 644 ff.

39 Foucault, Krise der Medizin oder Krise der Antimedizin, in: ebd., S. 54, 71.

40 Foucault, Die Einbindung des Krankenhauses in die moderne Technologie, in: ebd., S. 644 ff., 650 ff.

41 Foucault, Die Geburt der Sozialmedizin, in: ebd., S. 272 ff.

42 Plessner, Die verspätete Nation (1959), 3. Aufl. 1988.

43 Aly, Hitlers Volksstaat, 2005. Da die frühe Bundesrepublik an der politischen Integration durch soziale Umverteilung festhielt, spricht Aly – irreführend – von einem „säkularisier-

gination des Politischen auf der Basis des Sozialstaates war, zeigte sich dann 1989/1990, als das mit dem Sozialstaat verbundene Prosperitäts- und Sekuritatsversprechen verwendet wurde, um die Zustimmung zu einer beschleunigten Vereinigung der beiden Teile Deutschlands zu erreichen; die sozialstaatlich geprägte Kollektividentitat Westdeutschlands ließ sich nahtlos in den Ostteil des Landes überführen und zum Ausgangspunkt der Bemühungen um eine gesamtdeutsche Identitätsbildung machen.

VI. Ausblick

Dass diese Ausbildung einer post-postnationalstaatlichen Imagination des Politischen im Prisma des Sozialstaates in Deutschland überaus erfolgreich war, lässt sich vielleicht an der Persistenz dieser Imagination in Deutschland ablesen, deren Bestand und Form sich in den 1990er Jahren von der allenthalben geführten Diskussion über eine tiefgreifende Krise des Sozialstaates wenig beeindruckt zeigte. Mit dem Fall des eisernen Vorhangs und der Intensivierung und Beschleunigung globaler Wirtschaftsstrome haben sich die Rahmenbedingungen des klassischen Sozialstaates bekanntermaßen dramatisch gewandelt. Die ökonomischen Voraussetzungen herkommlicher nationaler Sozialpolitik sind unter Druck geraten. Die deutsche Antwort auf diese Herausforderungen war (und ist) zu guten Teilen die Verweigerung gegenüber notwendigen Reformen der sozialen Sicherungssysteme – eine Haltung, die vielleicht etwas weniger bizarr wirkt, wenn man die eben auch durch das Grundgesetz selbst unterstrichene Bedeutung der tradierten Sozialstaatskonzeption für die Selbstbeschreibung und Selbstdeutung der deutschen Gesellschaft in Anschlag bringt.

Zugleich scheint sich mit der Europäisierung und Internationalisierung der Staatlichkeit jedoch langfristig auch die Einheit von Sozialstaat und Nationalstaat aufzulösen. Das europäische Integrationsprojekt war lange Zeit unentschlossen, ob es die nationalen Imaginationen des Sozialpolitischen beerben und ein gemeinsames „Sozialmodell“ politisch wie rechtlich durchbuchstabieren will. Gegen eine solche Tendenz wirkte von Anfang an die starke marktorientierte Prägung der Gemeinschaft. Der durch Wirtschaftsfreiheiten und Wettbewerbsregime erzeugten Dynamik des Binnenmarktes sahen sich auch die sozialstaatlichen Sicherungssysteme alsbald ausgesetzt.⁴⁴ Die national abgeschotteten Gesundheitsmarkte wurden mittels Rückgriff

ten“ Nationalsozialismus, der sich in Deutschland festgesetzt habe; die Governancetechniken des Sozialstaates sind dem Nationalsozialismus aber vorgängig und keineswegs auf Deutschland beschränkt. Auch die Bezüge zwischen sozialstaatlichen Extensionen und Herstellung und Sicherung der Kriegsbereitschaft sind deshalb vergleichend international zu analysieren (GB: Beveridge-Plan 1943; USA: Fortsetzung des New Deal nach 1939). Aufschlussreich in diesem Zshg. auch die bemerkenswerte komparative Studie über den New Deal, den italienischen Faschismus und den Nationalsozialismus der 30er Jahre von *Schivelbusch*, *Entfernte Verwandtschaft*, 2005.

44 Vgl. insg. *Kingreen* (Fn. 10), S. 283 ff.; *Haverkate/Huster*, *Europäisches Sozialrecht*, 1999, S. 285 ff.

auf die Waren- und Dienstleistungsfreiheit zur partiellen Öffnung gezwungen.⁴⁵ Auch blieb lange Zeit offen, inwieweit sich die Sozialversicherungsträger an den Vorgaben des Europäischen Kartell- und Beihilferechts messen lassen müssen. Inzwischen aber hat sich der Europäische Gerichtshof an der Stelle auf eine Position zurückgezogen, die die nationalen Kompetenzreservate der Sozialpolitik weitgehend unangetastet lässt.⁴⁶ Zugleich wurden einzelne Elemente des Sozialstaates auf die europäische Ebene hochgezogen (Art. 136 ff. EG) und die EU-Grundrechtscharta mit sozialen Rechten „ausgeschmückt“.

Ob dies allerdings eine ausreichende Basis für eine europäische Imagination des Sozialpolitischen bildet, darf schon deshalb bezweifelt werden, weil die infolge von Prozessen funktionaler Ausdifferenzierung mit dem Sozialstaatsprojekt verbundenen Kräfte der Integration in die politischen Vollzüge der Gesellschaft⁴⁷ ersichtlich ermatten. Möglicherweise hat die Selbstentgrenzung der wohlfahrtsstaatlichen Dynamik die Bedingungen ihrer Möglichkeit inzwischen grundlegend in Frage gestellt;⁴⁸ der Druck solcher Verhältnisse wird über kurz oder lang dann auch nicht folgenlos für die Selbstdeutung der Gesellschaft und deren Abbildung im Recht sein; die uns bisher vertraute Imagination des Sozialpolitischen könnte damit ungeachtet der Besonderheiten transnationaler politischer und rechtlicher Integration und ihrer Implikationen für die Imagination des Politischen an ihr Ende gekommen sein.

45 EuGH, EuZW 2003, 466 ff. – Müller-Fauré und van Riet; Slg. 1998, I-1931 ff. – Kohll; Slg. 2001, I-5473ff. – Smits und Peerbooms.

46 EuGH, EuZW 2004, 241 ff. – AOK Bundesverband m. w. N. zur Rspr.

47 *Luhmann*, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981.

48 *Luhmann*, Die Politik der Gesellschaft, 2000, S. 422 ff. und öfter; vgl. schon *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), 1970, §§ 238 ff., insb. in der Zusammenschau der beiden folgenden Zitate: „Gegen die Natur kann kein Mensch ein Recht behaupten, aber im Zustande der Gesellschaft gewinnt der Mangel sogleich die Form eines Unrechts“ (§ 244 Z) sowie „Es kommt hierin zum Vorschein, daß bei dem *Übermaß des Reichtums* die bürgerliche Gesellschaft *nicht reich genug* ist, d. h. an dem ihr eigentümlichen Vermögen nicht genug besitzt, dem Übermaße der Armut und der Erzeugung des Pöbels zu steuern“ (§ 245); zur Aporie des Sozialstaates bei Hegel, der auch der Staat als „sittlicher Staat“ nicht wirklich abhelfen kann, *Avineri*, Hegels Theorie des modernen Staates, 1971, S. 160 ff. (insb. 178 ff.); *Roelcke*, Eine Apologie des Sozialstaates, in: *Anderheiden* (Fn. 21), S. 189 ff.

Barbara Rox*

Innerstaatliche Folgen des Stabilitäts- und Wachstumspaktes: Bedarf es einer rechtsförmigen Verteilung der zulässigen Schuldenquote auf Bund, Länder und Kommunen?

Abstract

Der Stabilitäts- und Wachstumspakt fördert das Problem der „Landesblindheit“ des Gemeinschaftsrechts in pointierter Form zutage. Im ausgeprägten föderativen System der Bundesrepublik Deutschland können seine Ziele praktisch nicht erreicht werden, wenn nicht alle Haushaltsträger – d. h. Bund, Länder, Kommunen – effektiv in die Haushaltsdisziplin einbezogen werden. Der Beitrag stellt die Unzulänglichkeit der Möglichkeiten des geltenden Rechts zur Koordination heraus, um sodann für bundesgesetzlich geregelte Verschuldungsgrenzen zu plädieren. An der Schnittstelle zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht stellen sich dabei sowohl Fragen der *Wirksamkeit* im Sinne des *effet utile* als auch solche der *Systemkonformität* angesichts verfassungsrechtlicher Garantien. Die Einbettung in das bestehende System der Bund-Länder-Finanzbeziehungen verdient dabei besondere Würdigung.

* Die Verfasserin ist Studentin der Rechtswissenschaften und der fachspezifischen Fremdsprachenausbildung für Juristen in den Bereichen Französisches Recht und Common Law an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Die Arbeit entstand im Sommersemester 2006 im Rahmen des Seminars „Sind öffentliche Schulden rechtlich begrenzt- und regelbar?“ bei Prof. Dr. Christian Walter.

I. Problemeinstieg

Art. 104 I EGV verpflichtet die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft dazu, „übermäßige öffentliche Defizite“ zu vermeiden. Solche sind namentlich dann anzunehmen, wenn das geplante oder tatsächliche Defizit pro Haushaltsjahr 3 % des BIP bzw. wenn der gesamte öffentliche Schuldenstand 60 % des BIP überschreitet.¹ Nach dem Eintritt in die dritte Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) soll nun der Stabilitäts- und Wachstumspakt vom 17. 6. 1997² eine solide Haushaltspolitik der Teilnehmer gewährleisten, indem er durch Konkretisierung der Regeln und Verfahren zur Haushaltsüberwachung und zum Verfahren bei einem übermäßigen Defizit das Ziel der Preisstabilität und damit die Sicherung der gemeinsamen Währung verfolgt.

Im Außenverhältnis haftet der Bund für die Einhaltung dieser Referenzwerte.³ Jedoch beziehen sich die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auf die öffentlichen Haushalte in ihrer Gesamtheit, so dass neben dem Bund die Haushalte von Ländern, Kommunen und Sozialversicherungsträgern ins Gewicht fallen.⁴ Das Zusammenspiel dieser beiden Faktoren führt zu einem berechtigten Interesse des Bundes, die Tatsachen, die eine Haftung auslösen, absehbar und beeinflussbar zu machen. In dieser Hinsicht ist die Bundesrepublik Deutschland mit ihrer ausgeprägten föderativen Struktur vor besondere Herausforderungen gestellt: Zwar ist ein grds. Koordinierungsbedürfnis relativ unbestritten.⁵ Die Forderung nach Koordinierung sieht sich jedoch mit erheblichen Grundsatzfragen konfrontiert: Ihr stehen verfassungsrechtliche Garantien wie Art. 109 I (Haushaltsautonomie der Länder) und Art. 28 II S. 1 GG (kommunale Selbstverwaltung) gegenüber. Dies hat zunächst einmal Auswirkungen auf die Ausgestaltung des Koordinierungsmechanismus. Zum einen stellt sich die Frage der *Systemkonformität*: Wie lässt sich die Koordinierung der öffentlichen Haushalte in das System des Bundesstaates einfügen? Auf der anderen Seite stehen die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, die es innerstaatlich *wirksam* umzusetzen gilt.

Im Jahr 2005 stiegen die Schulden der öffentlichen Haushalte um knapp 4 %, wobei der Beitrag der Länder nicht zu vernachlässigen ist: Für die Neuverschuldung am

-
- 1 Protokoll Nr. 20 über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit, ABl. EG C 340 v. 10. 11. 1997, S. 173 f.; BGBl. II 1992, S. 1309.
 - 2 Bestehend aus: VO 1466/97 (Abl. EG Nr. L 209 S. 1), VO 1467/97 (Abl. EG Nr. L 209 S. 6) sowie der Amsterdamer Entschließung des Europäischen Rates (Abl. EG 1997 Nr. C 236/1 v. 2. 08. 1997); reformiert am 27. 6. 2005 durch VO 1055/2005 (Abl. EG 2005 Nr. L 174/1) und VO 1056/2005 (Abl. EG 2005 Nr. L 174/5).
 - 3 Nach Art. 3 des 20. Protokolls (Fn. 1) sind für die Defizite des Staatssektors insgesamt die „Regierungen der Mitgliedstaaten“ verantwortlich.
 - 4 Art. 2, 1. Spiegelstrich Protokoll Nr. 20 (Fn. 1).
 - 5 Statt vieler: *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Zur Bedeutung der Maastricht-Kriterien für die Verschuldungsgrenzen von Bund und Ländern*, 1994, S. 18; *Gumboldt, Europäisches Gemeinschaftsrecht als nachhaltige Verschuldungsbremse?*, DÖV 2005, S. 499, 507.

Kreditmarkt im Vergleich zum Vorjahr sind sie in etwa zur Hälfte verantwortlich.⁶ Vor diesem Hintergrund drängt sich die Unzulänglichkeit des bestehenden Instrumentariums zur Koordination auf. Die Grundthese lautet daher, dass es einer rechtsverbindlichen und sanktionsbewehrten Aufteilung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auf die unterschiedlichen Haushaltsträger bedarf, um alle Akteure wirksam einzubinden.

II. Innerstaatlicher Handlungsbedarf

1. Reichweite der Bindung der Bundesländer

Eine Bindung der Bundesländer ist einerseits *mittelbar* gegenüber dem Bund denkbar. Nach dieser Ansicht richtet sich die Verpflichtung aus Art. 104 EGV in ihrer Eigenschaft als „staatengerichtetes Gemeinschaftsrecht“ an den Gesamtstaat⁷, sodass die Bundestreue⁸ ihre normative Direktionskraft als Kompetenzausübungsschranke⁹ für die Länder zu entfalten vermag. Rückgriffsmöglichkeiten ergeben sich dann jedoch nicht verhaltenslenkend präventiv, sondern allenfalls repressiv im Wege des Bundeszwangs gem. Art. 37 GG oder im Wege eines Bund-Länder-Streits vor dem BVerfG¹⁰ (Art. 93 I Nr. 3 GG). Teilweise wird mit dem Argument der hohen Integrationsdichte des Gemeinschaftsrechts¹¹ oder mit der Binnenwirkung des Art. 23 GG¹² für eine *unmittelbare* Verpflichtung der Länder plädiert.

Jedoch lässt schon der Inhalt der Verpflichtung – das BIP als gesamtstaatlicher Maßstab – nicht erkennen, welchen Beitrag die Untergliederungen zu leisten haben. Handlungsbedarf hinsichtlich der innerstaatlichen Konkretisierung besteht somit ohne Zweifel.

6 Statistisches Bundesamt (Pressemitteilung vom 24. 2. 2006): „Schulden der öffentlichen Haushalte 2005 um knapp 4 % gestiegen“, <http://www.destatis.de/presse/deutsch/pm2006/p0820061.htm>.

7 Näher dazu: *Höfling*, Verfassungsrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Zentralfragen der Staatsverschuldung, StWiss 1995, S. 421, 441; *Stern*, Die Konvergenzkriterien des Vertrages von Maastricht und ihre Umsetzung in der bundesstaatlichen Finanzverfassung, in: Everling – FS II, 1995, S. 1469, 1481.

8 *Hellermann*, Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion als Stabilitätsgemeinschaft und der nationale Stabilitätspakt in der bundesstaatlichen Solidargemeinschaft, EuR 2000, S. 24, 29 f. m. w. N.

9 *Kössinger*, Die Durchführung des Europäischen Gemeinschaftsrechts im Bundesstaat, Diss. München 1988, S. 75.

10 *Hillgruber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, 5. Aufl. (2005), Art. 109 Rn. 147; *Stern* (Fn. 7), S. 1481.

11 *Kloepfer/Rossi*, Die Verschuldung der Bundesländer im Verfassungs- und Gemeinschaftsrecht, VerwArch. 94 (2003), S. 319, 336 f.

12 *Hartmann*, Europäische Union und die Budgetautonomie der deutschen Länder, Diss. Würzburg 1993, S. 141 f.

2. Anforderungen an den Bund hinsichtlich der effektiven innerstaatlichen Umsetzung

Nach Art. 3 des Protokolls Nr. 20¹³ sind die Regierungen der Mitgliedstaaten für die Defizite des gesamten Staatssektors verantwortlich. Sie haben zu gewährleisten, „dass die innerstaatlichen Verfahren im Haushaltsbereich sie in die Lage versetzen, ihre sich aus diesem Vertrag ergebenden Verpflichtungen in diesem Bereich zu erfüllen“.

Damit ist unmittelbar das Gebot des *effet utile* angesprochen: Das nationale Recht bzw. die Ausgestaltung der innerstaatlichen Rechtsordnung muss dem Gemeinschaftsrecht zur „vollen praktischen Wirksamkeit“ verhelfen.¹⁴ In seinem Maastricht-Urteil hat das BVerfG auf die Bedeutung der Konvergenzkriterien hingewiesen, deren strikte Beachtung angemahnt und den Charakter der WWU als „Stabilitätsgemeinschaft“ hervorgehoben.¹⁵

Das Problem im föderativen System der Bundesrepublik Deutschland besteht darin, dass der Bund die Ziele des Stabilitäts- und Wachstumspaktes praktisch gar nicht erreichen kann, wenn nicht auch die übrigen öffentlichen Haushalte einen Anreiz zur Haushaltsdisziplin haben. Jegliche innerstaatliche Umsetzung muss sich somit am *effet utile* messen lassen. Damit wird für die nachfolgenden Ausführungen die These zugrunde gelegt, dass sich ein Gestaltungsauftrag unmittelbar aus Gemeinschaftsrecht ergibt¹⁶, und es sich nicht lediglich um einen (nationalen) Verfassungsauftrag zu einer koordinierten Finanzplanung sowie einen Konkretisierungsauftrag bei der Schaffung eines wirksamen Instrumentariums zur Wahrung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts handelt¹⁷.

III. Besonderheiten im Bundesstaat

1. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

a) Budgetautonomie der Länder, Art. 109 I GG

Den Ländern kommt im zweistufig aufgebauten Bundesstaat eigenständige Staatlichkeit zu, die sich nicht vom Bund ableitet.¹⁸ Art. 109 I GG gestaltet das Bundesstaatsprinzip im Hinblick auf die Finanzverfassung aus, indem er Bund und Ländern je-

13 S. Fn. 1. Das Protokoll ist gemäß Art. 311 EGV Bestandteil des Vertrages und gehört somit zum Primärrecht.

14 Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 10 EGV Rn. 19.

15 BVerfGE 89, 155 (202 f., 204 f.).

16 So auch Kloepfer/Rossi (Fn. 11), S. 338; Häde, Gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht und europäische Haushaltsdisziplin – Zur innerstaatlichen Umsetzung der Verpflichtungen aus Art. 104c EGV, JZ 1997, S. 269, 271; Höfling/Rixen, in: Dolzer/Vogel/Graßhof, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 121. Aktualisierung (Juni 2006), Art. 115 Rn. 465.

17 So aber Rodi, in: BK (Fn. 16), Art. 109 Rn. 606.

18 Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 8. Aufl. (2006), Art. 20 Rn. 17.

weils die selbständige und unabhängige Haushaltswirtschaft garantiert. Jedoch bleiben diese Garantien eingebunden in verfassungsrechtliche Vorbelastungen, d. h. dass sich die Unabhängigkeit und Selbständigkeit nur und erst innerhalb der durch die Finanzverfassung auferlegten Bestimmungen zu Finanzausstattung und Ausgabenverantwortung zu entfalten vermag.¹⁹ Ein darüber hinausgehender Schutz vor Einschränkungen der Budgetautonomie ergibt sich aus Art. 79 III i. V. m. Art. 20 I GG, sodass zumindest die *formelle* Budgetautonomie prinzipiell verfassungsänderungsfest ist²⁰, man darüber hinaus aber wohl einen gewissen Kerngehalt an „finanzwirtschaftlichem Bewegungsspielraum“²¹ als geschützt wird ansehen können.

Den Ländern sind umfangreiche Möglichkeiten zur Verschuldung eingeräumt, indem die meisten Landesverfassungen²² analoge Bestimmungen zu Art. 115 GG enthalten. Somit existieren zwar Verschuldungsgrenzen für die einzelnen Ebenen – eine gesamtstaatliche Verschuldungsgrenze ist dem Bundesstaat hingegen fremd.

b) Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden, Art. 28 II S. 1 GG

Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden ist in Art. 28 II S. 1 GG verankert. Die Gemeinden sind rechtlich Bestandteile der Länder.²³ Daher stellt sich das Problem der Aufteilung von Verschuldungsgrenzen nicht in derselben Schärfe wie bei den Ländern, die aufgrund ihrer Staatsqualität mit dem Bund auf Augenhöhe stehen. Der Verschuldungsspielraum der Gemeinden ist verhältnismäßig eng, da sie im Gegensatz zu Bund und Ländern mit Hilfe von Krediten nur investive, nicht aber konsumtive Ausgaben finanzieren dürfen. Zudem können die Länder die gemeindlichen Haushalte über ihre Kommunalaufsicht steuern, da der Gesamtbetrag der im Vermögenshaushalt vorgesehenen Kreditaufnahme ihrer Genehmigung bedarf. Ratio ist, dass die Gemeinden die stetige Aufgabenerfüllung sicherstellen können, sodass für den kommunalen Bereich eine Verschuldungsgrenze existiert, die am Maßstab der Tragfähigkeit ausgerichtet, damit aber auch flexibel ist.²⁴

c) Problemkontext

Jeglicher Koordinierungsmechanismus sieht sich mit dem Dilemma konfrontiert, dass er die Budgetautonomie der Länder im Blick behalten muss und bei Einschränkungen einer ausreichenden verfassungsrechtlichen Kompetenzgrundlage bedarf. Wegen seiner Haftung im Außenverhältnis zur EG hat der Bund jedoch ein erhebliches Interesse daran, die haftungsauslösenden Tatsachen zu beeinflussen. Die Länder sind aus dem Grundsatz der Bundestreue (i. V. m. Art. 23 GG) dazu angehalten, im Rahmen ihrer Möglichkeiten die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts nicht zu vereiteln.

19 *Hartmann* (Fn. 12), S. 120 ff.

20 *Hillgruber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 10), Art. 109 Rn. 42.

21 *Stern* (Fn. 7), S. 1480.

22 Es besteht eine föderative Uneinheitlichkeit, vgl. *Henneke*, Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung, 2. Aufl. (2000), Rn. 604 ff.

23 Vgl. nur Art. 106 IX GG.

24 Vgl. zu den kommunalrechtlichen Regelungen: *Henneke* (Fn. 22), Rn. 633 ff.

Jeglicher Koordinierungsmechanismus muss somit die Budgetautonomie einerseits und die Verpflichtung zu bundesfreundlichem Verhalten andererseits in Einklang bringen.

Sowohl das Koordinierungsbedürfnis als auch das bundesstaatliche Dilemma hat man schon im *Gesetz zum Vertrag vom 7. Februar 1992 über die Europäische Union*²⁵ (im Folgenden: Zustimmungsgesetz) nicht verkannt. Dies kommt in Art. 2 zum Ausdruck: „*Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft nach Art. 104 c [...] sind in den Haushalten von Bund und Ländern unter Beachtung des Artikels 109 I GG und gemäß der ihnen nach Art. 109 II GG obliegenden Berücksichtigung der Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts auf der Grundlage einer Abstimmung zwischen Bund und Ländern zu erfüllen*“.

Die Formulierung zeigt, dass man die Anforderungen aus Gemeinschaftsrecht im Wege eines kooperativen Föderalismus („Abstimmung“) zu lösen suchte, und bemüht war, die Budgetautonomie der Länder möglichst unangetastet zu lassen.²⁶

2. Anforderungen an die Umsetzung im bundesstaatlichen System

Der *effet utile* stellt materielle Anforderungen, belässt die *Art* der Umsetzung jedoch im Benehmen der Mitgliedstaaten²⁷, sodass eine Regelung im bundesstaatlichen System aus nationaler Sicht *systemkonform*, aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht vor allem *wirksam* sein muss – denn die Einhaltung der Referenzwerte ist echte Rechtspflicht²⁸.

a) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben: Defizitquote und Schuldenstandsquote

Obwohl das Gemeinschaftsrecht *zwei* Verschuldungskriterien kennt, findet sowohl in der öffentlichen Diskussion als auch im Schrifttum vorrangig der 3 %-Referenzwert und dessen innerstaatliche Aufteilung Beachtung. Jedoch besteht zwischen beiden Werten ein enger Zusammenhang dergestalt, dass es selbst bei Beachtung beider Kriterien im Laufe der Zeit zwangsläufig zu Verstößen kommen kann. Immerhin bewirkt die Nettokreditaufnahme eine entsprechende Erhöhung des Schuldenstandes. Die Schuldenstandsquote wird langfristig durch das Verhältnis der Kreditquote zur Wachstumsrate der Wirtschaft bestimmt.²⁹ Wenn demnach eine geringere nominale BIP-Wachstumsrate besteht als im Modell unterstellt, zieht das Ausschöpfen des Defizitkriteriums ein Anwachsen des öffentlichen Schuldenstandes nach sich.³⁰

25 BGBl. II 1992, S. 1251.

26 Ergebnis eines Kompromisses zwischen Bund und Ländern, vgl. Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 12/3334, Anlage 2, S. 116; demgegenüber Gegenäußerung der Bundesregierung, *ebd.*, Anlage 3, S. 118 f.

27 Streinz (Fn. 14), Art. 10 EGV Rn. 20.

28 Streinz/Obler/Herrmann, Totgesagte leben länger – oder doch nicht?, NJW 2004, S. 1553, 1554 m. w. N.

29 Instrukтив zur Interdependenz der Verschuldungskriterien: *Wiss. Beirat* (Fn. 5), S. 15 f.

30 Vgl. Gumboldt (Fn. 5), S. 506.

Um der Gefahr vorzubeugen, dass die Kreditaufnahme unbescheiden einen Schuldenhöchststand außerhalb des vorgegebenen Rahmens verursacht, sprechen ebenso gute Gründe für eine innerstaatliche Aufteilung des Schuldenhöchststandes.³¹ Jedoch lässt sich dem Anstieg der Schuldenquote auch durch Reduktion der (gesamtsstaatlichen) Defizitquote auf 1 bis 1,5 % begegnen (wenn man von einem nominalen BIP-Wachstum von 2,5 % ausgeht).³² Dies ist auch im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Konzeption, die davon ausgeht, dass es sich bei den Referenzwerten um Obergrenzen handelt³³, deren Ausschöpfung nicht gewünscht ist. Des Weiteren haben sich die Mitgliedstaaten in der Amsterdamer Entschließung des Europäischen Rates u. a. auf das mittelfristige Haushaltsziel eines nahezu ausgeglichenen Haushalts oder gar eines Haushaltsüberschusses verpflichtet.³⁴ Von der Rechtsqualität betrachtet handelt es sich hierbei lediglich um eine *politisch* verbindliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten.³⁵ Sie taucht jedoch auch in den Erwägungsgründen der einschlägigen Verordnungen³⁶ auf und gibt daher eine Auslegungsleitlinie vor. Man kann durchaus diese politische Verpflichtung zum Anlass nehmen, dem europäischen Stabilitätskonzept das Ziel des materiell ausgeglichenen Haushalts zuzuschreiben.³⁷ Zwar wurde diese Hoffnung durch die Reform des Stabilitäts- und Wachstumspaktes erschüttert, die neue Ausnahmetatbestände schafft und im Kern eine stärkere Verschuldung öffentlicher Haushalte zulässt, soweit diese auf grundlegende Strukturreformen zurückzuführen sind³⁸; aber die Zielsetzung, wenn auch in möglicherweise geschwächerter Form, besteht fort. Zwingende rechtliche Konsequenzen werden sich aus einer politischen Verpflichtung jedoch schwerlich ziehen lassen. Der Vorschlag, das gesamtstaatliche Defizit auf die konjunkturbedingten Mindereinnahmen und Mehrausgaben zu begrenzen³⁹, mag im Sinne einer Disziplinierung der Verschuldungspraxis erstrebenswert sein, am Wortlaut der rechtlich verbindlichen Bestimmungen und am Maßstab des *effet utile* gemessen schießt er jedoch über das Ziel hinaus. Denn das Gemeinschaftsrecht bewirkt durch die Verknüpfung von Defizit- und Schuldenstandsquote schon aus sich heraus eine nachhaltige Fiskalpolitik⁴⁰, indem die Kreditaufnahme die Auswirkungen auf den Schuldenstand im Auge behalten muss. Es fällt ins Gewicht, dass ein unwachsender Schuldenstand immer höhere Zins- und Tilgungslasten produziert.

31 Vgl. *Schemmel*, Defizitbegrenzung im Bundesstaat – Umsetzung des europäischen Stabilitätspaktes bei Bund und Ländern, 1997, S. 61 f.

32 *A. Weber*: Ausführungen vor dem Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages, 8. 03. 2006, <http://www.bundesbank.de/download/presse/reden/2006/20060309weber.php>.

33 Vgl. Bericht der *Kommission der Europäischen Gemeinschaften* über die Konvergenz in der Europäischen Union 1996, BR-Drs. 919/96, S. 35.

34 ABl. EG 1997 Nr. L 209/1.

35 *Häde*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar EUV/EGV, 2. Aufl. (2002), Art. 104 EGV Rn. 92.

36 Vgl. Fn. 2.

37 So *Schemmel* (Fn. 31), S. 29 ff.

38 *Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. (2005), Rn. 1047.

39 So *Schemmel* (Fn. 31), S. 27 ff.

40 Vgl. *Gumboldt* (Fn. 5), S. 506.

b) Funktionsbedingungen

Das bundesstaatliche System erfordert die folgenden Funktionsbedingungen⁴¹:

aa) Die **vertikale Aufteilung** bestimmt das Verhältnis zwischen dem Bund und der Gesamtheit der Länder.⁴² Die Sozialversicherungsträger werden dabei dem Bund, die Gemeindehaushalte der Länderseite zugerechnet.

bb) Die Zweistufigkeit des Staatsaufbaus verlangt in einem zweiten Schritt die **horizontale Aufteilung**, d. h. die Aufteilung auf die einzelnen Bundesländer. Sodann muss der Länderanteil noch auf das Land i. e. S. und die Gesamtheit der Gemeinden sowie schließlich der Gemeindeanteil auf die einzelnen Gemeinden aufgeteilt werden. Die Länder können die Gemeindeverschuldung über ihre Kommunalaufsicht steuern.⁴³

cc) Es bedarf eines **unabhängigen und durchsetzungsfähigen Kontrollorgans**, welches über Frühwarn- und Überwachungskompetenzen verfügen muss, um Überschreitungen frühzeitig zu erkennen. Daraus ergibt sich außerdem die Notwendigkeit, im Falle einer drohenden Überschreitung ein sog. „Abweichungskorrekturverfahren“ zu installieren – ähnlich, wie es auch das europäische Vorbild vorsieht.

dd) Um Glaubwürdigkeit herzustellen und die Einhaltung der Defizitobergrenzen zu gewährleisten, muss das Überschreiten der festgelegten Grenzen mit **Sanktionen** bewehrt werden.

ee) Zudem ist es denkbar, im Falle von Maßnahmen nach Art. 104 EGV diese Sanktionsmaßnahmen auf die einzelnen Haushaltsträger zu verteilen.⁴⁴ Dabei handelt es sich indes nicht um eine Funktionsbedingung, die der *effet utile* stellt⁴⁵, sondern sie spiegelt lediglich das Interesse des Bundes wider. Andererseits könnte man in der **Aufteilung der Sanktionslasten** eine Drohkulisse erblicken, die die Verschuldungsgrenzen durchsetzungsfähig macht.

IV. Innerstaatliche Umsetzung

1. Geltendes Recht (Nationaler Stabilitätspakt)

Das Koordinierungsbedürfnis hat man schon bei Unterzeichnung des Maastricht-Vertrages erkannt und seit Mitte der 90er Jahre intensiv diskutiert⁴⁶. Jedoch führte

41 Vgl. zu diesem Abschnitt: *Wiss. Beirat beim Bundesministerium der Finanzen*, Verbesserungsvorschläge für die Umsetzung des Deutschen Stabilitätspaktes, 2003, S. 7 ff.

42 Begriffliche Klarstellung: „Bund“ und „Land“ bezeichnen im Folgenden finanzwirtschaftliche Verantwortungsbereiche.

43 Aufgrund landesspezifischer Besonderheiten werden konkrete Vorschläge für die Aufteilung zwischen Ländern und Gemeinden im Folgenden ausgespart.

44 Dazu Abschnitt IV. 2.

45 So auch *Seitz*, Die Vergemeinschaftung von Staatszielbestimmungen, in: *Schiedermair – FS*, 2001, S. 265, 282 f.; *Häde* (Fn. 16), S. 276.

46 *Wiss. Beirat* (Fn. 5); BMF, Innerstaatliche Umsetzung von EG-rechtlichen Vorgaben zur Vermeidung übermäßiger öffentlicher Defizite, 13. 6. 1996: vgl. die Kernpunkte bei: *Häde* (Fn. 16), S. 272 und *Höfling*, Haushaltsdisziplinierung der Länder durch Bundesrecht?, ZRP 1997, S. 231 ff.; *Schemmel* (Fn. 31).

erst die deutliche Verschlechterung der öffentlichen Finanzen im Jahr 2001 zu einer ersten gesetzlichen Regelung. Indem die Bundesregierung dem Ecofin-Rat mehrere Zusagen machte, konnte sie eine förmliche Frühwarnung nach Art. 99 IV EGV abwenden.

a) Instrumentarium

Im Rahmen des Solidarpaktfortführungsgesetzes wurde die Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes (HGrG) durch Einfügen des § 51a vereinbart.⁴⁷ Der enorme politische Druck veranlasste den Finanzplanungsrat in seiner Sitzung am 21. März 2002 zu dem Beschluss, die Reform des HGrG vorzuziehen, sodass das Inkrafttreten von § 51a durch das Gesetz zur Änderung des Solidarpaktfortführungsgesetzes⁴⁸ auf den 1. Juli 2002 vorverlegt wurde.

Die Bestimmung sieht in Abs. 1 das „Bestreben“ von Bund *und* Ländern vor, vor dem Hintergrund des Art. 104 EGV eine Rückführung der Nettoneuverschuldung sowie das Ziel ausgeglichener Haushalte zu verfolgen und erkennt damit die gemeinsame Verantwortung der Haushaltsträger an. Der Finanzplanungsrat, bestehend aus den Bundesministern der Finanzen und für Wirtschaft, den Finanzministern der Länder sowie Vertretern der Gemeinden und Gemeindeverbände und der Bundesbank, wird in Abs. 2 mit der Kompetenz ausgestattet, Empfehlungen zur Haushaltsdisziplin abzugeben sowie die Vereinbarkeit der Haushalte mit Art. 104 EGV zu erörtern. Gem. § 51a III HGrG kann der Finanzplanungsrat bei Abweichen von den Vorgaben Empfehlungen zur Wiederherstellung der Haushaltsdisziplin abgeben.

b) Kritik

Die Unzulänglichkeit des Systems lässt sich durch den Abgleich mit den oben entwickelten Funktionsbedingungen veranschaulichen.

aa) Klärung zulässiger Verhaltensspielräume

Zwar hat sich der Finanzplanungsrat am 21. 3. 2002 auf eine Aufteilung der 3 %-Marke im Verhältnis 45 (Bund und Sozialversicherungen) zu 55 (Länder und Gemeinden) für das Jahr 2004 geeinigt und damit eine vertikale Abgrenzung getroffen. Jedoch fehlt der zweite Schritt einer horizontalen Aufteilung zwischen den einzelnen Bundesländern. Wenn der Finanzplanungsrat außerdem Leitlinien für die Entwicklung der Ausgaben vorgibt, so bedeutet dies vor dem Hintergrund der Maastricht-Vorgaben, die auf das Defizit abstellen und damit eine abweichende Definition zugrunde legen, einen geringen Erkenntniswert. Vor allem mit Hilfe „kreativer Buchführung“⁴⁹ ist es möglich, formell geringere Ausgaben vorzutäuschen.⁵⁰ Für Steuerungszwecke sind die Verabredungen daher nicht hinreichend.

47 BGBl. I 2001, S. 3955, 3961, Art. 7.

48 BGBl. I 2002, S. 2166, Art. 1 Nr. 2.

49 Vgl. *Görgens/Ruckriegel/Seitz*, Europäische Geldpolitik, 4. Aufl. (2004), S. 25 f.

50 Vgl. *Wiss. Beirat* (Fn. 41), S. 9, z. B. durch Verbuchung von Ausgaben als Mindereinnahmen.

bb) Unabhängiges und durchsetzungsfähiges Kontrollorgan

Beim Finanzplanungsrat handelt es sich nicht um ein ständiges Gremium, sondern er hat vielmehr Konferenzcharakter. Laut dem Wissenschaftlichen Beirat beim BMF gleicht er „*einem Arbeitsausschuss, der nach Kompromissformeln sucht, die Gemeinsamkeiten in den Einschätzungen von Bund und Ländern betonen und Unterschiede herunterspielen*“⁵¹.

Seine Beschlüsse sind juristisch unverbindlich, Frühwarn- und Sanktionskompetenz bestehen nicht und die Resonanz in der Öffentlichkeit, die zumindest politischen Druck erzeugen könnte, ist außerordentlich gering.

c) Bewertung

Die mit § 51a HGrG geschaffenen „Kompetenzen“ setzen das Konzept des „kooperativen Föderalismus [...] im europäischen Kontext fort“⁵². Zwar gerät das Instrumentarium nicht in Konflikt mit der verfassungsrechtlich garantierten Haushaltsautonomie der Länder, da es sich auf unverbindliche Absichtserklärungen beschränkt. Jedoch stellt die partnerschaftliche Abstimmung ein hehres Ziel dar, an deren Bindungswirkung zu glauben das beträchtliche Konfliktpotential im Bundesstaat wenig Anlass gibt – dies gilt insb., wenn die Bundesregierung und die Regierungen der Länder von unterschiedlicher politischer Couleur sind. Ebenso wenig ist von der Hand zu weisen, dass die Gemeinden, die insofern in den Zurechnungsbereich der Länder fallen, ebenfalls einen gewissen Widerstand in Konsolidierungsfragen zeigen.⁵³ Die kaum justiziable Formulierung in § 51a HGrG, das Ziel ausgeglichener Haushalte „anzustreben“, bleibt dann auch noch sanktionslos und damit wirkungslos.⁵⁴ Auf die Formulierung, dass Bund und Länder unter Berücksichtigung ihrer unterschiedlichen Haushaltsstrukturen anstreben, die öffentlichen Haushalte jeweils bis zu einem bestimmten Zeitpunkt ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen, hat man direkt verzichtet.⁵⁵ Insofern stellen die Unverbindlichkeit und die fehlende Durchsetzungsfähigkeit gravierende materielle Mängel dar. Hinzu kommt, dass die angestrebte Aufwertung des Finanzplanungsrates nicht gelungen ist, sodass noch nicht einmal von politischem Druck gesprochen werden kann. Eine präventive Verhaltenssteuerung kann nicht stattfinden. Eine Regelung, welche Sieg oder Niederlage vom Wohlwollen der Kooperationspartner abhängig macht, ist von der vollen praktischen Wirksamkeit i. S. d. *effet utile* weit entfernt.

51 *Ebd.*, S. 12; vgl. auch *Wiss. Beirat beim Bundesministerium der Finanzen*, Haushaltskrisen im Bundesstaat, 2005, S. 7.

52 BT-Drs. 14/9154, S. 5.

53 Vgl. Dt. Städtetag, ZKF 2002, S. 146.

54 *Höfling/Rixen*, in: BK (Fn. 16), Art. 115 Rn. 465: „symbolisches Schein(haushalts)recht“.

55 Vgl. *Henneke*, Maßstäbegesetzgebundenes Solidarpaktfortführungsgesetz, Der Landkreis 2002, S. 167, 176.

2. Aktuelle Entwicklung: Föderalismusreform

Ebenfalls unter dem Stichwort „Nationaler Stabilitätspakt“ hat die *Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung* die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und ihre Auswirkungen auf die innerstaatliche Rechtsordnung diskutiert. Die Föderalismusreform ist am 1. 09. 2006 in Kraft getreten.⁵⁶

a) Änderung von Art. 109 GG und Sanktionszahlungs-Aufteilungsgesetz

Der in Art. 109 GG neu eingefügte Abs. 5 legt in Satz 1 fest, dass gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen zur Einhaltung der Haushaltsdisziplin von Bund und Ländern gemeinsam zu erfüllen sind. Damit wagt der Gesetzgeber jedoch nicht die Festbeschreibung von Verschuldungsgrenzen, sondern begnügt sich im Weiteren mit einer Aufteilung der Sanktionslasten im Verhältnis Bund-Länder: 65 zu 35. Die Ländergemeinschaft trägt 35 % des auf sie entfallenden Betrages solidarisch entsprechend der Einwohnerzahl, 65 % werden horizontal entsprechend dem Verursachungsbeitrag verteilt. Das Sanktionszahlungs-Aufteilungsgesetz⁵⁷ definiert näher, dass sich der Verursachungsbeitrag nach dem Anteil des Finanzierungsdefizits des jeweiligen Landes an der Summe der Finanzierungsdefizite aller Länder bemisst. Für Länder, die einen ausgeglichenen oder positiven Finanzierungssaldo aufweisen, kommt nur eine Haftung nach dem Solidarprinzip in Betracht. Befindet sich ein Land in einer vom BVerfG festgestellten extremen Haushaltsnotlage, so wird die Zahlungsverpflichtung im Rahmen eines abgestimmten Sanierungskonzepts vom Bund gestundet.

b) Bewertung

Durch Einfügen von Art. 109 V in das Grundgesetz schafft die Föderalismusreform die Möglichkeit, bei der Verhängung von Sanktionslasten auch die Länder in die Pflicht zu nehmen. Diese Möglichkeit bestand vorher nicht.⁵⁸

Legt man zur Beurteilung den oben entwickelten Maßstab des *effet utile* an, so greift die innerstaatliche Aufteilung von Sanktionslasten jedoch zu kurz. Eine Vermeidung übermäßiger Defizite als ersten Ansatzpunkt hat sie gar nicht im Blick. Erwägenswert ist allenfalls die Drohkulisse, die die mögliche Aufteilung der Sanktionslasten im Hinblick auf eine frühzeitige Anreizwirkung darstellt. Jedoch steht für ein Frühwarn- und Überwachungssystem der Haushalte immer noch lediglich der wenig beachtete Finanzplanungsrat zur Verfügung. Auch ist die Höhe der möglichen Zahlungsverpflichtung für ein Land nicht ohne Weiteres absehbar und kalkulierbar, wenn der Verursachungsbeitrag im Verhältnis der Finanzierungsdefizite der übrigen Länder bestimmt wird. Selbst bei einem ausgeglichenen Haushalt besteht die Gefahr einer Solidarhaftung. Zwar mag ein Anreiz bestehen, einen ausgeglichenen Haushalt anzustreben, um den Verursachungsbeitrag möglichst gering zu halten. Die Frage ist

56 BGBl. I 2006, S. 2034 ff.

57 Föderalismusreform-Begleitgesetz, BGBl. I 2006, S. 2098, 2104 f.

58 Vgl. *Dederer*, Regress des Bundes gegen ein Land bei Verletzung von EG-Recht, NVwZ 2001, S. 258 ff.

jedoch auch, wie groß die Furcht vor gemeinschaftsrechtlichen Sanktionen tatsächlich ist. Bedauerlicherweise steht der europäische Stabilitäts- und Wachstumspakt selbst zwischen Verrechtlichung und politischem Ermessen⁵⁹, sodass sein Drohpotential in seinem derzeitigen Zustand wohl eher gering ist. Die neue Regelung macht damit die Verhaltenssteuerung der Untergliederungen vom Eingreifen des gemeinschaftsrechtlichen Vorbilds abhängig. Dies ist jedoch gerade nicht das Ziel innerstaatlicher Umsetzung, die schon an der Vermeidung von Haushaltsdefiziten (mit dem Ziel der Haushaltskonsolidierung) ansetzen soll. Zweitens schaffen relative Verursachungsmaßstäbe kaum Planungssicherheit. Wenn sich der Hang zur Verschuldung in einigen Ländern weiter fortsetzt, kann das zum Taktieren veranlassen, dass die eigene Verschuldung im Vergleich noch gering sei.

3. Weitergehende Vorschläge

Wenn man „Rechtsförmigkeit“ i. S. v. vorher feststehenden – d. h. nicht notwendig rechtsverbindlichen – Verschuldungsgrenzen versteht, die Rechts- und Planungssicherheit herstellen, so müssen sie schon bei der Aufstellung des Haushaltsplans berücksichtigt werden. Insofern könnte zunächst ein rechtsförmiges *Verfahren* zur Aufteilung dem *effet utile* näher kommen.

a) „Partner-Compliance“

aa) Verfahrensordnung

Vorbedingung für das Funktionieren einer Verfahrensordnung ist, dass alle beteiligten Regierungen eine konstruktive Haltung einnehmen.⁶⁰ Sowohl der Bund als auch jedes einzelne Land sollen Stabilitätsprogramme in der Form aufstellen, wie es das europäische Vorbild bisher nur vom Bund fordert. Sodann sollen ein Diskussionsgremium und ein Diskussionsverfahren geschaffen werden, um in diesem Rahmen die einzelnen Stabilitätsprogramme gleichsam auszutarieren und auf den gemeinsamen Nenner eines gesamtstaatlichen Stabilitätsprogramms zu bringen.

Einem solchen Verfahren steht die Budgetautonomie gemäß Art. 109 GG nicht im Wege. Denn diese umfasst lediglich die haushaltswirtschaftliche Unabhängigkeit der Haushalte und bezieht sich damit auf die Feinplanung der Struktur der jeweiligen Budgets. Jedoch haben Bund und Länder *finanzwirtschaftlich*, d. h. bei der Grobplanung der Budgetumfänge, eine „Grenze des Finanzierbaren“ zu beachten⁶¹, welche nunmehr von den Maastricht-Kriterien vorgegeben wird.

Ein aufgewertetes, ständiges Überwachungsorgan soll sodann *politisch* verbindliche Beschlüsse fassen, die anschließend von den Parlamenten in *rechtlich* verbindliche Vorschriften umgesetzt werden können. Eine einfache und strategieresistente Auf-

59 Bredt, Der europäische „Stabilitätspakt“ benötigt mitgliedstaatliche Verankerung, EuR 2005, S. 104, 107 f.

60 Wiss. Beirat (Fn. 41), S. 7.

61 BVerfGE 101, 158 (220).

fangregelung soll zum Einsatz kommen, falls Entscheidungsblockaden auftreten sollten. Im Dienste der Konsensbildung wäre auch an ein Schlichtungsgremium zu denken. Nur wenn Defizitgrenzen existieren, kann auch eine Frühwarnung ausgesprochen werden. Diese hätte Sanktionswert insofern, als sie politischen Druck erzeugen könnte.⁶²

bb) Bewertung

Auch wenn die Schaffung eines institutionellen Rahmens einen Schritt in die richtige Richtung darstellt, vermögen selbst gute Verfahrensregeln nicht die Zweifel auszuräumen, die sich auf die Kooperationsbereitschaft im Bundesstaat selbst beziehen. Zudem steht zu befürchten, dass der Rahmen ständiger Verhandlungen über zulässige Verschuldungsgrenzen dazu genutzt wird, auch andere Teile der Finanzordnung in Frage zu stellen. Ein kritischer Punkt ist die Durchsetzungsfähigkeit. Eine gewisse Anreizwirkung durch politischen Druck ist nicht zu leugnen. Allerdings ist ein wie auch immer gearteter Durchgriff auf die Länder nicht möglich. Auch in einem rechtsförmigen Verfahren dürften hart erkämpfte Kompromisse an der Tagesordnung sein, da alle Beteiligten für sich den größtmöglichen Handlungsspielraum zu erreichen trachten werden. Jedoch hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum Länderfinanzausgleich klargestellt, dass die Regelung des Finanzausgleichs „*nicht dem freien Spiel der politischen Kräfte überlassen*“⁶³ werden darf. Dies muss erst recht für Verschuldungsgrenzen gelten, die in engem Zusammenhang mit der haushaltsgesetzgeberischen Gestaltungsfähigkeit stehen und denen auf der anderen Seite vor dem Hintergrund gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen eine so große Bedeutung für die Konzeption der Stabilitätsgemeinschaft zukommt. Auch der wissenschaftliche Beirat räumt in seiner Stellungnahme ein, dass viel grundsätzlichere Reformen im Rahmen von mehr Wettbewerbsföderalismus ein spannungsresistenteres Instrumentarium schaffen könnten.⁶⁴

b) Bundesgesetz

Das Konfliktpotential, das die Aufteilung von Anteilen am Verschuldungsrahmen in sich birgt, lässt sich in keinem Fall umschiffen, denn sowohl eine Verfassungsänderung als auch eine bundesgesetzliche Aufteilung bedürften der Zustimmung der Länder im Bundesrat. Dennoch verspricht eine bundesgesetzliche Regelung⁶⁵ – wenn man erst einmal eine Einigung erzielt hat – nicht nur Rechts- und Planungssicherheit, sondern auch rationale und objektive Ergebnisse. Der Erfolg einer bundesgesetzlichen Regelung wird sich zum einen an ihrer normativen Direktionskraft, zum anderen an der Verbindlichkeit und Durchsetzungsfähigkeit messen lassen müssen, die durch Sanktionen bei Überschreitung der Grenzen untermauert werden muss.

62 Vgl. zu diesem Abschnitt: *Wiss. Beirat* (Fn. 41), S. 17 ff.

63 *BVerfGE* 101, 158 (217 f.).

64 *Wiss. Beirat* (Fn. 41), S. 22.

65 Dafür: *Gumboldt* (Fn. 5), S. 504; *Häde*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 35), Art. 104 EGV Rn. 74.

aa) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Ein solches Bundesgesetz müsste eine ausreichende Kompetenzgrundlage in der Verfassung vorfinden, da es zwangsläufig mit (weitreichenden) Einschränkungen der Budgetautonomie der Länder einherginge und daher etwa eine Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhangs ausscheidet⁶⁶. Allerdings sind Einschränkungen der Budgetautonomie dem GG keinesfalls von vornherein fremd. Denn Art. 109 II GG verpflichtet sowohl Bund als auch Länder auf das „gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht“ und damit zu gegenseitiger Rücksichtnahme, was im Ergebnis eine tatbestandliche Einschränkung der Haushaltsautonomie bewirkt. Durch Einfügen der Abs. 2, 3 (a. F.) und 4 in Art. 109 GG hat man schon 1967 Ermächtigungsgrundlagen geschaffen, die dem Bundesgesetzgeber (in engen Grenzen) Steuerungsmöglichkeiten im Bereich der Finanzwirtschaft einräumen⁶⁷ – und zwar mit dem Ziel, eine aktive, antizyklische Konjunkturpolitik i. S. v. Keynes betreiben zu können.⁶⁸ Hier wird besonders deutlich, wie sehr eine Verfassung „*Spiegel des Zeitgeists und Wissensstands ihrer Entstehungsgeschichte*“⁶⁹ ist.⁷⁰ Allerdings ergeben sich aus Art 109 II GG keine *eigenständigen* Regelungs- oder Aufsichtsrechte des Bundes gegenüber den Ländern.⁷¹ Jedoch könnte Art. 109 II GG im Lichte des Gemeinschaftsrechts das Instrumentarium von Art. 109 III, IV GG für die bundesgesetzliche Regelung von Verschuldungsgrenzen zur Verfügung stellen.

(1) Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Haushaltsrechts

Das GG verwendet mit dem Begriff des „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ eine „Staatszielbestimmung“.⁷² Laut dem BVerfG handelt es sich um einen „unbestimmten Verfassungsbegriff“, „*der einen in die Zeit hinein offenen Vorbehalt für die Aufnahme neuer, gesicherter Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften als zuständiger Fachdisziplin enthält*“⁷³. Zur Konkretisierung wird auf die Teilziele des § 1 S. 2 StWG⁷⁴ – das „magische Viereck“ – zurückgegriffen: Stabilität des Preisniveaus, hoher Beschäftigungsstand, außenwirtschaftliches Gleichgewicht, stetiges und angemessenes Wirtschaftswachstum.

66 Hartmann (Fn. 12), S. 185; a. A. Bleckmann, Der Vertrag über die europäische Union, DVBl. 1992, S. 335, 340.

67 Vgl. Höfling, Staatsschuldenrecht, 1993, S. 138, unter Hinweis auf BT-Drs. 5/1686, S. 2.

68 Vgl. BVerfGE 79, 311 (330 ff.).

69 Walter, Hüter oder Wandler der Verfassung?, AöR 125 (2000), S. 517, 535.

70 Vgl. zur Bewertung der Keynesianischen Theorien aus heutiger Sicht: Uhlig: „Keynes und seine Sklaven“, Handelsblatt v. 10. 4. 2006, S. 13.

71 Littwin, Umsetzung der Konvergenzkriterien nach Art. 104c I EGV im Bund-Länder-Verhältnis unter besonderer Berücksichtigung des Art. 109 GG, ZRP 1997, S. 325, 327.

72 Vgl. Prokisch, Die Justiziabilität der Finanzverfassung, Diss. München 1993, S. 137; a. A. Hartmann (Fn. 12), S. 151.

73 BVerfGE 79, 311 (338); Kritik bei Hillgruber, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 10), Art. 109 Rn. 59 ff.: nur Handlungsermessen auf Rechtsfolgenseite.

74 Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. 06. 1967, BGBl. I 1967, S. 582.

Zum Teil wurde argumentiert, Art. 109 II GG sei durch den Eintritt in die dritte Stufe der WWU obsolet geworden, da zentrale Kompetenzen zur Erfüllung der darin vorgesehenen Ziele an die Gemeinschaft abgegeben worden seien und nunmehr von einem gesamtwirtschaftlichen *europäischen* Gleichgewicht auszugehen sei.⁷⁵

Dem ist entgegen zu halten, dass die WWU den Mitgliedstaaten gerade die Kompetenzen für die Wirtschaftspolitik (Haushalts- und Fiskalpolitik)⁷⁶ belässt, sodass ihnen wesentliche Einwirkungsmöglichkeiten zur Verwirklichung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts verbleiben. Auch antizyklische Konjunkturpolitik bleibt zulässig, soweit sie sich im Rahmen der Referenzwerte hält, welche sich im Wege des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor jeglichem nationalen Recht⁷⁷ durchsetzen.

Bezeichnend ist, dass das Gemeinschaftsrecht den nationalen Staatszielen vergleichbare Zielbestimmungen kennt⁷⁸: Art. 2 EGV, der im Hinblick auf die WWU außerdem auf Art. 4 EGV verweist, verpflichtet die Koordinierung der nationalen Wirtschaftspolitiken auf die Ziele des „magischen Vierecks“, das durch das Erfordernis der Haushaltsdisziplin zum Polygon erweitert wird⁷⁹. Wenn somit keine Kollision vorliegt, wandelt sich im Wege der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung das Begriffsverständnis vom „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht“.⁸⁰ Die Offenheit des Begriffs ist auf Dynamik ausgelegt und damit geeignet, die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts aufzunehmen⁸¹, sodass es keines Rückgriffs auf die Formel des BVerfG bedarf.

(2) Veränderungen im Instrumentarium durch Übertragung der Währungshoheit
Nach einem anderen Ansatz⁸² wird eine Modifikation des Begriffs des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts abgelehnt. Die Pflicht zur Einhaltung der Haushaltsdisziplin wird vielmehr im Rahmen des Teilziels Preisstabilität berücksichtigt. Gerade weil die Mitgliedstaaten den rechtlichen Zugriff auf die Währungspolitik verlören, müssten sie die ihnen verbliebenen Kompetenzen im Bereich der Finanz- und Haushaltspolitik zur Wahrung der Preisstabilität nutzen. Dies geschieht aus der Erwägung heraus, dass solide öffentliche Finanzen die Geld- und Währungspolitik des Europäischen Systems der Zentralbanken unterstützen, und dass gesunde Staatsfinanzen Voraussetzung für das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht sind⁸³. Die Konzeption

75 *Beisse*, Verfassungshürden vor der Europäischen Währungsunion – Der Verzicht auf die Währungshoheit erfordert Änderung der Verfassung, BB 1992, S. 645, 648 f.; *L. Müller*, Verfassungsrechtliche Fußnoten zum Maastrichter Vertrag über eine Wirtschafts- und Währungsunion, DVBl. 1992, S. 1249, 1251; a. A. *Hartmann* (Fn. 12), S. 169 f.

76 *Hellermann* (Fn. 8), S. 33; *Seitz* (Fn. 45), S. 280.

77 St. Rspr. des EuGH, vgl. nur Rs. 6/64 (Costa/E.N.E.L.), Slg. 1964, S. 1251, 1270.

78 Näher dazu *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 280 ff.

79 *Stern* (Fn. 7), S. 1472.

80 *Seitz* (Fn. 45), S. 279 ff., 283 f.

81 A. A. *Hellermann* (Fn. 8), S. 33 f., der jedoch verkennt, dass die konjunkturpolitischen Elemente der Vorschrift dadurch nicht abgeschafft, sondern allenfalls begrenzt werden.

82 *Häde* (Fn. 16), S. 274 f.

83 *Rodi*, in: BK (Fn. 16), Art. 109 Rn. 562.

der WWU als Stabilitätsgemeinschaft führe zu einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten, ihr innerstaatliches gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht zu wahren, um Schäden von den Partnerländern abzuwenden. Diese Zurechnung der Wahrung der Haushaltsdisziplin an das innerstaatliche gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht begründe eine aus deutschem Verfassungsrecht folgende Verpflichtung. Um das Staatsziel des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts verwirklichen zu können, müsse sodann der Zugriff auf Art. 109 III, IV GG eröffnet sein.

(3) Tragfähigkeit des Instrumentariums

In jedem Falle muss das Instrumentarium des Art. 109 III, IV GG die dauerhafte Disziplinierung der Haushaltsträger durch Festschreibung von Verschuldungsgrenzen materiell auch tragen. Eine Einschränkung der Budgetautonomie der Länder erfolgt nämlich nicht schon durch das Zustimmungsgesetz, sondern erst durch innerstaatliche Durchführungsmaßnahmen.⁸⁴ Selbst wenn man davon ausgeht, dass das gemeinschaftsrechtliche Vorgaben durchführende innerstaatliche Recht – das sich jedoch innerhalb der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung hält, also formell verfassungsgemäß ist⁸⁵ – ebenso wie das Gemeinschaftsrecht *materiell* Anwendungsvorrang auch vor Verfassungsrecht genieße⁸⁶, so werden selbst nach dieser „rigorosen“ Ansicht Besonderheiten anerkannt, wenn das Gemeinschaftsrecht einen Spielraum zur Durchführung eröffnet⁸⁷. Nur in dem Falle, in dem das Gemeinschaftsrecht eine ähnlich strikte Bindung der Länder und Kommunen verlangte, wäre es aus der Sicht des Anwendungsvorrangs überlegenswert, sich über das bestehende innerstaatliche Instrumentarium hinwegzusetzen und den verfassungsrechtlichen Maßstab außer Acht zu lassen. Vorliegend ist die Art der Umsetzung jedoch gerade in die Hände der Mitgliedstaaten gegeben, indem das Gemeinschaftsrecht „geeignete innerstaatliche Verfahren“⁸⁸ fordert. Die Mitgliedstaaten sind dann aus dem Prinzip der Gemeinschaftstreue gehalten, die materiellen Anforderungen zu erfüllen und die Art der Umsetzung in ihrem System „auszutariieren“, d. h. also entweder verfassungsrechtliche Garantien zu schonen oder den Weg der formellen Verfassungsänderung gem. Art. 79 GG zu beschreiten. Die vorgestellte Konstruktion ist zwar zunächst auf die „indirekte Kollision“ zugeschnitten, d. h. dass ein materiell durch das Gemeinschaftsrecht vorbestimmter nationaler Akt einer verfassungsrechtlichen Bestimmung widerspricht.⁸⁹ Die gemeinschaftsrechtliche Überlagerung einer Staatszielbestimmung ebenso wie ein durch die Übertragung der Währungshoheit verändertes innerstaatliches Instrumentarium postulieren hingegen vom Standpunkt des nationalen Verfassungsrechts aus die Durchführung – dies aus der Erwägung heraus, dass sich das innerstaatliche System zur Wahrung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts

84 Hartmann (Fn. 12), S. 190.

85 W. Müller, Die Entscheidung des Grundgesetzes für die gemeindliche Selbstverwaltung im Rahmen der europäischen Integration, Diss. Würzburg 1992, S. 372 f.

86 Ebd., S. 375 ff. m. w. N.

87 Ebd., S. 381.

88 Art. 3 des Protokolls Nr. 20 (Fn. 1).

89 Vgl. W. Müller (Fn. 85), S. 371 ff.

an sich verändert habe. Dennoch ist diese Veränderung des Systems gemeinschaftsrechtlich veranlasst. Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung ist Ausfluss aus dem Prinzip der Gemeinschaftstreue⁹⁰ und „milderes Mittel“, welches noch vor dem Anwendungsvorrang in Erwägung gezogen werden muss. Dann gilt der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab jedoch a fortiori. Es wäre nämlich widersinnig, durch eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung den Weg für eine Ausdehnung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes frei zu machen, die sogar im „härteren“ Kollisionsfall des Anwendungsvorrangs wie dargestellt versperrt wäre. Somit kann die Systematik von Art. 109 GG nicht unterlaufen werden. In den Abs. 3 und 4 werden Ausnahmetatbestände zur Budgetautonomie normiert, sodass eine restriktive Auslegung⁹¹ geboten ist.

(a) Art. 109 IV S. 1 Nr. 1 GG.

Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung der Staatszielbestimmung in Art. 109 II GG könnte dazu verleiten, Art. 109 IV GG ebenfalls in diesem Sinne auszulegen und damit anwendbar zu machen.⁹²

Entstehungsgeschichte und Wortlaut der Bestimmung (insb. „zur Abwehr einer Störung“) verweisen auf die konjunkturpolitische Zielsetzung: Ursprünglich war die Norm auf die Einflussnahme des Bundes in Zeiten der Hochkonjunktur⁹³ bzw. bei Überhitzungserscheinungen gemünzt. Diese Motivation stellt nur situationsbezogene, zeitlich begrenzte Instrumente zur Verfügung. Selbst Vertreter der Auffassung, dass diese Befunde einer erweiternden (gemeinschaftsrechtskonformen) Auslegung nicht im Wege stünden, beziehen dies auf „situationsbezogene Entscheidungen über Kreditbegrenzung“⁹⁴. Damit wäre der Vorschlag des BMF 1996⁹⁵, der die Festsetzung von Verschuldungsgrenzen *nur im Bedarfsfall* durch Rechtsverordnung vorsah, wohl von der Verfassung gedeckt. Eine dauerhafte Disziplinierung der Haushaltsträger, wie sie vorliegend durch permanente, feste und konjunkturneutrale Verschuldungsgrenzen erwogen wird, ließe sich dann aber auf der Grundlage von Art. 109 IV S. 1 Nr. 1 GG nicht realisieren.⁹⁶

(b) Art. 109 III GG.

Art. 109 III GG kommt als Ermächtigungsgrundlage ebenfalls nicht in Betracht. Die Vorschrift hat mit Konjunkturpolitik weniger zu tun⁹⁷ und bezieht sich eher auf die

90 *Streinz* (Fn. 14), Art. 10 EGV Rn. 16.

91 *Glauben*, Innerstaatliche Regelung zur Einhaltung der Verschuldenskriterien für die Währungsunion, ZG 1997, S. 233, 235.

92 So *Seitz* (Fn. 45), S. 282.

93 *Höfling* (Fn. 46), S. 234.

94 *Rodi*, in: BK (Fn. 16), Art. 109 Rn. 601.

95 S. Fn. 46.

96 Im Erg. ebenso: *Hartmann* (Fn. 12), S. 172; *Hellermann* (Fn. 8), S. 33 f.; *Höfling* (Fn. 46), S. 234; *Stern* (Fn. 7), S. 1485, die jedoch auf die konjunkturpolitische Ausrichtung der Vorschrift abstellen.

97 So aber *Höfling* (Fn. 46), S. 233.

Normallage, indem sie auf Regelungen formeller Art (Verfahrensvorschriften)⁹⁸ abzielt. Dies schließt einen gewissen materiellen Gehalt zwar ein, deckt aber keinesfalls Eingriffbefugnisse dieser Qualität⁹⁹ im Sinne von Detailregelungen, sondern lediglich die Festlegung von „Grundsätzen“¹⁰⁰.

Auch die Entscheidung zum Länderfinanzausgleich, die Art. 109 III GG relativ großzügig auslegt, ergibt nichts Gegenteiliges: Hier geht es um die Regelung von Verfahrens- und Verhaltenspflichten zur Vermeidung einer Haushaltsnotlage – und das vor dem Hintergrund, dass das Land in einer solchen Situation die faktische Fähigkeit zur Wahrnehmung der Budgetautonomie verliert.¹⁰¹

Allenfalls denkbar wäre somit die Schaffung eines materiellen Rahmens zur Orientierung an den Erfordernissen von Art. 109 II GG¹⁰², z. B. die Normierung von „Kennziffern“ zur Festlegung und Bewertung von Finanzierungsdefiziten, um eine stabilitätsorientierte Haushaltsführung zu erleichtern.¹⁰³ Diese Möglichkeit erscheint jedoch vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklungen¹⁰⁴ als unzureichend.

(c) Schlussfolgerung

Konjunktursteuerung ist etwas qualitativ anderes als dauerhafte Konsolidierungsverpflichtungen, deren Verletzung möglicherweise auch zur Grundlage von Sanktionen werden kann. In diesem Sinne wird die Geeignetheit von Art. 109 III, IV GG als Ermächtigungsgrundlage nicht aufgrund der Überzeugung abgelehnt, dass die Deutung der Vorschrift ihrer „explizit konjunkturpolitischen Ausrichtung“ verhaftet bleibe¹⁰⁵. Die Staatszielbestimmung verschließt sich nicht der „Vergemeinschaftung“. Jedoch lässt sich auf diesem Wege nicht der verfassungsrechtliche Kontrollmaßstab umgehen, der die Tragfähigkeit des Instrumentariums bestimmt. Selbst wenn sich eine Staatszielbestimmung verändert, kann ihr institutioneller Unterbau nicht „auf Biegen und Brechen“ zu ihrer Verwirklichung dienstbar gemacht werden. Mit der permanenten Regulierung der Haushaltsdefizite ist eine endgültige Verringerung der Haushaltsautonomie verbunden, sodass eine Verfassungsänderung nach überwiegender Auffassung richtigerweise für erforderlich gehalten wird¹⁰⁶.

98 *Hellermann* (Fn. 8), S. 35.

99 *Hillgruber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 10), Art. 109 Rn. 94, 144.

100 *Rodi*, in: BK (Fn. 16), Art. 109 Rn. 209; *Stern* (Fn. 7), S. 1486.

101 Vgl. *Hellermann* (Fn. 8), S. 36.

102 *Rodi*, in: BK (Fn. 16), Art. 109 Rn. 600.

103 *Hartmann* (Fn. 12), S. 144 ff., 181.

104 Vgl. die Haushaltsdefizite der Länder, Deutsche Bundesbank Monatsbericht November 2005, S. 61 f.

105 So *Höfling* (Fn. 46), S. 233 f.

106 *Hellermann* (Fn. 8), S. 36 f.; *Höfling* (Fn. 7), S. 442; *Stern* (Fn. 7), S. 1487; a. A. *Heintzen*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar III, 4./5. Aufl. (2003), Art. 109 Rn. 31, der jedoch schon die Problematik und den Handlungsbedarf nicht anerkennt.

bb) Verfassungsänderung

Die gemeinschaftsrechtliche Gewährleistungsverpflichtung führt somit zu verfassungsrechtlichem Handlungsbedarf. Dieser muss jedoch in besonderem Maße für die Auswirkungen eines Eingriffs in die Budgetautonomie sensibilisieren. Schließlich ist es die Aufgabe des Finanzverfassungsrechts, in der Finanzordnung die Voraussetzungen anzulegen, die die staatliche Selbständigkeit von Bund und Ländern zur Entfaltung bringen.¹⁰⁷ Diese Vorgabe des BVerfG bezieht sich zwar vorrangig auf eine angemessene Finanzausstattung. Wenn jedoch durch Verfassungsänderung die Möglichkeit geschaffen wird, Verschuldungsgrenzen durch Bundesgesetz permanent festzuschreiben, so sind die Auswirkungen auf die Länder einer gewissenhaften Prüfung zu unterziehen, da sie sich in das schon bestehende System der Bund-Länder-Finanzbeziehungen einfügen. Insgesamt muss den Ländern ein bestimmtes Maß an substantiellen Kompetenzen auch im finanziellen Bereich verbleiben und ihnen Gestaltungsalternativen belassen.¹⁰⁸ Bei Vorliegen eines Zielkonflikts unterliegt es der Angemessenheitsprüfung, ob das mit der Verfassungsänderung angestrebte Ziel – nämlich die Einhaltung der Maastricht-Kriterien und damit die Sicherung und Verwirklichung des „hohen gemeinschaftsrechtlichen Verfassungsguts“¹⁰⁹ einer Währungsunion – nicht außer Verhältnis zu der damit verbundenen Beeinträchtigung anderer Rechtsgüter – hier der Budgetautonomie der Länder – steht. Der Befund, dass die Länder (mittelbar oder unmittelbar) an die Einhaltung gebunden sind, entschärft schon den Zielkonflikt. Im Hinblick auf den durch Art. 79 III GG geschützten Kernbereich der Budgetautonomie stecken Verschuldungsgrenzen zwar einen engeren Gestaltungsrahmen, sie schaffen ihn aber nicht gänzlich ab.

cc) Ausgestaltung von Verschuldungsgrenzen

Ein Bundesgesetz müsste sodann die Verteilungsschlüssel und den Grad der Flexibilität der Verschuldungsgrenzen bestimmen sowie eine Ermächtigung zu einer Rechtsverordnung enthalten, die konkrete Werte aussprechen müsste. Es erscheint nicht sinnvoll, die Verteilungsschlüssel mit der erhöhten Bestandskraft der Verfassung auszustatten. Für den Fall, dass sich die gewählten Schlüssel als unzulänglich erweisen sollten, ließe eine nur einfachgesetzliche Regelung mehr Spielraum für Anpassungsbedarf. Der Verzicht auf verfassungsrechtliche Festschreibung bedeutet nicht, dass die Länder den Vorgaben des Bundes schutzlos ausgeliefert werden. Die Zustimmungsbedürftigkeit im Bundesrat wahrt ihre Interessen.

(1) Maßstäbe

Zusätzlich ist der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung verfassungsrechtlichen Direktiven, d. h. dem Gebot föderativer Gleichbehandlung¹¹⁰ und der Konzeption des Bun-

107 BVerfGE 86, 148 (264).

108 Stern, StaatsR I (1977), S. 138.

109 Stern (Fn. 7), S. 1482.

110 Vgl. nur BVerfGE 86, 148 (261 und 272).

desstaates als Solidargemeinschaft¹¹¹, unterworfen. Das Gemeinschaftsrecht präjudiziert keine bestimmten Verteilungsschlüssel, jedoch wurde bisher übersehen, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung unter dem Gesichtspunkt des *effet utile* sein Augenmerk auch auf die *Anreizwirkung* der zu wählenden Verteilungsschlüssel zu richten gehalten ist, will er die volle praktische Wirksamkeit erreichen. Im Sinne der Konzeption des Stabilitäts- und Wachstumspaktes sollte jegliche innerstaatliche Umsetzung an der Vermeidung defizitärer Haushaltslagen ihren Ansatzpunkt nehmen. Dieser Anstoß aus dem Gemeinschaftsrecht trägt im Übrigen auch im nationalen Interesse Früchte. Bisher sollen defizitäre Haushaltslagen im Extremfall, der sog. „extremen Haushaltsnotlage“, bundesstaatliche Beistands- und Kooperationspflichten auslösen¹¹², sodass der Haushaltsträger für sein übermäßiges Finanzgebahren möglicherweise noch mit Finanzmitteln „belohnt“ wird. Das – der Konzeption als Solidargemeinschaft zuzuschreibende – Fehlen eines Haftungsausschlusses, wie er auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene existiert (Art. 103 EGV), setzt im bundesstaatlichen System schon falsche Anreize: Die Länder können auf die Inanspruchnahme der bundesstaatlichen Gemeinschaft spekulieren, bevor sie den mühsamen Weg eigener Konsolidierungsmaßnahmen beschreiten.

(2) vertikale Aufteilung

Zu Beginn der Diskussion hat man die Einfachheit und Strategieresistenz einer solchen Regelung betont, die Einbeziehung einer Vielzahl von Faktoren abgelehnt und sich für eine hälftige Teilung zwischen Bund und Ländern ausgesprochen.¹¹³ Hintergrund ist, dass über die Aufteilung politischer Konsens erzielt werden muss, sodass Diskussionen auslösende Faktoren von vornherein ausgeschieden werden sollen. Der Bund hat hier durchaus eine ungünstige Verhandlungsposition, da er im Außenverhältnis haftet. Dennoch ist der Zusammenhang zur Einnahmenverteilung im Bundesstaat unabweisbar.¹¹⁴ Das Problem lässt sich noch deutlicher am Beispiel der horizontalen Verteilung veranschaulichen.

(3) horizontale Aufteilung

(a) Verteilungsschlüssel

Für die Aufteilung unter den Ländern wurde häufig der Maßstab der Einwohnerzahl favorisiert – zum einen wegen seiner Rolle als wesentliche Bestimmungsgröße des Produktionspotentials einer Region, zum anderen wegen seiner Strategieresistenz.¹¹⁵ Allerdings ist diesem Schlüssel entgegen zu halten, dass er Ländern mit überproportionaler Pro-Kopf-Verschuldung vergleichsweise hohe Konsolidie-

111 *Hellermann* (Fn. 8), S. 39 f.

112 *BVerfGE* 86, 148 (264).

113 *Wiss. Beirat* (Fn. 5), S. 51; Diskussionsvorschlag des BMF v. 13. 6. 1996 (Fn. 46); *Schemmel* (Fn. 31), S. 39 ff.

114 So auch *Hildebrandt*, Maastricht und die Verschuldung von Bund, Ländern und Gemeinden, *Noll – FS*, 1996, S. 253, 260; vgl. Art. 106 III GG: „notwendige Ausgaben“.

115 *Wiss. Beirat* (Fn. 5), S. 18; *Schemmel* (Fn. 31), S. 48 ff.

rungslasten aufbürdet.¹¹⁶ Diese Tatsache lässt daran zweifeln, ob ein reiner Einwohnerschlüssel der Konzeption des Bundesstaates als Solidargemeinschaft entspricht.¹¹⁷ Für die Vermeidung einer Überbelastung muss schon deshalb Sorge getragen werden, weil die Verletzung der Obergrenzen bzw. eine extreme Haushaltsnotlage eines Landes nicht dazu führen darf, dass der gesamtstaatliche Rahmen überschritten wird.

Zudem wird mit einiger Berechtigung der unterschiedliche Kredit- und Finanzbedarf der einzelnen Länder betont.¹¹⁸ Man könnte dann an weitere Maßstäbe denken, um diesen zu bestimmen¹¹⁹, z. B. jährliche Ausgabenhöhe, Einnahmen der Vorjahreshaushalte, Höhe der Investitionen, durchschnittliche Defizite, Schuldenstand oder schon bestehende Zinsbelastungen und Haushaltsnotlagen. Ein weiterer Vorschlag des BMF¹²⁰ sah einen Mischschlüssel aus Einwohnern und Defiziten vor, der in einem Übergangszeitraum von 10 Jahren zu einem reinen Einwohnerschlüssel verändert werden sollte.

Das regionalisierte BIP als Maßstab würde wirtschaftlich leistungsfähige Länder begünstigen. Problematisch ist aber schon seine statistische Abgrenzung.¹²¹ Beim Abstellen auf Haushaltsvolumina müssten die Ausgaben oder Einnahmen ohne Nettokreditaufnahme als Maßstab dienen. Die dann vorzunehmenden notwendigen Abgrenzungen im Hinblick auf Bundesergänzungszuweisungen etc. führten jedoch wieder zum Problem der Strategieanfälligkeit.¹²²

Bei der Wahl zusätzlicher Faktoren ist außerdem die Anreizwirkung im Blick zu behalten. Die Berücksichtigung von durchschnittlichen Defiziten oder Zinsbelastungen würde denjenigen Ländern einen höheren Kreditrahmen im Verhältnis zu denen zur Verfügung stellen, die geringere Defizite aufweisen und sie womöglich dazu verleiten, diese Verhaltensspielräume wiederum auszureizen.

Grds. begegnet die Einbeziehung vieler Faktoren erheblichen Bedenken. Sie geht zu Lasten der Handhabbarkeit, schafft neues Diskussionspotential und verringert so die Chancen für eine Einigung zwischen Bund und Ländern.

(b) Systemzusammenhang

Auf der anderen Seite kann bei der Verteilung von Konsolidierungslasten der unterschiedliche Kredit- und Finanzbedarf nicht außer Acht gelassen werden. Schließlich stellt die Kreditaufnahme eine wichtige Einnahmequelle für die Länder dar. Hinsichtlich anderer Einnahmequellen – Kostenerstattung bei Aufgabenübertragungen, Finanzausgleich – besteht eine signifikante Abhängigkeit vom Bundesgesetzgeber. Die Haushalts-, Einnahmen- und Ausgabenstruktur der Länder ist weitgehend

116 *Hildebrandt* (Fn. 114), S. 261; *Littwin* (Fn. 71), S. 329.

117 *Hellermann* (Fn. 8), S. 40.

118 *Ebd.*, S. 38 ff.; *Hildebrandt* (Fn. 114), S. 259.

119 *Littwin* (Fn. 71), S. 329; *Stern* (Fn. 7), S. 1480.

120 Vgl. *Hellermann* (Fn. 8), S. 31.

121 Vgl. *Hildebrandt* (Fn. 114), S. 260 f.

122 *Vogel*, „Blauer Brief“ auch für Kommunen?, der gemeindehaushalt 2002, S. 106, 108.

durch den Bund vorgeprägt.¹²³ Jedoch müssen die Länder die Aufgabenwahrnehmung sicherstellen. Als einziger Manövriertbereich für die Finanzmasse bleibt die Kreditaufnahme. Wenn man nun den Ländern Verantwortung durch feste Verschuldungsgrenzen abverlangt, könnte die Gefahr eines Kollapses in der Aufgabenwahrnehmung bestehen. An dieser Stelle vermag die Diskussion um den Finanzbedarf so weit zu führen, dass Verschuldungsgrenzen gänzlich abgelehnt werden, weil den Ländern der nötige Spielraum auf der Einnahmenseite fehle, um ihr Finanzgebaren tatsächlich eigenverantwortlich zu gestalten. Dieser Ansatz ist allerdings nicht geeignet, die Idee fester Verschuldungsgrenzen an sich in Verruf zu bringen. Es ist vielmehr ein Kritikpunkt, der mit dem System der Bund-Länder-Finanzbeziehungen in Verbindung gebracht werden muss. Es ist nicht die Aufgabe fester Verschuldungsregeln, die *Ursachen* für Kreditaufnahme zu beseitigen.

Daher lautet die These: Feste Verschuldungsgrenzen können erst dann handhabbar gestaltet werden, wenn gewisse Vorbedingungen im System erfüllt sind. Dies ist jedoch nicht nur eine Frage der Handhabbarkeit¹²⁴, es ist auch eine Frage, die die Eigenstaatlichkeit der Länder berührt und an der die politische Durchsetzungsfähigkeit hängt. Mit einiger Berechtigung lässt sich konstatieren, dass im derzeitigen System „die Eigenstaatlichkeit der Länder [...] in einem unüberschaubaren Gewirr von Finanzhilfen, Mischfinanzierungen und Ausgleichstöpfen“¹²⁵ versinkt. Aufgaben, Ausgabenlasten und Einnahmen sind im Vorfeld nicht klar abgegrenzt. Außerdem hat der Bund Möglichkeiten, Aufgaben auf die Länder abzuwälzen, ohne dass ein angemessener Kostenausgleich erfolgt. Zur Veranschaulichung: Gem. Art. 104a GG sollen Aufgabenverantwortlichkeit und Finanzierungszuständigkeit in einer Hand liegen. Art. 104a I GG geht dabei grds. vom Prinzip der Vollzugskausalität aus. Diesem Prinzip liegt auch die Annahme zugrunde, dass durch *maßvolles Verwalten*¹²⁶, insb. Ermessensentscheidungen, die Kosten eines Gesetzes beeinflussbar sind. Als Ausnahmen dazu benennt Art. 104a GG lediglich die Bundesauftragsverwaltung sowie Geldleistungsgesetze. Damit wird die Bestimmung dem Problem des Auseinanderfallens von Kostenverursachung und Finanzierungsverantwortung jedoch nicht gerecht: Die Normierungstiefe heutiger Bundesgesetze belässt keinerlei Ermessensspielraum beim Vollzug.¹²⁷ Vor Inkrafttreten der Föderalismusreform wurden außerdem Geld- und Sachleistungen unterschiedlich behandelt.¹²⁸

123 BVerfGE 86, 148 (265).

124 Vgl. Henneke, Finanzierungsverantwortung im Bundesstaat, DÖV 1996, S. 713, 722, der die Handhabbarkeit auf die Ermittlung und Quantifizierung der notwendigen Kosten für die Aufgabenerledigung bezieht.

125 F. Kirchhof, Starker Bund mit selbständigen Ländern, <http://www.bundestag.de/bp/2003/bp0306/0306003>.

126 Müller-Franken, Maßvolles Verwalten, 2004, S. 112.

127 Vgl. Henneke (Fn. 124), S. 716.

128 Im Rahmen der GG-Änderung ist nunmehr eine Neufassung des Art. 104a IV GG erfolgt, die Geldleistungen, geldwerte Sachleistungen und vergleichbare Dienstleistungen gleichstellt.

Zudem hat sich das Haushaltsdefizit des Bundes als ein Einnahmenproblem herausgestellt.¹²⁹ Trotz Einsparungen auf der Ausgabenseite sei es nicht gelungen, den Einbruch bei den Einnahmen aufzufangen. Schon *Klaus Stern* hat 1995 vorhergesehen, dass die Konzeption der Stabilitätsgemeinschaft nur mit Hilfe der Zurückdrängung der wirtschafts- und leistungsstaatlichen Aufgabenexpansion und einer Rückbesinnung auf staatliche Kernaufgaben bewältigt werden könne.¹³⁰ Neben eigenen Konsolidierungsentscheidungen darf es dann jedoch auch nicht zu einem „Wegdrückungsmechanismus“¹³¹ nach unten (Aufgabenverlagerung ohne Kostenausgleich) kommen. Das Einnahmenproblem wird für die Länder um das Problem der Aufgaben- und Ausgabenbelastung erweitert. Wer den Ländern mehr Verantwortung für ihr Finanzgebaren abverlangt, muss ihnen jedoch vorher auch Raum zur Verantwortungsausübung zugestehen. Für die Existenzberechtigung und politische Durchsetzungsfähigkeit von Verschuldungsgrenzen kommt daher der Föderalismusreform mit dem Ziel der Entflechtung von Aufgaben und Zuständigkeiten besondere Bedeutung zu. Erst in einem System, in dem jeder Haushaltsträger – soweit in einem Bundesstaat möglich – eigenverantwortlich Einnahmen und Ausgaben gestalten kann, wird sich auch die Einsicht durchsetzen können, dass Verantwortlichkeit für das Finanzgebaren gefordert werden darf.

Ein reiner Einwohnerschlüssel setzt implizit voraus, dass in allen Ländern eine in etwa gleichmäßige Finanzausstattung sowie gleichmäßiger Konsolidierungsbedarf besteht. Die beträchtlichen Unterschiede in der Haushaltssituation der Länder lassen diesen Schluss derzeit nicht zu.¹³² Insofern ist bei der Wahl der Verteilungsschlüssel im Sinne einer Übergangslösung ein Ausgleich zu suchen, bis eine Annäherung des Finanz- und Kreditbedarfs gelingt. Die Idee „einfacher“ Schlüssel wird sich erst in einem System, das ein Mehr an Wettbewerbsföderalismus verwirklicht, ernsthaft Gehör verschaffen können.

(4) Flexibilität

Auch bei klarer Verantwortungsteilung können unvorhergesehene Situationen aufkommen, die Kreditaufnahme unvermeidbar machen oder eine Konjunktursteuerung erfordern. Letzteres Argument greift jedoch weniger für die Länder, wenn man die Aufgabe der Konjunktursteuerung dem Zentralbudget zuschreibt.¹³³ Um das Problem für den Bund zu lösen, ist es denkbar, eine Unterscheidung hinsichtlich eines konjunkturellen Bedarfsfalls vorzunehmen insoweit, dass dem Bund dann ein

129 „Bundesbank gibt Eichel Recht – Strukturelles Defizit hat einen Einbruch bei den Einnahmen als Ursache“, Handelsblatt v. 28. 3. 2006, S. 5.

130 *Stern* (Fn. 7), S. 1489 f.

131 *Henneke* (Fn. 124), S. 721. Vgl. zu diesem Problem den neu eingefügten Satz 7 in Art. 84 I GG: „Durch Bundesgesetz dürfen Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben nicht übertragen werden.“

132 Vgl. Graphik zu: „Länder konsolidieren ihre Haushalte“, Handelsblatt v. 2. 01. 2006, S. 4: Pro-Kopf-Verschuldung 2005 in Bremen: 18.248 €, demgegenüber Bayern: 1.870 €.

133 *Wiss. Beirat* (Fn. 51), S. 24.

größerer Anteil am Verschuldungsrahmen (wie er gesamtstaatlich festgelegt ist) zugestanden wird.¹³⁴ Durch eine Ermächtigung könnte der Bundesregierung die Möglichkeit eingeräumt werden, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates in solchen Fällen in bestimmten Bahnen Abweichungen von den Schlüsselgrößen festzulegen.¹³⁵ Abgesehen davon schafft schon die oben vorgeschlagene Reduktion der gesamtstaatlichen Defizitquote auf einen Wert zwischen 1 und 1,5 % des BIP einen Spielraum für antizyklische Konjunkturpolitik.

(5) Durchsetzungsfähigkeit – Sanktionen

Im Interesse der Durchsetzungsfähigkeit stellt sich die Frage, ob man bei der Einrichtung von Verschuldungsgrenzen auch Sanktionen für den Fall der Überschreitung vorsehen sollte.¹³⁶ Grundsätzlich wird ein Verstoß gegen ein Bundesgesetz möglicherweise erst nach Jahren durch Gerichtsurteil festgestellt. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit zieht dann aber keine Konsequenzen nach sich. Anders liegt es, wenn Sanktionszahlungen auf europäischer Ebene fällig werden. Dann fungieren die Verschuldungsgrenzen als sekundärer Haftungsmaßstab. Jedoch wurde schon dargelegt, dass dies als Drohkulisse für eine Verhaltenssteuerung nicht ausreicht. Vor dem Hintergrund der gesammelten Erfahrungen wird man so weit gehen müssen, dem Bund oder einem unabhängigen Kontrollgremium konkrete Eingriffsbefugnisse einzuräumen. Die betreffende Gebietskörperschaft könnte einen bestimmten Prozentsatz des die Grenze übersteigenden Betrages an die Gebietskörperschaften zahlen, die sich an die Grenzen gehalten haben. Auf diese Weise bliebe die Sanktion bei allseitiger Überschreitung, z. B. in Katastrophenfällen, wirkungslos.¹³⁷ Im Rahmen eines Abweichungskorrekturverfahrens müsste schon vorher die weitere Kreditaufnahme untersagt werden.¹³⁸

V. Ausblick

Die Ideologiebefragung des Staatsschuldenrechts¹³⁹ hat lange Zeit Auseinandersetzungen darüber angefacht, ob Staatsverschuldung überhaupt ein normatives Problem sei.¹⁴⁰ Die Rechtspflicht zur Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nährt nun die Hoffnung, dies möge der Anstoß sein, die normative Direktionskraft des nationalen Haushaltsrechts zu erhöhen, ja möglicherweise ein bundesstaatliches

134 *Wiss. Beirat* (Fn. 5), S. 34.

135 *Ebd.*, S. 49.

136 Dafür: *Wiss. Beirat* (Fn. 5), S. 43; *Henneke* (Fn. 124), S. 722; *Stern* (Fn. 7), S. 1488; nicht für nötig gehalten von *Schemmel* (Fn. 31), S. 32.

137 Vgl. *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Jahresgutachten 2004/2005: „Mehr Mut bei der Föderalismusreform“, Rn. 810.

138 *Wiss. Beirat* (Fn. 5), S. 43.

139 *Höfling* (Fn. 67), S. 3 ff.

140 *Püttner*, Staatsverschuldung als Rechtsproblem, 1980; *Osterloh*, Staatsverschuldung als Rechtsproblem?, NJW 1990, S. 145 ff.; *Höfling*, (Fn. 67).

Staatsschuldenrecht zu etablieren.¹⁴¹ In jüngster Zeit scheinen sich die Stimmen zu mehren, die in festen Verschuldungsgrenzen weniger ein Korsett und eher ein Mittel zur Selbstdisziplinierung sehen.¹⁴² Bezeichnenderweise ist der europäische Stabilitäts- und Wachstumspakt durch die andauernden Verstöße in die Kritik und in die Diskussion geraten. Insofern ist die *Durchsetzbarkeit und Glaubwürdigkeit* fester Verschuldungsgrenzen oberstes Gebot. Daher müssen Verschuldungsobergrenzen in ein System eingebettet sein, das sich der Überwachung und Frühwarnung vorschreibt. Die Regelung muss auch gegen Umgehungsmöglichkeiten Lösungen vorsehen, so wie die Kreditaufnahme im Rahmen von Schattenhaushalten, z. B. bei öffentlichen Unternehmen.¹⁴³

Feste Verschuldungsgrenzen können jedoch nicht losgelöst von dem derzeit geltenden bundesstaatlichen System, insb. von den Bund-Länder-Finanzbeziehungen, betrachtet werden. Das Auseinanderfallen von Kostenverursachung und Finanzierungsverantwortung ist schwer vereinbar mit der Forderung, die Länder im Hinblick auf ihr Finanzgebaren stärker zur Verantwortung ziehen zu wollen. Die Tatsache, dass Bund und Länder schon seit Unterzeichnung des Maastricht-Vertrages über die Umsetzung der Referenzwerte streiten und die Länder sich gegen Eingriffe in ihre Budgetautonomie verwahren, legt den Schluss nahe, dass eine Einigung erst dann zu erwarten ist, wenn mehr Raum zur Verantwortungsausübung zur Verfügung gestellt wird.

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit der Festlegung von Verschuldungsgrenzen könnte das Budgetrecht der Landesparlamente darstellen.¹⁴⁴ Es wird durch die Zustimmungspflicht im Bundesrat nicht kompensiert, da die Parlamente die Landesregierungen nicht hinsichtlich ihres Stimmverhaltens binden können.¹⁴⁵ Ein Ausgleich wäre im Wege eines bestimmten Verteilungsschlüssels denkbar. In einem System, das die Verantwortung von Bund und Ländern stärkt, könnte man den Finanzbedarf der Länder daran messen, welche Einnahmen die Länderparlamente tatsächlich veranschlagen.

Schließlich birgt die mitgliedstaatliche institutionelle Verankerung die Chance, dem europäischen Vorbild zu mehr Effizienz und Akzeptanz zu verhelfen.¹⁴⁶

141 Höfling (Fn. 7), S. 443; Kloepfer/Rossi (Fn. 11), S. 342; kritisch: Hellermann (Fn. 8), S. 41 – allerdings bezogen auf den Fall, dass keine Verfassungsänderung mit Blick auch auf einen Systemwechsel erfolgt.

142 Vgl. F. Kirchhof, Der notwendige Ausstieg aus der Staatsverschuldung, DVBl. 2002, S. 1572 f.

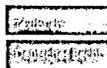
143 Wiss. Beirat (Fn. 51), S. 27.

144 Glauben (Fn. 91), S. 239.

145 BVerfGE 8, 104 (120), st. Rspr.

146 Bredt (Fn. 59), S. 110 f.

Textbuch Deutsches Recht



Deutsches und Europäisches Gesellschaftsrecht

Vorschriftensammlung

Deutsches und Europäisches Gesellschaftsrecht

Vorschriftensammlung

Herausgegeben von Prof. Dr. Torsten Schöne,
Siegen. 2006. IX, 938 Seiten. Kartoniert.

€ 24,- ISBN 978-3-8114-2609-2

Aus dem Inhalt:

- Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Auszug)
- Handelsgesetzbuch
- Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch
- Elfte Richtlinie 89/666/EWG - Zweigniederlassungsrichtlinie
- Bürgerliches Gesetzbuch (Auszug)
- Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
- Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 - EWIV-VO,
- EWIV-Ausführungsgesetz
- Aktiengesetz
- Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
- Deutscher Corporate Governance Kodex
- Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (Auszug)
- Gesetz über den Wertpapierhandel (Auszug)
- GmbH-Gesetz

C. F. Müller

- Zweite Richtlinie 77/91/EWG - Kapitalrichtlinie,
- Zwölfte Richtlinie 89/667/EWG - Einpersonen-GmbH-Richtlinie
- Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 - SE-VO
- Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft
- Genossenschaftsgesetz
- Umwandlungsgesetz
- Spruchverfahrensgesetz
- Dritte Richtlinie 78/855/EWG - Verschmelzungsrichtlinie
- Richtlinie 2005/56/EG - grenzüberschreitende Verschmelzungsrichtlinie
- Sechste Richtlinie 82/891/EWG - Spaltungsrichtlinie,
- Drittelbeteiligungsgesetz
- Mitbestimmungsgesetz
- SE-Beteiligungsgesetz
- Richtlinie 2001/86/EG SE-Ergänzungsrichtlinie
- Montanmitbestimmungsgesetz
- Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz

Bestellen Sie beim Buchhandel oder beim Verlag:
Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, Im Weiher 10, 69121 Heidelberg
Kundenbetreuung München: Bestell-Tel. 089/54852-8178
Fax 089/54852-8137, E-Mail: kundenbetreuung@hjr-verlag.de
www.cfmuller-campus.de



C.F. Müller
www.cfmuller-verlag.de

Martin Groß-Langenhoff*

Rechtsprobleme bei der Kapitalerhöhung in der Aktiengesellschaft

Abstract

Der Streit um das Erfordernis einer materiellen Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses bei der Kapitalerhöhung stellt seit über hundert Jahren einen Kulminationspunkt der aktienrechtlichen Auseinandersetzungen zwischen Kleinaktionären und Mehrheitsgesellschafter dar. In geradezu zyklisch anmutenden Rechtsprechungslinien haben die Obergerichte mal zugunsten der einen, mal zugunsten der anderen Seite entschieden. Ausgehend von den BGH-Entscheidungen „Mangusta/Commerzbank I und II“ überprüft der Beitrag die bestehenden Streitstände zu den einzelnen Kapitalerhöhungsmaßnahmen im Lichte der neueren Rechtsprechung. Den Streitpunkten zu Einzelfragen wird vorliegend auf der Basis der „Siemens/Nold“-Entscheidung eine neue Konzeption einheitlicher Rechtfertigungsvoraussetzungen und Begründungsanforderungen für sämtliche Kapitalerhöhungsmaßnahmen in der Aktiengesellschaft entgegengesetzt.

* *Martin Groß-Langenhoff* ist Student der Rechtswissenschaften an der Universität Münster und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Arbeits- Sozial- und Wirtschaftsrecht von Herrn Professor Dr. *Johann Kindl*. Die Anregung zu diesem Beitrag gab Professor Dr. *Gerald Mäsch* im Rahmen des FALLWERK-Seminars. Der Verfasser ist Herrn Professor Dr. *Johann Kindl* und Herrn Professor Dr. *Gerald Mäsch* für ihre Diskussionsbereitschaft und förderliche Kritik zu Dank verpflichtet. Rechtsprechungsnachweise und Schrifttum sind bis Februar 2006 berücksichtigt.

I. Einführung

Auch nach den Entscheidungen „Mangusta/Commerzbank I und II“¹ bleiben die Rechtsfragen um die Kapitalerhöhung in der Aktiengesellschaft ein sehr umstrittenes Thema. Noch immer schallt *Wolfgang Zöllners* Ruf nach Gerechtigkeit bei der Kapitalerhöhung² durch den Blätterwald der Literatur. Nicht weniger laut klagen die Unternehmen und der ihnen nahe stehende Teil des Schrifttums über die „Räuber im Gewande eines Aktionärs“³, welche ihre mitgliedschaftlichen Rechte zum Schaden des Unternehmens missbrauchen würden.

1. Formen der Kapitalerhöhung

Eine Kapitalerhöhung ist jede bilanzielle Heraufsetzung des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft.⁴ Sie dient insbesondere der Akquisition von Eigenkapital und geht in der Regel mit einer Satzungsänderung einher.⁵ Das Aktiengesetz sieht vier Grundformen der Kapitalerhöhung vor: Die in den §§ 182–191 AktG geregelte ordentliche Kapitalerhöhung zielt auf die sofortige Zeichnung neuer Anteile im Anschluss an einen Kapitalerhöhungsbeschluss.⁶ Sie ist zu jedem beliebigen Zweck zulässig.⁷ Die bedingte Kapitalerhöhung, §§ 192–201 AktG, knüpft die Zeichnung neuer Anteile an die Ausübung eines Umtausch- oder Bezugsrechtes, das die Gesellschaft den Inhabern der neu ausgegebenen, so genannten Bezugsaktien eingeräumt hat.⁸ Das genehmigte Kapital, §§ 202–206 AktG, ist eine zeitlich befristete Ermächtigung des Vorstandes, Einlagen gegen neue Aktien entgegenzunehmen.⁹ Die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§§ 207–220 AktG) dient der Umwandlung freier Eigenmittel in Garantiekapital.¹⁰ Keine eigenständige Kapitalerhöhungsform

1 *BGH*, Urteil vom 10.10. 2005 – II ZR 148/03 = NJW 2006, 371 und II ZR 90/03 = NJW 2006, 374.

2 So der Titel des Aufsatzes von *Zöllner*, Gerechtigkeit bei der Kapitalerhöhung, AG 2002, S. 585 ff.

3 So *Lutter*, Zur Abwehr räuberischer Aktionäre, in: 40 Jahre Der Betrieb, 1988, S. 194 f.

4 *Picot*, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, 3. Auflage (2004), S. 278.

5 Zutreffend: *Pfeifer*, in: MüKo AktG, 2. Auflage (2005), vor § 182, Rn. 3, 7; ungenau: *Hueck/Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 20. Auflage (2003), § 29, Rn. 9.

6 Eingehend zu Planung, Durchführung und Gestaltungsmöglichkeiten der ordentlichen Kapitalerhöhung: *Sickinger/Kuthe*, in: *Schüppen/Schaub* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2005, § 33, Rn. 1–84.

7 *Wiedemann*, in: Großkomm AktG, 4. Auflage (1995), vor § 182, Rn. 32.

8 Einen Überblick über die bedingte Kapitalerhöhung bietet: *Frey*, in: Großkomm AktG, 4. Auflage (2001), vor §§ 192–202, Rn. 1–44.

9 Zur Durchführung einer genehmigten Kapitalerhöhung: *Groß*, in: AnwK AktG, (2002), § 202, Rn. 1–38.

10 Ausführlich zu dieser in der Praxis selten vorkommenden Kapitalerhöhungsmaßnahme: *Volhard*, in: MüKo AktG, 2. Auflage (2005), §§ 207 ff.

stellen die in § 221 AktG niedergelegten Wandel- und Optionsanleihen, Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechte dar.¹¹ Diese Finanzierungsinstrumente haben überwiegend schuldrechtlichen Charakter¹² und spielen rechtspraktisch als eine Ausgestaltungsform vor allem des bedingten Kapitals eine Rolle.

2. Umfang und Bedeutung der Kapitalerhöhung

Nach Untersuchung des Verfassers wurden in den letzten zehn Jahren von börsennotierten Aktiengesellschaften, welche zum amtlichen oder geregelten Markt zugelassen sind, 240 Kapitalerhöhungen in einem Gesamtvolumen von insgesamt 67,3 Mrd. Euro¹³ durchgeführt¹⁴. Bis einschließlich dem Jahr 1997 fanden die Kapitalerhöhungen fast ausnahmslos im Wege der ordentlichen Kapitalerhöhung oder der bedingten Kapitalerhöhung statt. Seit Anfang der zweiten Jahreshälfte 1997 gewinnt das genehmigte Kapital sowohl im Hinblick auf die Kapitalerhöhungsvolumina als auch betreffend die Anzahl der in diesem Wege durchgeführter Kapitalerhöhungsmaßnahmen an Bedeutung.¹⁵

3. Die Kapitalerhöhung als „Gerechtigkeitsproblem“

Jede Kapitalerhöhung birgt – insbesondere wenn sie unter Ausschluss des Bezugsrechts erfolgt – ein schier unauflösliches „Gerechtigkeitsproblem“ in sich. Die Konfliktlinien verlaufen dabei – zumindest oberflächlich betrachtet – zwischen den Kleinaktionären auf der einen und dem Unternehmen bzw. dem Mehrheitsaktionär auf der anderen Seite.

Jene fürchten bei einer solchen Kapitalerhöhung den anteiligen Verlust von Gewinn-, Liquidations- und Stimmrechtsansprüchen, den Verlust eines quotalen Minderheitenrechts oder die Abhängigkeit der Aktiengesellschaft von einer Gesellschaftergruppe, die bis hin zum Verlust der Mitgliedschaft im Wege eines Squeeze-Out führen kann. Dagegen machen diese das Finanzierungsinteresse des Unternehmens und die betriebswirtschaftliche Notwendigkeit der Beschaffung von Eigenkapital geltend.

11 Ausführlich zu den Wandelschuldverschreibungen: *Lutter/Hirte* (Hrsg.), Wandel- und Optionsanleihen in Deutschland und Europa, 2000, S. 1 ff.; zu den Genussrechten: *Hüffer*, in: AktG, § 221, Rn. 22–37; zu den Gewinnschuldverschreibungen: *Habersack*, in: MüKo AktG, § 221, Rn. 348 f.

12 *Hüffer*, in: AktG, 2. Auflage (1995), § 221, Rn. 1; *Lutter*, in: KölnerKomm, 7. Auflage (2006), § 221, Rn. 3.

13 Umrechnungskurs: 1 DM = 0,511292 Euro; ausländische Währungen wurden zum mittleren Tagesumrechnungskurs der Verkündung der Kapitalerhöhung umgerechnet.

14 Untersuchungszeitraum: 15. September 1995 – 15. September 2005; Quellen: Dealogic, Bloomberg und Factiva.

15 Am 23. 6. 1997 verkündete der *Bundesgerichtshof* das Urteil „Siemens/Nold“, welches die richterrechtlichen Anforderungen an die genehmigte Kapitalerhöhung reduzierte.

Diese Interessenkollision ist vom Gesetzgeber erkannt und durch die Gewährung eines „Bezugsrechts“ der Aktionäre auf die jungen Aktien gemäß § 186 I AktG¹⁶ zu regeln gesucht worden.¹⁷ Durch das Bezugsrecht wird der Verwässerungsgefahr der Anspruch entgegengesetzt, bevorrechtigt so viele junge Aktien zu zeichnen, wie es zur Aufrechterhaltung der quotalen Beteiligung an der Gesellschaft erforderlich ist.¹⁸ Selbst wenn der Aktionär zu dieser zusätzlichen Investition außer Stande oder nicht bereit ist, so kann er das Bezugsrecht weiterveräußern und somit den vermögens- und herrschaftsrechtlichen Verlust wertmäßig ausgleichen.¹⁹

Allerdings ist in § 186 III 1 AktG die Möglichkeit vorgesehen, das Bezugsrecht auszuschließen und somit den nur im Grundsatz aktienrechtlich verankerten Kleinaktionärsschutz bei der Kapitalerhöhung auszuhebeln. Aufgrund dieser Schutzlücke war und ist es in der aktienrechtlichen Literatur heftig umstritten, ob über die formellen gesetzlichen Anforderungen hinaus eine sachliche Rechtfertigung für den Bezugsrechtsausschluss bei der Kapitalerhöhung zu fordern ist.²⁰

Ob der Kleinaktionärsschutz eine solche Rechtsfortbildung erfordert, ist immer auch eine Frage der rechtspolitischen Ausrichtung des Rechtsanwenders. Dieser Umstand mag erklären, warum die Rechtsprechung in den vergangenen hundert Jahren zum Kulminationspunkt dieses Rechtsproblems, dem Erfordernis einer materiellen Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses, in geradezu zyklisch anmutenden Rechtsprechungslinien mal zugunsten der Kleinaktionäre, mal zugunsten der Mehrheitsgesellschafter entschied.

-
- 16 § 186 I AktG findet nicht nur auf die ordentliche, sondern durch den Verweis in § 203 I 1 AktG auch auf die genehmigte Kapitalerhöhung Anwendung. Für die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln findet sich in § 212 AktG eine über § 186 AktG hinausgehende Bezugsrechtsregelung. Die bedingte Kapitalerhöhung kennt keine Bezugsrechtsgewährung. Ausgenommen hiervon ist die bedingte Kapitalerhöhung zur Gewährung von Umtausch- und Bezugsrechten an Gläubiger von Wandelschuldverschreibungen (§ 192 II Nr. 1 AktG), auf die gemäß § 221 IV 2 AktG die Bezugsrechtsgewährung nach § 186 AktG sinngemäß anzuwenden ist.
- 17 Vgl. z. B. *Kropff* (Hrsg.), Aktiengesetz, 1965, S. 295; *RegBegr AktG 1937*, S. 210; zur Entstehungsgeschichte und Normzweck ausführlich: *Wiedemann*, in: *Großkomm AktG*, 4. Auflage (1995), § 186, Rn. 1; zur Vereinbarkeit der Bezugsrechtsgewährung mit der Kapitalrichtlinie: *EuGH AG 1997*, S. 36.
- 18 *Wiedemann* (Fn. 17), § 186, Rn. 2; *Lutter* (Fn. 12), § 186, Rn. 7; *Pfeifer*, in: *MüKo AktG*, § 186, Rn. 1; *Kübler*, Sind zwingende Bezugsrechte wirtschaftlich sinnvoll?, *ZBB* 1993, S. 1; *Picot* (Fn. 4), S. 292; *Meilicke*, Das Bezugsrecht der Aktionäre bei Kapitalerhöhungen, *BB* 1961, S. 1281, 1281 f.
- 19 Grundlegend zur Veräußerbarkeit und Vererblichkeit des Bezugsrechts: *RGZ* 65, 21 (22); 97, 239 (240); siehe auch: *Zöllner* (Fn. 2), S. 585; ausführlich *Hirte*, Bezugsrechtsausschluss und Konzernbildung – Minderheitenschutz bei Eingriffen in die participationsstruktur der Aktiengesellschaft, 1986, S. 7 ff.
- 20 Vergleiche hierzu den Überblick bei *Hefermehl/Bungeroth*, in: *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, Aktiengesetz 1994, § 203, Rn. 18 ff.; *Lutter* (Fn. 12), § 203, Rn. 22 ff.; *Hüffer*, in: *Großkomm AktG*, 3. Auflage (1997), § 203, Rn. 27 ff.; den Meinungsstand im Zeitpunkt der Verkündung des „Holzmann“-Urteils darstellend: *Quack*, Die Schaffung genehmigten Kapitals unter Ausschluss des Bezugsrechts der Aktionäre, *ZGR* 1983, S. 257, 258 f.

II. Die Entwicklung der Rechtsprechung

1. Die Rechtsprechung bis zur Einführung des Aktiengesetzes 1965

Hatte das Reichsgericht in der „Hibernia“-Entscheidung noch den Bezugsrechtsausschluss in das alleinige Ermessen der Hauptversammlung gestellt²¹, begründete das „Victoria“-Urteil erstmalig Rücksichtnahmepflichten der Gesellschaftermehrheit auf die Belange der Minderheit beim Bezugsrechtsausschluss.²² In den „Minimax“-Urteilen des Bundesgerichtshofes²³ fand diese Rechtsprechung ihre Fortsetzung. Zur materiellen Zulässigkeitsvoraussetzung für den Bezugsrechtsausschluss wurde das Vorliegen sachlicher Gründe im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft erhoben. Eine Überprüfung fand im Rahmen des Gleichheitsgrundsatzes statt.²⁴

2. Die „Kali + Salz“-Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 71, 40)

In der „Kali + Salz“-Entscheidung aus dem Jahr 1978 forderte der Bundesgerichtshof als ungeschriebene Wirksamkeitsvoraussetzung für jeden Bezugsrechtsausschluss das Vorliegen besonderer sachlicher Gründe.²⁵ Zulässig ist – aus der Sicht im Zeitpunkt der Beschlussfassung – ein Bezugsrechtsausschluss nur dann, wenn er auch bei gebührender Berücksichtigung der Folgen für die ausgeschlossenen Aktionäre durch sachliche Gründe im Interesse der Gesellschaft im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung²⁶ gerechtfertigt ist.²⁷ Dies setzt voraus, dass das mit der Kapitalerhöhung verfolgte Ziel auf dem normalen gesetzlichen Weg, d. h. mit einem Bezugsrecht für alle Aktionäre, nicht erreichbar²⁸ und zu erwarten ist, dass der durch die Kapitalmaßnahme angestrebte Nutzen den verhältnismäßigen Beteiligungs- und Stimmrechtsverlust der vom Bezugsrecht ausgeschlossenen Aktionäre aufwiegen wird.²⁹

21 *RGZ* 68, 235 (243 ff.); ebenso: *RGZ* 105, 373 (375 f.); 108, 322 (327); 113, 188 (196); 118, 67 (71); 119, 248 (258); zustimmend die h. M.: vgl. Düringer/Hachenburg/Bing, § 185 HGB, Rn. 37; a. A.: Horowitz, Kapital-Verwässerung und Ausschluss des Aktionär-Bezugsrechts, *JW* 1923, S. 917, 917.

22 *RGZ* 132, 149 (163); zuvor bereits *RFH JW* 1929, S. 2138; vgl. hierzu: Nussbaum, Aktienerwerb zwecks Ausschaltung einer Minorität, *JW* 1929, S. 2109, 2109; Fleck, Anmerkung zum Urteil des Reichsfinanzhofes vom 12. März 1929 – I A 459/28, *JW* 1929, S. 1761, 1761.

23 *BGHZ* 21, 354; 33, 175.

24 So die Herleitung bei: *BGHZ* 21, 354 (357) – Minimax II.

25 Zur dogmatischen Herleitung dieses Erfordernisses Hirte (Fn. 19), S. 16; Zöllner (Fn. 2), S. 587; Rodloff, Zum Kontrollmaßstab des Bezugsrechtsausschlusses, *ZIP* 2003, S. 1076, 1077.

26 Vgl. dazu auch *BVerfGE* 7, 377 (405 ff.); 48, 396 (402); 83, 1 (19); 90, 145 (173).

27 *BGHZ* 71, 40 (46), unter Berufung auf Wiedemann, in: Großkomm AktG, 3. Auflage (1973), 186, Rn. 2, 12b; Lutter, in: KölnerKomm AktG, § 186, Rn. 50; Füchsel, Probleme des Bezugsrechtsausschlusses im deutschen Aktienrecht, *BB* 1972, S. 1533, 1538 f.; Zöllner, in: KölnerKomm AktG, § 243 Rn. 200; vgl. auch Zöllner, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 349 ff.

28 *BGHZ* 71, 40 (44 f.).

29 *BGHZ* 71, 40 (46 f.) unter Verweis auf Schilling, in: Großkomm AktG, 3. Auflage (1973), § 255, Rn. 3; Lutter (Fn. 27), § 186, Rn. 51; Füchsel (Fn. 27), S. 1533 ff.

3. Die „Holzmann“-Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 83, 319)

Im „Holzmann“-Urteil vom 19. 4. 1982 hat der Bundesgerichtshof die Grundsätze der „Kali + Salz“-Entscheidung auf die Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss bei der Beschlussfassung über ein genehmigtes Kapital nach §§ 202, 203 II AktG übertragen.³⁰ Die „Kali + Salz“-Voraussetzungen müssen dabei aber nicht erst bei Ausschluss des Bezugsrechts durch den Vorstand vorliegen. Bereits im Zeitpunkt der Ermächtigung gemäß § 203 II AktG müssen nach der Lage der Gesellschaft und dem Stand der Pläne für ihre Zukunft konkrete Anhaltspunkte dafür gegeben sein, dass es sich innerhalb des dem Vorstand eingeräumten Ermächtigungszeitraumes als notwendig und auch im Hinblick auf die Interessen der betroffenen Aktionäre als vertretbar erweisen könnte, bei der Ausgabe neuer Aktien das Bezugsrecht auszuschließen.³¹ Diese Voraussetzungen hat der Vorstand in seinem Bericht nach §§ 186 IV 2, 203 II 2 AktG abschließend und hinreichend konkret darzulegen, so dass der Vorstandsbericht der Hauptversammlung und den Gerichten eine sichere Grundlage für die Nachprüfung bietet.³²

4. Die „Siemens/Nold“-Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 136, 133)

Eine Rechtsprechungswende³³ beinhaltet die „Siemens/Nold“-Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 23. 6. 1997. Die Anforderungen der „Holzmann“-Rechtsprechung an den Bezugsrechtsausschluss seien „zu streng und nicht praktikabel“, als dass Unternehmen im Rahmen des genehmigten Kapitals am Kapitalmarkt „rasch und erfolgreich auf vorteilhafte Angebote [...] reagieren“ könnten. Sie wurden daher aufgegeben.³⁴ Bei der Beschlussfassung des genehmigten Kapitals ist der Ausschluss des Bezugsrechts der Aktionäre oder die Ermächtigung des Vorstands, dieses auszuschließen, nunmehr bereits dann zulässig, wenn die Maßnahme im „wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft“ liegt und im Bericht gemäß § 186 IV 2 AktG der Hauptversammlung allgemein und in abstrakter Form bekannt gegeben wird.³⁵ Der Vorstand darf von der Ermächtigung dann Gebrauch machen, wenn das konkrete Vorhaben der Umschreibung im Bericht entspricht und auch im Zeitpunkt seiner Realisierung noch im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft liegt.³⁶ Die Prüfung, ob diese Voraussetzungen tatsächlich vorliegen, obliegt dabei dem Vorstand im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens.³⁷ Ferner ist es der Hauptversammlung gestattet, den Vorstand zur Festsetzung des Ausgabebetrages der Aktien unter Berücksichtigung der Untergrenze des § 9 I AktG zu ermächtigen.³⁸

30 BGHZ 83, 319 (320 f.).

31 Ebd., S. 325.

32 Ebd., S. 326 f.

33 Bereits dem „Deutsche Bank“-Urteil, BGHZ 125, 239 ff., ließ sich entnehmen, dass der BGH die „Holzmann“-Rechtsprechung zumindest nicht weiter ausdehnen werde.

34 So ausdrücklich BGHZ 136, 133 (136).

35 Ebd., S. 139.

36 Ebd., S. 140.

37 Ebd., S. 139.

38 Ebd., S. 141; bestätigt in der Entscheidung „Adidas Salomon“, BGHZ 140, 290 (295).

5. Die Entscheidungen „Mangusta/Commerzbank I und II“ des Bundesgerichtshofes (BGH, Urteile vom 10. 10. 2005 – II ZR 148/03 und II ZR 90/03)

Insbesondere nach der „Siemens/Nold“-Entscheidung forderte ein Teil des Schrifttums, die durch das Urteil bewirkte Rücknahme an Publizität bei der Ermächtigung durch zusätzliche Publizität in Form eines schriftlichen Berichtes des Vorstandes vor Ausübung des genehmigten Kapitals auszugleichen.³⁹ Dieser Forderung ist der Bundesgerichtshof in der „Mangusta/Commerzbank I“-Entscheidung ausdrücklich entgegengetreten. Der Vorstand ist nicht verpflichtet, vor Ausübung der Ermächtigung zur Kapitalerhöhung und zum Bezugsrechtsausschluss über diesen und dessen Gründe zu unterrichten.⁴⁰ Vielmehr obliegt es dem Vorstand, nach Inanspruchnahme der Ermächtigung über die Einzelheiten seines Vorgehens auf der nächsten ordentlichen Hauptversammlung der Gesellschaft zu berichten.⁴¹ In der Parallelentschei-

39 Dies offen lassend: *BGHZ* 83, 319 (326 f.); dafür: *Lutter* (Fn. 12), § 203, Rn. 31; *Hirte*, in: *Großkomm AktG*, 4. Auflage (2001), § 203, Rn. 85 ff.; *Raiser*, *Das Recht der Kapitalgesellschaften*, 3. Auflage (2001), S. 341 f.; *Bayer*, in: *MüKo AktG*, 2. Auflage (2005), § 203, Rn. 159 ff., der jedoch einräumt, dass die Berichtspflicht sich weder aus dem Aktiengesetz noch aus dem Europarecht ergibt; *ders.*, *Materielle Schranken und Kontrollinstrumente beim Einsatz des genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss*, *ZHR* 2004, S. 132, 155; *ders.*, *Transparenz und Wertprüfung beim Erwerb von Sacheinlagen durch genehmigtes Kapital*, in: *Ulmer-FS*, 2003, S. 21; *Lutter*, *Zum Bezugsrechtsausschluss bei der Kapitalerhöhung im Rahmen des genehmigten Kapitals*, *JZ* 1998, S. 50; *ders.*, *Bezugsrechtsausschluss und genehmigtes Kapital*, *BB* 1981, S. 861, 863; *Timm*, *Die AG als Konzernspitze*, 1980, S. 80; *ders.*, *Der Bezugsrechtsausschluss beim genehmigten Kapital*, *DB* 1982, S. 211, 215 f.; *Hirte*, *ZIP* 1989, S. 1239; *Probleme im Falle des Bezugsrechtsausschlusses beim genehmigten Kapital und bei Kapitalerhöhungen in Tochtergesellschaften*, *DB* 1994, S. 767, 768; *Meilicke/Heidel*, *DB* 2000, S. 2358 f.; *Paefgen*, *Justizialität des Verwaltungshandelns beim genehmigten Kapital*, *ZIP* 2004, S. 154, 152 ff.; wohl auch *Kiem*, *Der Hauptversammlungsentscheid zur Legitimation von Abwehrmaßnahmen nach dem neuen Übernahmegesetz*, *ZIP* 2000, S. 1509, 1514 f.; a. A.: *Hüffer*, in: *AktG*, 6. Auflage (2004), § 203, Rn. 37; *Volhard*, „Siemens/Nold“ – Die Quittung, *AG* 1998, S. 397, 402; *Bosse*, *Informationspflichten des Vorstands beim Bezugsrechtsausschluss im Rahmen des Beschlusses und der Ausnutzung eines genehmigten Kapitals*, *ZIP* 2001, S. 104, 106, S. 108; *Henze*, *Aktienrecht: Höchstrichterliche Rechtsprechung*, 5. Auflage, 2002, Rn. 1010 f.; *Natterer*, *Sachkontrolle und Berichtspflicht beim genehmigten Kapital – Nold/Siemens* abermals auf dem Weg durch die Instanzen?, *ZIP* 2002, S. 1672, 1676; *Sinewe*, *Die Berichtspflicht beim Ausschluss des Bezugsrechts*, *ZIP* 2001, S. 403, 405; in diese Richtung wohl auch: *van Venroy*, *Berichtspflichten des Vorstands beim genehmigten Kapital?*, *DB* 1982, S. 735; *Quack* (Fn. 20), S. 264; ebenso: *Bungert*, *Vorstandsbericht bei Bezugsrechtsausschluss bei Genehmigtem Kapital – Siemens/Nold in der Praxis*, *BB* 2001, S. 742, 744; *Kirchner/Sailer*, *Rechtsprobleme bei Einbringung und Verschmelzung*, *NZG* 2002, S. 305, 307; *Paschos*, *Berichtspflichten des Vorstands bei der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss und deren Ausübung im Rahmen eines genehmigten Kapitals*, *WM* 2005, S. 356, 357 f. m. w. N.; vgl. auch die Empfehlungen in dem Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“, *BT-Drucks.* 14/7515, Rn. 230.

40 Ein Teil der Literatur war dafür eingetreten, dass nur bei Ermächtigung des Vorstandes i. S. des § 203 II 1 AktG, ein zusätzlicher Bericht bei Ausübung der Ermächtigung erforderlich sei; so zunächst *Lutter* (Fn. 12), § 203, Rn. 31 ff. m. w. N.

41 So *BGH*, Urteil vom 10. 10. 2005 – II ZR 148/03, Rn. 8, der mit dem Hinweis: „wie der Senat bereits entschieden hat“ sein Unverständnis über den Streit im Schrifttum zum Aus-

dung „Mangusta/Commerzbank II“⁴² betonte der Bundesgerichtshof noch einmal ausdrücklich die bereits in der „Siemens/Nold“-Entscheidung aufgeführten Klagemöglichkeiten der Aktionäre.⁴³ Zwar seien die Rechtsschutzmöglichkeiten des Aktionärs gegen die nunmehr ohne sein Wissen erfolgende Ausnutzung des genehmigten Kapitals eingeschränkt worden. Es stehe dem Aktionär aber weiterhin offen, pflichtwidriges, kompetenzüberschreitendes Organhandeln der Verwaltung der Gesellschaft zum Gegenstand einer (vorbeugenden) Unterlassungsklage oder auch einer (allgemeinen) Feststellungsklage zu machen, die jeweils gegen die Gesellschaft zu richten ist.⁴⁴ Die Praxis kann diese Ausführungen des Bundesgerichtshofes als „Warnschuss“ verstehen, die neu gewonnene „Siemens/Nold“-Freiheit nicht zu weit auszureizen. Abgesehen von diesem Fingerzeig enthalten die Feststellungen des Bundesgerichtshofes jedoch materiell-rechtlich nichts Neues.

6. Zum rechtspolitischen Hintergrund der jüngeren Rechtsprechung des BGH

Bereits seit Ende des 19. Jahrhunderts sind zahlreiche – früher meist erfolgreich verlaufene – Versuche von Aktionärsmehrheiten überliefert, die Minderheitsgesellschaften zu übervorteilen. Diese einst gängige Praxis findet bei *Rudolf von Jhering* in seiner Monographie „Zweck im Recht“ aus dem Jahre 1877 ihren wortgewaltigsten Niederschlag. Dort heißt es mit Blick auf die Mehrheitsgesellschaften und Gesellschaftsgründer: „Unter den Augen unserer Gesetzgeber haben sich die Aktiengesellschaften in organisierte Raub- und Betrugsanstalten verwandelt, deren Geheimgeschichte mehr Niederträchtigkeit, Ehrlosigkeit und Schurkerei in sich birgt, als gar

druck bringt. Auch lehnt der *BGH* die von *Hirte* begründete Ansicht ab, dass sich eine Berichtspflicht bei Ausübung des genehmigten Kapitals aus Art. 29 V der Kapitalrichtlinie ergebe. Seine Ansicht hatte *Hirte*, in: Großkomm AktG, 2. Auflage (2001), § 202, Rn. 45 ff. damit begründet, dass aufgrund einer vermuteten mangelnden Sorgfalt des europäischen Gesetzgebers bei der Erstellung des Art. 29 V der Kapitalrichtlinie, dessen „Wortlaut und Entstehungsgeschichte“ an Überzeugungskraft verliere und mithin der von ihm vorgeschlagenen freien Rechtsfortbildung *contra legem* nicht entgegenstehe. Mit der Begründung, „dass für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage für den betreffenden Streitfall kein Raum“ bleibe, verzichtet der *BGH* auf eine Vorlage der Streitsache gemäß Art. 234 III EGV zum *EuGH*; vgl. hierzu auch: *Drinkuth*, Rechtsschutz beim genehmigten Kapital, AG 2006, S. 142, 144.

42 *BGH*, Urteil vom 10. Oktober 2005 – II ZR 90/03.

43 So schon *BGHZ* 136, 133 (140 f.) unter Verweis auf *BGHZ* 83, 122 (133 ff.); ausführlich zu den Rechtsschutzmöglichkeiten der Aktionäre bei der Ausnutzung eines genehmigten Kapitals: *Drinkuth* (Fn. 41), S. 142 ff.; *Busch*, *Mangusta/Commerzbank – Rechtsschutz nach Ausnutzung eines genehmigten Kapitals*, NZG 2006, S. 80, 83 ff.

44 *BGH*, Urteil vom 10. Oktober 2005 – II ZR 90/03, Rn. 16; zur Kritik an dem nunmehr bestehenden verfahrensrechtlichen Schutz der Aktionäre: *Raiser/Veil*, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 4. Auflage (2006), § 20, Rn. 46; zu den Auswirkungen dieser Entscheidung aus Sicht der Praxis: *Bungert*, *Ausnutzung eines genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss – Anmerkung zu den BGH-Urteilen Mangusta/Commerzbank I und II*, BB 2005, S. 2757, 2758 f.; *Paschos*, *Berichtspflichten und Rechtsschutz bei der Ausübung eines genehmigten Kapitals*, Anmerkung zu den BGH-Urteilen vom 10. 10. 2005, DB 2005, S. 2731, 2731 f.

manches Zuchthaus, nur daß die Räuber und Betrüger hier in Gold statt in Eisen sitzen.“ Mit Blick auf diese Klagen hat die Rechtsprechung seit dem „Victoria“-Urteil das Kräfteungleichgewicht in der Aktiengesellschaft zugunsten des Schutzes der Kleinaktionäre abzufedern versucht.

Die klassische Gefährdungssituation, welche der Rechtsprechung seit dem „Victoria“-Urteil bis zur „Holzmann“-Entscheidung vor Augen stand, scheint sich aber mehr und mehr aufzulösen. Spätestens seit Mitte der 80er Jahre hat ein neuer Teilnehmer das Terrain des Aktienrechts betreten und er ist gewillt, kräftig am Machtgefüge der Aktiengesellschaften zu rütteln: Der „räuberische Aktionär“.

Als „räuberische Aktionäre“ werden (Klein-)Anleger bezeichnet, welche durch exzessive Ausübung ihrer Aktionärsrechte Sonderzahlungen der jeweiligen Aktiengesellschaft zu erlangen suchen, auf die sie von Rechts wegen keinen Anspruch haben. Insbesondere die Anfechtungsklage gegen Hauptversammlungsbeschlüsse, welche idR deren Eintragung in das Handelsregister hindert, wird von diesen Aktionären für ihre Zwecke instrumentalisiert. Erst gegen eine Geldzahlung erklären sich die „Räuber im Gewande eines Aktionärs“⁴⁵ bereit, ihre Anfechtungsklage zurückzunehmen und somit die Durchführung des Hauptversammlungsbeschlusses zu ermöglichen (sog. „cash for documents“).⁴⁶

Bereits bei den Beratungen der Aktienrechtsnovelle 1884 war das Problem mißbräuchlicher Ausübung des Anfechtungsrechts durch Aktionäre bekannt.⁴⁷ In den Blickpunkt einer breiteren Öffentlichkeit rückten die „räuberischen Aktionäre“ jedoch erst, als *Karl-Werner Freitag* Widerspruch gegen einen Hauptversammlungsbeschluss der Münchener Beteiligungs-AG (AMB) einlegte, für dessen Rücknahme ihm in den „Nachtstunden des 12./13.03.1987“⁴⁸ ein Betrag von 1,5 Mio. DM versprochen und später auch gezahlt wurde.⁴⁹ Das Landgericht Köln stellte ein wegen diesen Vorgangs gegen *Freitag* angestrebtes Strafverfahren gegen die Zahlung einer Geldauflage i. H. v. 50 000 DM gemäß § 153a StPO ein. Im Zivilverfahren konnte AMB jedoch erfolgreich den für *Freitag* agierenden Treuhänder auf Zahlung von 1,26 Mio. DM Schadensersatz aus § 826 BGB in Anspruch nehmen.⁵⁰

45 *Lutter* (Fn. 3), S. 194 f.

46 Einen Überblick über die rechtspolitische Diskussion gibt *Jahn*, UMAG – Das Aus für räuberische Aktionäre oder neues Erpressungspotential?, BB 2005, S. 5, 6 ff.; siehe auch die aufgeführten Beispielfälle bei *Bison*, Missbrauch der Anfechtungsklage durch den Aktionär, Diss. Bonn, 1996, S. 343 ff.; zur Berechnung des „Lästigkeitswerts“ aus ökonomischer Sicht: *Weiler*, Aktienrechtliches Anfechtungsrecht und Rechtsmissbrauch, 1996, S. 40 ff.; ausführlich: *Timm* (Hrsg.), Mißbräuchliches Aktionärsverhalten, 1990.

47 Allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die KGaA und AG (1884), § 13 III B, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, 1984, S. 467, in der es heißt: „Das Recht eines Jeden zur Anfechtung ist ein zweiseitiges Mittel, welches Chikanen und Erpressungen Thür und Thor öffnet.“

48 So die Sachverhaltsschilderung bei *BGH*, DB 1992, S. 1673.

49 Vgl. hierzu die Darstellung bei *Hirte*, Mißbrauch aktienrechtlicher Anfechtungsklagen, BB 1988, S. 1469, 1469 f. sowie die Replik des *Freitags*-Anwaltes *Götz*, Zum Mißbrauch aktienrechtlicher Anfechtungsklagen, DB 1989, S. 261, 261 ff.

50 *BGH* BB 1992, S. 1674.

Nach Bekanntwerden des AMB-Falles stieg die Zahl der Anfechtungsklagen in Deutschland auch unter Berücksichtigung der Anzahl pro Jahr stattgefundener Hauptversammlungen signifikant an, wobei insbesondere von einzelnen, den „räuberischen Aktionären“ zugerechneten Personen zahlreiche der Anfechtungsklagen geführt werden.⁵¹ Allein *Karl-Werner Freitag* hat bis 1999 persönlich – oder als Geschäftsführer der Metropol GmbH – 38 Anfechtungsprozesse geführt.⁵²

Nach Vorarbeiten des 63. Deutschen Juristentages im Jahr 2000⁵³ und der Regierungskommission „Corporate Governance“⁵⁴ erließ der Gesetzgeber mit Wirkung zum 1. 11. 2005 das „Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)“⁵⁵, um u. a. „die missbräuchliche Ausnutzung des Anfechtungsrechts“ zu unterbinden.⁵⁶

Diese Auswüchse von „räuberischen“ Aktionärsklagen, deren Beginn zeitlich mit der „Holzmann“-Entscheidung des II. Zivilsenats zusammenfällt, sind den Bundesrichtern nicht unentdeckt geblieben.⁵⁷ Auch standen sowohl bei „Siemens/Nold“ als auch in den „Commerzbank/Mangusta I und II“ – Entscheidungen den Aktiengesellschaften jeweils Kläger aus dem Lager der „räuberischen Aktionäre“ gegenüber.⁵⁸ Vor diesem Hintergrund mag der von einigen als plötzlich empfundene⁵⁹ Rechtsprechungsschwenk hin zu einer unternehmensfreundlicheren Lesart des § 186 III 1 AktG zumindest aus rechtspolitischen Erwägungen heraus verständlich sein.

III. Rechtsprobleme bei der ordentlichen Kapitalerhöhung

Auch nach der Entscheidung „Mangusta/Commerzbank I, II“ verbleiben noch zahlreiche vieldiskutierte Streitfragen.

-
- 51 *Baums/Vogel/Tacheva*, Rechtstatsachen zur Beschlusskontrolle im Aktienrecht, ZIP 2000, S. 1649, 1649 f.
 - 52 *Ebd.*, S. 1649 f.; *Karl-Werner Freitag* betont in seinen Stellungnahmen, kein „räuberischer Aktionär“, sondern der „Robin Hood der Kleinaktionäre“ zu sein (so *Jahn* in FAZ vom 2. Januar 2001, S. 18).
 - 53 Vgl.: *Baums*, in: Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages, Band I: Gutachten, 2000, F 1-263.
 - 54 Vgl.: *Baums* (Hrsg.), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rn. 133 ff.
 - 55 Ausführlich hierzu: *Schütz*, UMAG Reloaded, in: NZG 2005, S. 1, 5.
 - 56 Begründung zum Regierungsentwurf UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 10; vgl. zu den Anfechtungsmöglichkeiten von Aktionären nach dem UMAG aus Sicht der Praxis: *Duwe/Basak*, Ungeahnte Unterstützung für aktive Aktionäre – wie das UMAG Finanzinvestoren hilft, BB 2006, S. 1345, 1347 ff. m. w. N.
 - 57 Vgl. z. B. die Hinweise von *Henze*, Die dosierte Einschränkung der aktienrechtlichen Anfechtungsklage in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Hadding-FS, 2004, S. 409–426 und *Henze*, Schranken für den Bezugsrechtsausschluss – Rechtsprechung des BGH im Wandel?, ZHR 2003, S. 1–7.
 - 58 Im Verfahren „Siemens/Nold“ war als Erbe des „aktiven Aktionärs“ (so die Begriffsbildung bei *Duwe/Basak* (Fn. 56), S. 1345) *Erich Nold* sein Sohn *Henry Nold* Kläger. Im Verfahren „Commerzbank/Mangusta, I, II“ trat als Geschäftsführer der Mangusta GmbH deren Alleingesellschafter *Karl-Werner Freitag* auf Klägerseite in Erscheinung.
 - 59 Vgl. *Lutter* (Fn. 38), S. 51 f.

1. Übertragbarkeit der „Siemens/Nold“-Grundsätze auch auf die ordentliche Kapitalerhöhung

a) Der Streitstand

Spätestens seit der Entscheidung „Mangusta/Commerzbank I“ steht fest, dass die „Siemens/Nold“-Grundsätze auch auf genehmigte Kapitalerhöhungen gegen Bareinlagen anzuwenden sind.⁶⁰ Fraglich ist jedoch, ob die in „Siemens/Nold“ erfolgte Rücknahme der Anforderungen an die Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses im Rahmen des genehmigten Kapitals auch auf die ordentliche Kapitalerhöhung zu übertragen sind.⁶¹ Mit anderen Worten: Ist eine ordentliche Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechts nunmehr bereits dann zulässig, wenn sie durch das „wohlverstandene Interesse“ der Gesellschaft gerechtfertigt ist?

b) Stellungnahme

Die „Siemens/Nold“-Rechtfertigungsvoraussetzungen sind auch auf die ordentliche Kapitalerhöhung auszudehnen.

Zwar hat der BGH in der „Siemens/Nold“-Entscheidung die „Holzmann“-Entscheidung aufgegeben, nicht aber auch ausdrücklich die Abkehr von den „Kali + Salz“-Grundsätzen erklärt.⁶² Gleichwohl erscheint eine solche Abkehr nahe liegend. Ziel der „Siemens/Nold“-Entscheidung war es, die Einsatzfähigkeit des genehmigten Kapitals wiederherzustellen⁶³. Die Reduzierung des Prüfungsmaßstabes in dem „Siemens/Nold“-Urteil ist jedoch – zumindest auf Ebene des Vorstandsbeschlusses – nicht notwendig gewesen, um diese Einsatzfähigkeit zu erreichen. Allein die Zulässigkeit eines abstrakt gehaltenen Berichts i. S. des § 186 IV 2 AktG⁶⁴ und die damit ermöglichte Schaffung von Vorratsermächtigungen trägt zu dieser gewünschten Fle-

60 BGH, Urteil vom 10. Oktober 2005 – II ZR 148/03, Rn. 1 f. (zwei der drei Kapitalerhöhungsmaßnahmen erfolgten gegen Bareinlagen); zum Diskussionstand vor der Entscheidung: Hofmeister, Der Ausschluss des aktiengesetzlichen Bezugsrechts bei börsennotierten Aktiengesellschaften, NZG 2000, S. 713, 715 m. w. N.

61 Dafür Krieger, MünHdB AG, 2. Auflage (1999), § 56, Rn. 71; vgl.: Hüffer (Fn. 12), § 203, Rn. 11 f.; Hofmeister (Fn. 60), 718; Kindler, Bezugsrechtsausschluss und unternehmerisches Ermessen nach deutschem und europäischem Recht, ZGR 1998, S. 35, 65; Henze (Fn. 57), S. 7; in diese Richtung auch Röhricht, Von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, ZGR 1999, S. 445, 472; dagegen OLG Schleswig, NZG 2004, S. 284; wohl auch Pfeifer, in: MüKo AktG, 2. Auflage (2005), § 186, Rn. 1; Ulmer, Entwicklungen im Kapitalgesellschaftsrecht 1975–1999, ZGR 1999, S. 751, 764 f.; wohl auch Cabn, Pflichten des Vorstandes beim genehmigten Kapital mit Bezugsrechtsausschluss, ZHR 1999, S. 554.

62 Dies einräumend Kindler (Fn. 61), S. 65.

63 BGHZ 136, 133 (136).

64 Siehe hierzu die auf mangelhafte Vorstandsberichte gestützten erfolgreichen Anfechtungsklagen: OLG München, ZIP 1991, S. 728; OLG München, AG 1991, S. 213; LG München, WM 1996, S. 307; LG Tübingen, ZIP 1991, S. 172; LG Landshut, ZIP 1990, S. 1001; LG Frankfurt, WM 1990, S. 1748; zur Frage, ob der Vorstand im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht angesichts dieses Anfechtungsrisikos sogar dazu verpflichtet ist, die Kapitalerhöhung in ein genehmigtes Kapital I mit Bezugsrecht und ein genehmigtes Kapital II ohne Bezugsrecht aufzuspalten: Cabn (Fn. 61), S. 564 f. m. w. N.

xibilisierung bei.⁶⁵ Folglich liegt der Schluss nahe, dass auch die „Kali + Salz“ – Grundsätze für die ordentliche Kapitalerhöhung durch die „Siemens/Nold“-Entscheidung aufgegeben wurde.⁶⁶

Es mag eingewandt werden, dass der *BGH* zur Begründung des reduzierten Rechtfertigungsumfanges maßgeblich auf den Sinn und Zweck des „Institut[s] des genehmigten Kapitals“ abstellt.⁶⁷ Somit könnte eine Übertragung dieser Voraussetzungen auch auf die ordentliche Kapitalerhöhung ausgeschlossen sein. Gleichwohl mag die Ausbildung des genehmigten Kapitals zu einem eigenen Rechtsinstitut keinen von der ordentlichen Kapitalerhöhung verschiedenen Prüfungsmaßstab zu begründen. Die verfahrensmäßigen Unterschiede bei den beiden Kapitalerhöhungsarten rechtfertigen es nicht, unterschiedliche materielle Kontrollvoraussetzungen zugrunde zu legen.⁶⁸ Dies klingt auch in „Mangusta/Commerzbank I“ an. Dort lehnt der *BGH* eine Verpflichtung des Vorstands ab, vor Ausübung des genehmigten Kapitals die Hauptversammlung einzuberufen, um dieser einen schriftlichen Bericht betreffend den Ausübungsbeschluss zu erstatten. Der *BGH* argumentiert, dass „in einem solchen Fall die Hauptversammlung selbst“ eine ordentliche Kapitalerhöhung beschließen könne.⁶⁹ Das Rechtsinstitut des genehmigten Kapitals wäre bei Konstituierung einer solchen Berichtspflicht mithin überflüssig. Nähme der *BGH* unterschiedliche Anforderungen an den Rechtfertigungsmaßstab von genehmigter und ordentlicher Kapitalerhöhung an, so liefe dieses Argument leer. Sähe die ordentliche Kapitalerhöhung strengere Anforderungen an den Bezugsrechtsausschluss vor als das genehmigte Kapital, so wären Gestaltungen denkbar, in denen das genehmigte Kapital (mit Berichtspflicht bei Ausübung) eben nicht durch eine ordentliche Kapitalerhöhung ersetzt werden könnte. Dies wäre der Fall, wenn die geplante Kapitalmaßnahme wohl den „Siemens/Nold“ – Rechtfertigungsmaßstäben des genehmigten Kapitals, nicht aber den „Kali + Salz“-Anforderungen der ordentlichen Kapitalerhöhungen genügen würde.

Mithin unterliegt auch die ordentliche Kapitalerhöhung nur den Rechtfertigungserfordernissen der „Siemens/Nold“-Entscheidung.

2. Vorrang der ordentlichen Kapitalerhöhung gegenüber dem genehmigten Kapital

Es ist erwogen worden, eine genehmigte Kapitalerhöhung nur dann für zulässig zu erachten, wenn die Kapitalerhöhung nicht ebenso gut im Wege einer ordentlichen

⁶⁵ *Hofmeister* (Fn. 60), S. 718 m. w. N.

⁶⁶ Ausdrücklich: *Henze* (Fn. 57), S. 7; *Röbriecht* (Fn. 61), S. 472; vgl. ebenfalls *Martens*, Der Ausschluss des Bezugsrechts, ZIP 1992, S. 1680, 1682 ff. auf den sich der *BGH* neben *Heinsius* Bezugsrechtsausschluss bei der Schaffung von Genehmigten Kapital, *Kellermann-FS*, 1991, S. 115 ff. in der „Siemens/Nold“-Entscheidung ausdrücklich stützt.

⁶⁷ *BGHZ* 136, 133, (136 ff.); vgl. auch *BGH*, Urteil vom 10. Oktober 2005 – II ZR 148/03, Rn. 10; dort wird vom „eigenständigen Rechtsinstitut[s] des genehmigten Kapitals“ gesprochen.

⁶⁸ So ausdrücklich: *Henze* (Fn. 57), S. 7.

⁶⁹ *BGH*, Urteil vom 10. Oktober 2005 – II ZR 148/03, Rn. 10.

Kapitalerhöhung durchgeführt werden könnte.⁷⁰ Hinter einer solchen Subsidiarität des genehmigten Kapitals steht der Gedanke, dass die Kleinaktionäre angesichts einer behaupteten „unterschiedlichen Begründungs- und Kontrolldichte“ von ordentlicher und genehmigter Kapitalerhöhung, vor Umgehung der Rechtsschutzmöglichkeiten bei der ordentlichen Kapitalerhöhung durch Ausübung eines kontrollarmen genehmigten Kapitals geschützt werden müssten.

Dieses Argument greift schon deshalb nicht Platz, da sowohl die Kontrolle als auch die materiellen Begründungsanforderungen von ordentlicher und genehmigter Kapitalerhöhung seit „Siemens/Nold“ identisch sind.⁷¹ Auch findet sich im Aktiengesetz für die Annahme einer solchen Subsidiarität keine Stütze.⁷² Nicht zuletzt von einem rechtspraktischen Blickwinkel aus sind die oben dargestellten Erwägungen abzulehnen. Selbst in Fällen in denen die genehmigte Kapitalerhöhung offensichtlich auch im Wege der ordentlichen Kapitalerhöhung hätte durchgeführt werden können, hat die Rechtsprechung eine Subsidiarität des genehmigten Kapitals abgelehnt.⁷³

3. Generelle Zulässigkeit eines Bezugsrechtsausschlusses bei vermögensrechtlicher Schadloshaltung der Aktionäre

Im Schrifttum ist erwogen worden, materielle Anforderungen an die Zulässigkeit eines Bezugsrechtsausschlusses entfallen zu lassen, wenn sichergestellt ist, dass Vermögensverluste der Aktionäre vermieden werden.⁷⁴ Dies wird über § 255 II 1 AktG begründet, welcher eine abschließende Regelung darstelle, die keinen Raum für einen weitergehenden Vermögensschutz biete.⁷⁵

70 *LG Heidelberg*, AG 2002, S. 300 f.; siehe auch *Krieger*, (Fn. 61), § 58, Rn. 18; *Pentz*, Genehmigtes Kapital, Belegschaftsaktien und Sacheinlagefähigkeit obligatorischer Nutzungsrechte – das adidas-Urteil des *BGH*, ZGR 2001, S. 901, 907.

71 *Röhricht* (Fn. 61), S. 472; *Martens* (Fn. 66), S. 1682 ff.

72 So auch *Bayer* (Fn. 38), S. 167; ausführlich zur Annahme einer solchen Subsidiarität und den rechtspraktischen Gegenargumenten *Bayer*, in: *MüKo AktG*, 2. Auflage (2005), § 202, Rn. 80. Diese Argumentation lässt sich auch auf die Frage übertragen, inwieweit das genehmigte Kapital unter Bezugsrechtsausschluss erst dann ausgeschöpft werden darf, nachdem alle anderen Finanzierungsarten nicht verwirklicht werden konnten. Zutreffend hierzu: *Bungert* (Fn. 38), S. 743.

73 So auch *LG Heidelberg*, AG 2002, S. 300 f.; *Henze* (Fn. 57), S. 7.

74 *Mülbert*, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 1996, S. 324 ff.; in diese Richtung auch *Schwark*, Der vereinfachte Bezugsrechtsausschluss – Zur Auslegung des § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG, *Claussen-FS*, 1997, S. 357; *Hirte*, Geldausgleich statt Inhaltskontrolle, *WM* 1997, S. 1001 ff.; *Ekkenga*, Kapitalmarktrechtliche Aspekte des Bezugsrechts und Bezugsrechtsausschlusses, AG 1994, S. 59, 64 ff.; vgl. zu dieser angelsächsisch beeinflussten Rechtsauffassung die US-amerikanische Wallstreet-Rule („Exit or Vote“): *Admati/Pfleiderer*, The ‘Wall Street Walk’ as a Form of Shareholder Activism (October 2005), *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 315*, S. 1 – 4.

75 *Mülbert* (Fn. 74), S. 325; *Ekkenga*, Kapitalmarktrechtliche Aspekte des Bezugsrechts und Bezugsrechtsausschlusses, AG 1994, S. 59, 64 f.; a. A.: *Ebenroth/Müller*, Die Beeinträchtigung der Aktionärsinteressen beim teilweisen Bezugsrechtsausschluss auf Genussrechte, *BB* 1993, S. 509, 514.

Diese Ansicht verkennt jedoch, dass die Stellung des Aktionärs im deutschen Recht weit über die Stellung eines reinen Kapitalanlegers hinausgeht.⁷⁶ Auch bei vollständiger finanzieller Kompensation greift eine Kapitalerhöhung bei Bezugsrechtsausschluss in die mitgliedschaftliche Stellung der Aktionärsgesellschafter ein. Bereits deshalb kann in § 255 II 1 AktG, der lediglich auf den Vermögensschutz der Aktionäre abstellt, keine abschließende Regelung für den Aktionärschutz beim Bezugsrechtsausschluss erkannt werden. Mithin ist ein Bezugsrechtsausschluss nicht schon dann zulässig, wenn die vermögensrechtliche Schadloshaltung der Altaktionäre bei der Kapitalerhöhung gewährleistet ist.

4. Die Zulässigkeit des Bezugsrechtsausschlusses bei Ausgabe der neuen Aktien unter Wert

a) Das Verfahren der Praxis

Bei börsennotierten Aktiengesellschaften werden die jungen, aus einer Kapitalerhöhung stammenden Aktien meist mit einem geringfügigen Abschlag zum aktuellen Börsenkurs ausgegeben.⁷⁷ Auf diese Weise soll den Kapitalmärkten ein Anreiz geboten werden, die jungen Aktien zu zeichnen und somit der Platzierung des Aktienpaketes zum Erfolg zu verhelfen.

b) Unzulässigkeit der Aktienausgabe bei Bezugsrechtsausschluss unter Wert

Im Schrifttum wird diese Verfahrensweise angegriffen. Eine Aktienausgabe unter Wert bei Ausschluss des Bezugsrechts stelle objektiv eine Vermögensverschiebung von den ausgeschlossenen Altaktionären zu den bezugsberechtigten Aktienerwerbern dar. Folglich sei in ihr stets ein Sondervorteil i. S. des § 243 II AktG zu erblicken.⁷⁸ Auf die Frage, ob dieser Sondervorteil gerechtfertigt ist, komme es gemäß § 255 II 1 AktG nicht an. Im Hinblick auf die Vermögensverwässerung wolle der § 255 II 1 AktG die Anfechtungsmöglichkeit der vom Bezug ausgeschlossenen Aktionäre über den objektiven Tatbestand des § 243 II AktG hinaus erweitern.⁷⁹ Dieses Ergebnis könne stimmig nur erreicht werden, wenn der § 255 II AktG jeden – d. h. auch den gerechtfertigten – Sondervorteil für die Erwerber der neuen Aktien aus-

76 Vgl. *BVerfGE* 14, 263 (283 ff.); *Bayer* (Fn. 38), S. 140; *Zöllner* (Fn. 2), S. 590; *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht, Habilitationsschrift, Tübingen 1996, S. 264 ff.

77 *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, Rn. 588; *Bayer*, Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss und Vermögensschutz der Aktionäre nach § 255 Abs. 2 AktG, *ZHR* 1999, S. 505, 537 f.

78 *Wiedemann* (Fn. 17), § 182, Rn. 45; *Krieger*, (Fn. 61), § 58, Rn. 28; *Zöllner*, *ZGR* 1986, S. 303; *Bayer* (Fn. 38), S. 141; *Müllbert* (Fn. 74), S. 262 ff.; *von Falkenhausen*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften, Diss. Berkeley/Köln 1967, S. 44 ff.; *Bayer* (Fn. 77), S. 523; in diese Richtung tendierend auch: *BGHZ* 71, 40 (51); differenzierend *Hüffer* (Fn. 12), § 182, Rn. 23.

79 Vgl. hierzu auch *K. Schmidt*, in: *Großkomm AktG*, 4. Auflage (1996), § 255, Rn. 2; *Müllbert* (Fn. 74), S. 262 ff.

schließe. Mithin sei jede Aktienaussgabe unter Wert „unangemessen niedrig“ i. S. des § 255 II 1 AktG.⁸⁰

c) Stellungnahme

Das Verfahren in der Praxis, die Aktien leicht unter Wert auszugeben, ist zulässig. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass § 255 AktG den Aktionärsschutz nur insoweit erweitert, als dass er im Gegensatz zu § 243 II AktG auf subjektive Erfordernisse verzichtet.⁸¹ Auch ist der Wortlaut der Norm nicht außer acht zu lassen. Die Formulierung, ein Anfechtungsgrund liege dann vor, wenn der Ausgabebetrag der neuen Aktien „unangemessen niedrig“ ist, deutet darauf hin, dass der Gesellschaft bei der Bestimmung des Ausgabebetrag ein begrenzter Spielraum bleibt.⁸² Wäre dies anders, so hätte der Gesetzgeber zumindest für börsennotierte Gesellschaften die Möglichkeit einer Kapitalerhöhung bei Bezugsrechtsausschluss – außerhalb der Privilegierung des § 186 III 4 AktG – faktisch beseitigt. Schließlich würde sich kaum ein Zeichner für die jungen Aktien finden, wenn Altaktien der Gesellschaft zum gleichen Preis mit weniger Aufwand am Kapitalmarkt erworben werden könnten. Außerdem müsste der Ausgabepreis der neuen Aktien, welcher gemäß § 186 II 2 AktG spätestens drei Tage vor der Erstemission festzusetzen ist, aus Sicherheitsgründen höher als der aktuelle Börsenkurs angesetzt werden.⁸³ Ansonsten bestünde die Gefahr, dass der Kurs der Aktiengesellschaft kurzfristig über den festgesetzten Ausgabepreis stiege und die Ausgabe der neuen Aktien somit nach § 255 AktG angefochten werden könnte. Ein weiteres Argument ist der Aufnahme des § 186 III 4 in das Aktiengesetz zu entnehmen. Dort heißt es, ein Bezugsrechtsausschluss ist „insbesondere dann zulässig“, wenn [...] der Ausgabebetrag den Börsenpreis nicht wesentlich unterschreitet. Der Gesetzgeber hat hiermit ein Zeichen gesetzt, dass er geringfügige Wertunterschreitungen bei der Ausgabe neuer Aktien für zulässig hält. Eine Wertunterschreitung des durchschnittlichen Börsenkurses der letzten fünf Tage vor der Ausgabe von höchstens 5 % dürfte entsprechend dieser gesetzgeberischen Wertung zulässig sein.⁸⁴

Folglich ist die Ausgabe neuer Aktien unter Wert nicht generell unzulässig.

80 Müllbert (Fn. 74), S. 262 ff.; Bayer (Fn. 77), S. 523 f.; vgl. auch: KG, ZIP 2001, 2178 (2180) und hierzu die kritischen Anmerkungen von Groß, Das Ende des so genannten „Green-shoe“?, ZIP 2002, S. 160, 165 und Busch, Aktuelle Rechtsfragen des Bezugsrechts und Bezugsrechtsausschlusses beim Greenshoe im Rahmen von Aktienemissionen, AG 2002, S. 230, 231 ff.

81 K. Schmidt (Fn. 79), § 255, Rn. 1 ff.; Zöllner, in: KölnerKomm AktG, 3. Auflage (1973), § 255, Rn. 1.

82 Schilling, Gesellschaftstreue und Konzernrecht – Zur Auslegung des § 23 Abs. 2 AktG, Freundesgabe für Hengeler, 1972, S. 226, 238; wohl auch: Hüffer (Fn. 12), § 186, Rn. 39e; Hirte (Fn. 41), § 203, Rn. 100; a. A.: Wiedemann (Fn. 7), § 182, Rn. 45.

83 Vgl. zu dieser Problematik auch die Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz), Regierungsbegründung BT-Drucks 14/8769, S. 23 f. sowie BT-Drucks. 12/6721, S. 10; vgl. ferner Schlitt/Seiler, Aktuelle Rechtsfragen bei Bezugsrechts-emissionen, WM 2003, S. 2175, 2176.

84 Ausschussbericht BT-Drucks 12/7848, S. 9; zum Streitstand Hüffer (Fn. 12), § 186, Rn. 39d m. w. N.

5. Zulässigkeitsvoraussetzungen des erleichterten Bezugsrechtsausschlusses

Sowohl bei der ordentlichen Kapitalerhöhung als auch beim genehmigten Kapital ist ein vereinfachter Bezugsrechtsausschluss gemäß § 186 III 4 AktG zulässig.⁸⁵ Fraglich ist, ob der Vorstand mehrfach hintereinander Tranchen eines genehmigten Kapitals mit einem Bezugsrechtsausschluss nach § 186 III 4 AktG ausüben darf.⁸⁶ Da nach der hier vertretenen Ansicht die Begründungsanforderungen für einen Bezugsrechtsausschluss nach § 186 III 4 AktG sich mit denen eines Bezugsrechtsausschlusses bei der ordentlichen oder genehmigten Kapitalerhöhung decken, kann diese Frage unproblematisch bejaht werden. Diese Ansicht entspricht auch der Ratio des § 186 III 4 AktG. So hat der Gesetzgeber den Antrag der SPD-Fraktion⁸⁷, einen Satz 5 in den § 186 AktG einzufügen, nicht aufgegriffen. Dieser Satz 5 des Antrags beinhaltete die Anordnung, dass der Ausschluss des Bezugsrechts nach § 186 III 4 AktG nicht häufiger als einmal in fünf Jahren vorgenommen werden dürfe. Folglich besteht für die Einschränkung des vereinfachten Bezugsrechtsausschlusses im Wege der Analogie mangels planwidriger Regelungslücke kein Raum.⁸⁸

6. Begründungsanforderungen an den Vorstandsbericht

a) Der Bericht nach § 186 IV 2 AktG bei der ordentlichen Kapitalerhöhung

Der Vorstand hat bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung der Hauptversammlung gemäß § 186 IV 2 AktG einen schriftlichen Bericht vorzulegen⁸⁹, in dem er die Gründe für den Ausschluss des Bezugsrechts darlegt und den vorgeschlagenen Ausgabebetrag begründet.⁹⁰ Sinn und Zweck dieser Norm ist es, der Hauptversammlung eine sachgerechte Entscheidung über den Beschlussgegenstand zu ermöglichen und als Grundlage gerichtlicher Überprüfung im Anfechtungs- oder Feststellungsprozess zu dienen.⁹¹ Fraglich ist, wie sich die oben skizzierten veränderten Rechtfertigungsvoraussetzungen auf die inhaltliche Gestaltung des Vorstandsberichtes auswirken.

85 *Krieger*, (Fn. 61), § 58, Rn. 19; *Hueck/Windbichler* (Fn. 5), § 29, Rn. 13.

86 So könnte beispielsweise ein genehmigtes Kapital i. H. v. 50 % des Grundkapitals durch fünfmalige Ausübung einer Tranche i. H. v. 10 Prozentpunkten bei vereinfachtem Bezugsrechtsausschluss ausgeschöpft werden.

87 BT-Drucks. 13/367.

88 Umfangreich zu diesem Streitstand mit Nachweisen aus Rechtsprechung und Schrifttum: *Hirte* (Fn. 41), § 203, Rn. 114 ff.; vgl. auch die Darstellung bei *Bayer* (Fn. 72), § 203, Rn. 164 ff.

89 A. A. für das genehmigte Kapital *Kindler* (Fn. 61), S. 63 m. w. N.

90 Aufgrund des Schriftformerfordernisses in § 186 IV 2 AktG können mündliche Erläuterungen in der Hauptversammlung schwerwiegende Mängel des schriftlichen Berichts nicht mehr ausgleichen; vgl. *OLG Schleswig*, NZG 2004, S. 283; *OLG München*, ZIP 1991, S. 729; *Pfeifer* (Fn. 5), § 186, Rn. 68.

91 BGHZ 83, 319 (326); *OLG Schleswig* NZG 2004, S. 283 ff.; *Hüffer* (Fn. 12), § 186, Rn. 23; *Lutter*, Materielle und förmliche Erfordernisse eines Bezugsrechtsausschlusses – Besprechung der Entscheidung BGHZ 71, 40 (Kali und Salz), ZGR 1979, S. 401, 408 f.

Grundsätzlich hängen die inhaltlichen Anforderungen an den Bericht von den materiellen Voraussetzungen ab, die an den Bezugsrechtsausschluss zu stellen sind.⁹² Nach der hier vertretenen Ansicht unterliegt der Bezugsrechtsausschluss auch bei der ordentlichen Kapitalerhöhung allein den „Siemens/Nold“-Grundsätzen. Somit hat der Vorstand in seinem Bericht aufzuzeigen, dass der Bezugsrechtsausschluss im „wohlverstandenen Interesse“ der Gesellschaft liegt.

Im Unterschied zum Vorstandsbericht beim genehmigten Kapital⁹³ reicht eine abstrakte Umschreibung der Maßnahme, zu deren Durchführung der Vorstand ermächtigt werden soll, im Vorstandsbericht für die ordentliche Kapitalerhöhung nicht aus. Im Gegensatz zum genehmigten Kapital will sich die Hauptversammlung bei der ordentlichen Kapitalerhöhung ja gerade eine konkrete Prüfung der materiellen Voraussetzungen des Bezugsrechtsausschlusses selbst vorbehalten.

b) Richtschnur für die Praxis

Nach der Rücknahme der Berichtserfordernisse durch die „Siemens/Nold“-Entscheidung dürften an die inhaltlichen Anforderungen des Vorstandsberichts bei der ordentlichen Kapitalerhöhung vergleichbare Anforderungen angelegt werden, welche zuvor nur für den vereinfachten Bezugsrechtsausschluss nach § 186 III 4 AktG für zulässig erachtet wurden.⁹⁴ Dieser Gleichklang erklärt sich aus der Regierungsbeurteilung zum § 186 III 4 AktG. Dort heißt es unter ausdrückliche Bezugnahme auf die „Holzmann“-Entscheidung, dass ein Bezugsrechtsausschluss nach § 186 III 4 AktG weder den inhaltlichen Anforderungen dieser Rechtsprechung noch weiteren sachlichen Rechtfertigungsgründen zu genügen hat.⁹⁵ Wenn die „Holzmann“- und die „Kali + Salz“- Voraussetzungen für die genehmigte und ordentliche Kapitalerhöhung durch „Siemens/Nold“ aufgegeben wurden, so ist es kaum zu begründen, nicht auch die Rechtfertigungsvoraussetzungen des „ordentlichen“ Bezugsrechtsausschlusses nunmehr denen des vereinfachten Bezugsrechtsausschlusses anzugleichen. Die Rechtsberatungspraxis kann somit auf die für den § 186 III 4 AktG entwickelten „marktüblichen“ Berichtstandards⁹⁶ zurückgreifen.

Allerdings hat sich der Kontrollmaßstab bei der gerichtlichen Überprüfung der Zulässigkeit des Bezugsrechtsausschlusses verändert. Dieser beschränkt sich nunmehr auf eine den unternehmerischen Ermessensspielraum berücksichtigende Plausibili-

92 So auch Hüffer (Fn. 12), § 203, Rn. 11; Bayer (Fn. 72), § 203, Rn. 95.

93 Betreffend die Berichtserfordernisse für das genehmigte Kapital sei – soweit im Folgenden nicht mehr weiter erörtert – auf die Auslegung der „Siemens/Nold“-Entscheidung durch OLG Schleswig, NZG 2004, S. 283 und die eingehende Darstellung bei Krieger, (Fn. 61), § 58, Rn. 16 ff. verwiesen.

94 RegBegr. BT-Drucks. 12/6721, S. 10; weiterführend Hoffmann-Becking, Gesetz zur „kleinen AG“ – unwesentliche Randkorrekturen oder grundlegende Reform?, ZIP 1995, S. 1, 9; Trapp, Erleichterter Bezugsrechtsausschluss nach § 186 Abs. 3 S. 4 AktG und Greenshoe, AG 1997, S. 115, 120.

95 RegBegr. BT-Drucks. 12/6721, S. 10.

96 Vgl. Happ, Aktienrecht – Handbuch – Mustertexte – Kommentar, 2. Auflage (2004), S. 1215 ff. m. w. N.

tätskontrolle. Mit Einführung der sog. „Business Judgment Rule“ durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) ist dieser unternehmerische Ermessensspielraum in § 93 I 2 AktG n. F. für sämtliches Vorstandshandeln gesetzlich verankert worden.⁹⁷

IV. Ungeschriebene Schranken bei der genehmigten Kapitalerhöhung

1. Das genehmigte Kapital: Empirische Grundlage

Die volkswirtschaftliche Bedeutung des genehmigten Kapitals lässt sich an einer vom Verfasser durchgeführten Untersuchung der Kapitalstruktur der DAX 30-Aktiengesellschaften, sowie ausgewählter MDAX-Aktiengesellschaften ablesen.⁹⁸ Am 15. September 2005 betrug das Grundkapital von DAX 30-Aktiengesellschaften zusammen 40,4 Mrd. Euro. Darüber hinaus verfügten diese Unternehmen über ein genehmigtes Kapital von 10,5 Mrd. Euro. Hinzu kommen 6,8 Mrd. Euro an bereits geschlossenem bedingtem Kapital. Zusammengerechnet weisen die Satzungen von DAX-Unternehmen somit ein Kapitalerhöhungspotential von 17,3 Mrd. Euro auf. Dies entspricht knapp 43 % des derzeitigen Grundkapitals dieser Unternehmen. Die Anteile genehmigter und bedingter Kapitalia bei den ausgewählten MDAX-Unternehmen⁹⁹ übertreffen nochmals die der DAX 30 – Gesellschaften. Die untersuchten neun Werte verfügen über ein Kapitalerhöhungspotential von insgesamt 50 % ihres Grundkapitals.

Angesichts dieser enormen Macht von DAX-Vorständen, die Eigentumsverhältnisse ihrer Gesellschaften zu verändern, gibt es starke – rechtspolitisch motivierte – Tendenzen in der Wissenschaft, die Machtposition der Vorstände im Wege der Rechtsfortbildung zu beschränken.

97 Zur Rechtslage vor dem UMAG: *BGHZ* 136, 133 (139); *OLG Schleswig* NZG 2004, S. 284; weiterführend *Hüffer* (Fn. 12), § 186, Rn. 36 ff.; zur Rechtslage nach dem UMAG: *Priester*, Neue Entwicklungen im Recht der Hauptversammlung – UMAG und jüngste Rechtsprechung, *DNotZ* 2006, S. 403, 405 m. w. N.; vgl. auch zum unternehmerischen Ermessensspielraum des Aufsichtsratsmitglieds *Paal*, Die persönliche Haftung – ein wirksames Mittel zur Verbesserung der Kontrolltätigkeit des Aufsichtsrats bei kapitalmarktorientierten Unternehmen? (Teil I), *DStR* 2005, S. 382, 385.

98 Basis der Untersuchung sind die jeweiligen Satzungen der Aktiengesellschaften zum Stand vom 15. September 2005.

99 Es sind diejenigen neun Gesellschaften untersucht worden, welche die höchste Gewichtung der MDAX-Werte zum Zeitpunkt der Untersuchung aufwiesen und somit der Aufnahme in den DAX 30 am nächsten standen. Die Berechnung fand auf Grundlage des „Leitfaden[s] der Deutschen Börse zu den Aktienindizes“ statt. Die wichtigsten Auswahlkriterien waren die Free-Float-Marktkapitalisierung und der Orderbuchumsatz in den vorangegangenen zwölf Monaten.

2. Übertragbarkeit der „Kali + Salz“ – Grundsätze auf das genehmigte Kapital auch nach der „Siemens/Nold“-Entscheidung

Im Schrifttum ist auch nach der „Siemens/Nold“-Entscheidung die Anwendung der „Kali + Salz“-Grundsätze auf das genehmigte Kapital gefordert worden.¹⁰⁰

Diese Auffassung ist mit der herrschenden Meinung abzulehnen.¹⁰¹ „Kali + Salz“ fordert für die ordentliche Kapitalerhöhung, dass der Bezugsrechtsausschluss im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung durch sachliche Gründe im Interesse der Gesellschaft gerechtfertigt ist. Die „Holzmann“-Entscheidung übertrug diese Grundsätze auch auf das genehmigte Kapital. „Siemens/Nold“ gibt die „Holzmann“-Entscheidung ausdrücklich auf. Mithin gelten die „Kali + Salz“-Anforderungen nach „Siemens/Nold“ nicht mehr für das genehmigte Kapital. Insbesondere eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nach „Kali + Salz“ entfällt.¹⁰² Dies wird auch daran deutlich, dass der *BGH* in „Siemens/Nold“ Begrifflichkeiten verwendet, die von denen der „Kali + Salz“-Entscheidung deutlich verschieden sind. Muss der Bezugsrechtsausschluss nach „Kali + Salz“, „im Gesellschaftsinteresse seine Rechtfertigung finden“¹⁰³, so reicht es nach „Siemens/Nold“ aus, wenn er „im wohlverstandenen Interesse“ der Gesellschaft liegt.¹⁰⁴ Richtiger Ansicht nach gilt der materielle „Siemens/Nold“-Prüfungsmaßstab unabhängig davon, ob ein Bezugsrechtsausschluss in der Ermächtigung selbst (§§ 203 I 1, 186 III 4 AktG) oder von der hierzu ausdrücklich ermächtigten Verwaltung (§§ 203 II, 186 IV AktG) vorgenommen wird. In beiden Fällen hat die Hauptversammlung den Bezugsrechtsausschluss mangels einer absehbaren Durchführungsmaßnahme nur abstrakt-generell zu prüfen¹⁰⁵, während die Verwaltung die Zulässigkeit eines Bezugsrechtsausschlusses im Hinblick auf die geplante Kapitalmaßnahme konkret zu prüfen hat.¹⁰⁶

100 *Hirte*, in: Großkomm AktG, § 203, Rn. 79; *Bayer*, in: MüKo AktG, § 203, Rn. 114 ff.; *Rodloff* (Fn. 24), S. 1078; *Ekkenga*, Das Organisationsrecht des genehmigten Kapitals (Teil I und II), AG 2001, S. 567, 572 f.; *Bayer* (Fn. 38), S. 148 f.

101 *OLG Stuttgart*, ZIP 1998, S. 1487; *Hüffer*, in: AktG, § 203, Rn. 11 (der dieses Ergebnis aus rechtspolitischer Sicht kritisiert); ausdrücklich *Henze* (Fn. 57), S. 3; *Hofmeister* (Fn. 60), S. 714; *Schwark*, Anmerkung zur Entscheidung „Siemens/Nold“, LM, § 186 AktG, Nr. 9; *Kindler* (Fn. 61), S. 59 f., 65; *Cahn* (Fn. 61), S. 574 ff.; *Ihrig*, Genehmigtes Kapital- und Bezugsrechtsausschluss, WiB 1997, S. 1181, 1182; vorsichtig: *Krieger*, (Fn. 61), § 58, Rn. 43; wohl auch: *Lutter* (Fn. 38), S. 51 (der dieses Ergebnis aus rechtspolitischer Sicht scharf kritisiert).

102 Welche materiellen Anforderungen die Rechtsprechung an das „wohlverstandene Gesellschaftsinteresse“ knüpft, wird abzuwarten bleiben. Die Zielrichtung der „Siemens/Nold“-Entscheidung deutet jedoch auf eine deutliche Rücknahme des inhaltlichen Kontrollmaßstabes gegenüber der „Holzmann“-Rechtsprechung hin, vgl. hierzu oben III 1.b).

103 *BGHZ* 71, 40 (44).

104 *BGHZ* 136, 133 (136).

105 *BGHZ* 136, 133 (139); 144, 290 (295); *OLG Nürnberg*, AG 1999, S. 381 f.; *Hüffer* (Fn. 12), § 203, Rn. 29.

106 *BGHZ* 136, 133 (139); ausdrücklich auch *Hirte* (Fn. 39), § 203, Rn. 21; *Hüffer* (Fn. 12), § 203, Rn. 35.

3. Geltungserhaltene Reduktion der §§ 202 ff. AktG bei Bezugsrechtsausschluss im Lichte des Art. 14 I GG

a) Verbot eines Bezugsrechtsausschlusses bei Ausübung des genehmigten Kapitals nach Art. 14 I GG

Im Schrifttum ist die Ansicht geäußert worden, dass Art. 14 I GG den Einsatz eines genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss verbiete.¹⁰⁷ Der Minderheitsaktionär sei bei der genehmigten Kapitalerhöhung vollkommen schutzlos gestellt. Eine Klage gegen einen Missbrauch wirtschaftlicher Macht sei ihm aufgrund der abgeschwächten Informationspflichten bei dieser Kapitalmaßnahme nicht möglich.¹⁰⁸ Insbesondere beim Erwerb eines Unternehmens vom Mehrheitsaktionär im Wege der Ausübung des genehmigten Kapitals gegen Sacheinlage bestehe die Gefahr, dass der Mehrheitsaktionär über den von seinem Willen abhängigen Vorstand den Erwerbspreis frei bestimmen und die Minderheitsaktionäre aus der Gesellschaft drängen könne.¹⁰⁹ Dieser als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Aktiencigentums (Art. 14 I 2 GG) ausgeprägten Macht stehe aber nicht der in der „Motometer“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts geforderte effektive Schutz, insbesondere in Form von wirksamen Rechtsbehelfen, als Schranken-Schanke gegenüber.¹¹⁰ Mit hin könne die Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital nicht unter Ausschluss des Bezugsrechts erfolgen.

b) Stellungnahme unter Berücksichtigung rechtspraktischer Erwägungen

Ob ein effektiver Rechtsschutz bei der genehmigten Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechts tatsächlich gewährleistet ist, erscheint fraglich.¹¹¹ Vor Ausübung des genehmigten Kapitals ist ein klägerisches Vorbringen, die missbräuchliche Ausübung des genehmigten Kapitals sei geplant, kaum zu substantiieren.¹¹² Nach Ausübung des genehmigten Kapitals können die Ausübungsbeschlüsse von Vorstand

107 Bayer (Fn. 72), § 203, Rn. 119 ff.; 124 ff.; ders. (Fn. 38), S. 169 ff., der sich lediglich auf den Bezugsrechtsausschluss zugunsten des Mehrheitsaktionärs bezieht.

108 Bayer (Fn. 38), S. 169 f.

109 Ebd., S. 170.

110 Bayer (Fn. 72), § 203, Rn. 124 unter Berufung auf *BVerfG*, ZIP 2000, S. 1672; deutlicher als die „Motometer“-Entscheidung, welche lediglich als Nichtannahmebeschluss erging und deren hier zitierten Passagen daher nur ein Obiter Dictum darstellen: *BVerfGE* 14, 263 (283); 100, 289 (303).

111 Ob der Bezugsrechtsausschluss zugunsten des Mehrheitsaktionärs oder eines Dritten erfolgt, ist dabei rechtlich unerheblich. Mag der Verdacht des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht in der erstgenannten Variante zwar besonders handgreiflich erscheinen (vgl. *Bezenberger*, Das Bezugsrecht der Aktionäre und sein Ausschluss, ZIP 2002, S. 1917, 1928), so hat die Wahl des Bezugsberechtigten keine Auswirkung auf die Rechtsschutzmöglichkeiten der außenstehenden Aktionäre.

112 Auch wenn im Fall „Mangusta/Commerzbank II“ ein professioneller Anfechtungskläger zu einer hinreichenden Substantiierung der Feststellungsklage in der Lage war, ist zu bezweifeln, ob Minderheitsaktionäre im Regelfall über ausreichend Einsicht in die Firmeninterna verfügen, um im Vorfeld einer genehmigten Kapitalerhöhung eine Feststellungsklage zu substantiieren.

(§ 203 II 1 AktG) und Aufsichtsrat (§ 204 I 2 AktG) nicht analog der §§ 241 ff. AktG angefochten werden.¹¹³ Der Eingriff in die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre im Wege der Ausübung eines genehmigten Kapitals bei Bezugsrechtsausschluss ist folglich allein dem Ermessen der Verwaltung der Aktiengesellschaft anheim gestellt und insoweit einer gerichtlichen ex-ante-Überprüfung entzogen.

Allerdings kann das verfassungsrechtliche Postulat hinreichender Schutzrechte für Minderheitsgesellschafter bei Strukturmaßnahmen auf die Vermögenskomponente der Beteiligung konzentriert werden.¹¹⁴ Es ist der vermögensrechtliche, nicht der herrschaftsrechtliche Schutz, den Art. 14 I 1 GG primär gebietet.¹¹⁵ Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen nicht daran gehindert, auch schwerwiegende Eingriffe in die Mitgliedschaft der Aktionäre aus Gründen des Gemeinwohls zuzulassen, zu denen auch ein „beachtenswertes unternehmerisches Interesse an Konzernierungs- und Strukturmaßnahmen“ zu zählen ist.¹¹⁶

Es ist somit zu fragen, inwieweit der vermögensrechtlichen Verwässerungsgefahr hinreichende Schutzinstrumente der Minderheitsaktionäre gegenüberstehen. Zu denken ist dabei insbesondere an die Möglichkeit der Gesellschaft gemäß §§ 93 II, 116, 117 AktG Rückgriff bei den handelnden Organmitgliedern oder dem Mehrheitsaktionär zu nehmen, wenn die Aktienausgabe z. B. unter Wert erfolgt. In der Rechtspraxis haben sich diese Schutzinstrumentarien als nahezu wirkungslos herausgestellt.¹¹⁷ Oftmals zeigt der Aufsichtsrat – nicht zuletzt wegen seiner eigenen Mitwirkung an der Kapitalerhöhung gemäß § 204 I 2 AktG – wenig Bereitschaft, diese Schadensersatzansprüche geltend zu machen.¹¹⁸ Dies gilt in gleicher Weise für die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen des § 116 AktG durch den Vorstand.¹¹⁹ Außerhalb der Insolvenz ist der § 117 AktG in der Rechtspraxis ohne Bedeutung.

Trotz dieser Einwände hält der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung auch vor dem Hintergrund des Art. 14 GG ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten der Aktionäre bei der Ausübung des genehmigten Kapitals für gewährleistet.¹²⁰ Jedem Aktionär stehe als Maßnahme des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen kompetenz-

113 *BGH*, Urteil vom 10. Oktober 2005 – II ZR 90/03, Rn. 9; a. A.: *Baums*, Der fehlerhafte Aufsichtsratsbeschluss, *ZGR* 1983, S. 300, 340; *Paefgen* (Fn. 38), S. 149 ff.; 154 f.

114 *BVerfG*, ZIP 2000, S. 1671.

115 *BVerfG*, ZIP 2000, S. 1672; *BVerfGE* 100, 289 (304).

116 *BVerfGE* 100, 289 (303); in diese Richtung bereits: *BVerfGE* 14, 263, (283 f.).

117 In der über 50 jährigen Rechtsprechung des *BGH* und 161 Bänden *BGHZ* ist nur ein einziger Haftungsfall nach §§ 93, 116, 117 AktG dokumentiert: *BGHZ* 100, 228; so schon die Feststellung bei: *Lutter* (Fn. 38), S. 51; vgl zur rechtspolitischen Kritik auch: *Cahn*, Ansprüche und Klagemöglichkeiten der Aktionäre wegen Pflichtverletzungen der Verwaltung beim genehmigten Kapital, *ZHR* 2000, S. 119; *Paefgen* (Fn. 38), S. 153; *Paschos* (Fn. 38), S. 364.

118 *Cahn*, ebd.; vgl. auch: *Bayer*, *ZHR* 2004, S. 170

119 *Paschos* (Fn. 38), S. 364.

120 *BGH*, Urteil vom 10. Oktober 2005 – II ZR 90/03, Rn. 19.

überschreitendes Handeln der Organe die (vorbeugende) Unterlassungsklage oder die allgemeine Feststellungsklage offen.¹²¹ Diese Klagen würden insofern einen wirksamen Rechtsschutz gewährleisten, als dass diejenigen Gesellschaftsorgane, welche trotz richterlich festgestellter Kompetenzüberschreitung ihr rechtswidriges Handeln zum Nachteil der Minderheitsaktionäre fortsetzten, sich bald der Geltendmachung von Sekundäransprüchen z. B. im Wege des § 147 AktG ausgesetzt sähen.¹²²

Angesichts dieser als gefestigt anzusehenden Rechtsprechung¹²³ besteht zumindest aus rechtspraktischer Sicht keine Veranlassung, vor dem Hintergrund einer möglichen verfassungsrechtlichen Reduzierung der §§ 202 I, 203 I 1, 186 III 1 AktG auf die Ausübung eines genehmigten Kapitals bei Bezugsrechtsausschluss zu verzichten. Möglicherweise wird die Neufassung des § 147 AktG durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts dieses Rechtsschutzdefizit beseitigen können. In der Praxis lässt sich beobachten, dass insbesondere Hedge Fonds den § 147 AktG n. F. für sich entdeckt haben und zu einem „tougher talk“ gegenüber der Verwaltung ansetzen, wobei jedoch nicht immer erkennbar ist, ob die eingeleiteten Maßnahmen nach § 147 AktG n. F. tatsächlich dem Minderheitenschutz geschuldet sind oder eher der Einschüchterung von Vorständen und Aufsichtsräten zur Erleichterung eigener Einflussnahme auf die Unternehmenspolitik dienlich sein sollen. Es bleibt somit abzuwarten, ob § 147 AktG n. F. die rechtspraktische Realität an das verfassungsrechtliche Gebot wird annähern können.

4. Vorlagepflicht des Vorstands bei Ausübung des genehmigten Kapitals

In der Literatur wird diskutiert, inwieweit der Vorstand nach den Grundsätzen der „Holzmüller“-Entscheidung¹²⁴ verpflichtet ist, vor Ausübung des genehmigten Kapitals die Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen.¹²⁵ Inzwischen hat der BGH in der „Gelatine“-Entscheidung angedeutet, dass eine Strukturmaßnahme der Gesellschaft mehr als 50 % der Vermögenswerte der Gesellschaft betreffen muss, um

121 BGH, Urteil vom 10. Oktober 2005 – II ZR 90/03, Rn. 10; BGHZ 83, 122, (125 ff.); 136, 133 (141); vgl. auch: *Lutter*, Bezugsrechtsausschluss und genehmigtes Kapital, BB 1981, S. 861, 864; *Bruns*, Der Eingriff in die Mehrheitsverhältnisse einer Aktiengesellschaft durch die Verwaltung, Diss. Tübingen, 1973, S. 211; so auch: *Bayer*, Aktionärsklagen de lege lata und de lege ferenda, NJW 2000, S. 2609, 2611; zur Unterlassungsklage: *Zöllner*, Die sogenannten Gesellschafterklagen im Kapitalgesellschaftsrecht, ZGR 1988, S. 392, 425 ff.; a. A. *Baums* (Fn. 53), S. 161.

122 Vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2005 – II ZR 90/03, Rn. 19; differenzierend *Paschos* (Fn. 38), S. 364.

123 Auch das Bundesverfassungsgericht scheint solchem Vorbringen in der Tendenz skeptisch gegenüberzustehen: *BVerfG* ZIP 2000, S. 1672 (Nichtannahmebeschluss).

124 BGHZ 83, 122 (131).

125 Eine solche Vorlagepflicht zumindest bei einem umfangreichen Beteiligungserwerb bejahend: *Mertens*, in: *KölnerKomm AktG*, 2. Auflage (1996), § 93, Rn. 75 ff.; *Bayer* (Fn. 72), § 202, Rn. 56 f.; *Cahn* (Fn. 61), S. 581 f.; a. A. *Hirte* (Fn. 39), § 202, Rn. 162; *Hirte* (Fn. 18), S. 162 ff.; *Kimpler* (Fn. 38), S. 770.

eine „Holzmüller“-Zuständigkeit der Hauptversammlung zu begründen.¹²⁶ Das genehmigte Kapital betrifft allerdings nur maximal 50 % des Unternehmensvermögens, § 202 III 1 AktG. Aber auch unter einem anderen Gesichtspunkt ist eine „Holzmüller“-Zuständigkeit der Hauptversammlung bei Ausübung des genehmigten Kapitals abzulehnen: Der § 202 I AktG ordnet die Entscheidung über die Ausübung des genehmigten Kapitals ausdrücklich der Kompetenz des Vorstands zu und geht somit der richterrechtlichen „Holzmüller“-Doktrin unabhängig vom Umfang der genehmigten Kapitalerhöhung vor.¹²⁷

V. Ausblick

Der Staub, den die „Siemens/Nold“-Entscheidung aufgewirbelt hat, hat sich gelegt und eröffnet die Sicht auf die nunmehr notwendig gewordenen „Flurbereinigungen“ bei den bestehenden Streitständen rund um die Kapitalerhöhung.

Aufgabe der Rechtsprechung wird es in der Zukunft sein, die Unterschiede bei den Anforderungen an die materielle Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses – sofern sie nicht lediglich terminologischer Natur sind – bei allen Kapitalmaßnahmen an den „Siemens/Nold“-Standard anzugleichen. Es widerspräche der Ratio des Aktiengesetzes, wenn ausgerechnet die „gefährlichste“ Kapitalmaßnahme, das genehmigte Kapital bei Bezugsrechtsausschluss, den geringsten Rechtfertigungsvoraussetzungen unterläge. Insbesondere wird durch eine solche Angleichung verhindert, dass Unternehmen ohne Not nur deshalb auf das genehmigte Kapital ausweichen, um die bestehenden Rechtsunsicherheiten bei der ordentlichen Kapitalerhöhung zu meiden. Dabei steht es nach der zu begrüßenden „Siemens/Nold“-Rechtssprechungswende inzwischen außer Frage, dass die Angleichung der materiellen Rechtfertigungsvoraussetzungen eines Bezugsrechtsausschlusses nicht auf einem Niveau geschehen kann, das es Unternehmen praktisch verbietet, Kapitalerhöhungen sinnvoll durchzuführen.

Diese Rechtsprechungslinie findet in der Entscheidung „Mangusta/Commerzbank I“ ihre Bestätigung. Der Bundesgerichtshof stellt ausdrücklich klar, dass die durch „Siemens/Nold“ bewirkte Flexibilisierung des genehmigten Kapitals nicht durch Annahme einer im Wege der Rechtsfortbildung zu konstruierenden Vorstandspflicht, den Aktionären vor Ausübung der Ermächtigung zur Kapitalerhöhung und zum Bezugsrechtsausschluss einen Vorabbericht zu erstatten, unterlaufen werden kann.

Auch die Entscheidung „Mangusta/Commerzbank II“ markiert in diesem Entscheidungsgefüge nicht den Wendepunkt zum liberalen „Siemens/Nold“-Kurs. Sie verdeutlicht lediglich, dass der Bundesgerichtshof weiterhin das Interesse der Kleinaktionäre an einem wirkungsvollen Rechtsschutz gegen missbräuchliche Ausübung von Kapitalerhöhungsermächtigungen im Auge behält.

126 *BGH* BB 2004, S. 1186; *Bungert*, Festschreibung der ungeschriebenen Holzmüller-Hauptversammlungszuständigkeiten bei der Aktiengesellschaft, BB 2004, S. 1345, 1351; so auch: *Bayer* (Fn. 72), § 202, Rn. 56.

127 So auch *Hirte* (Fn. 39), § 202, Rn. 162; *Hirte* (Fn. 18), S. 179 ff.

Die Reihe Schwerpunkte Klausurenkurs ermöglicht es, den in den Grundlagenwerken der Schwerpunkte-Reihe vermittelten Stoff auf den konkreten Fall bezogen anzuwenden. Typische Musterklausuren werden exemplarisch gelöst, um Klausurtechnik einzuüben.

**Klausurenkurs im Staatsrecht
Mit Bezügen zum Europarecht
Ein Fall- und Repetitionsbuch**

Von Prof. Dr. Christoph Degenhart,
Leipzig. 3., neu bearbeitete und
erweiterte Auflage. 2005.
XVII, 399 S. € 18,50
ISBN 978-3-8114-7314-0

**Klausurenkurs im Verwal-
tungsrecht
Ein Fall- und Repetitionsbuch zum
Allgemeinen und Besonderen
Verwaltungsrecht mit Verwal-
tungsprozessrecht**

Von Prof. Dr. Franz-Joseph Peine,
Frankfurt/O. 2., neu bearbeitete
Auflage. 2006. XXIV, 360 S.
€ 19,- ISBN 978-3-8114-8009-4

**Klausurenkurs im Steuerrecht
Ein Fall- und Repetitionsbuch**

Von Prof. Dr. Dieter Birk, Münster,
und Prof. Dr. Rainer Wernsmann,
Hamburg. 2006. XXI, 203 S.
€ 18,50 ISBN 978-3-8114-7312-6

**Klausurenkurs BGB -
Allgemeiner Teil
Fälle und Lösungen nach höchst-
richterlichen Entscheidungen**

Von Prof. Dr. Peter Marburger, Trier.
8., neu bearbeitete Auflage 2004.
XII, 154 S. € 15,-
ISBN 978-3-8114-1669-7

**Klausurenkurs im Sachenrecht
Fälle und Lösungen**

Von Prof. Dr. Karl-Heinz Gursky,
Osnabrück. 11., neu bearbeitete
Auflage. 2003. XIII, 209 S. € 18,-
ISBN 978-3-8114-3037-2

**Klausurenkurs im Familien-
und Erbrecht
Ein Fall- und Repetitionsbuch
für Examenskandidaten**

Von RAin Dr. Susanne A. Benner,
Berlin. 2005. XVI, 354 S. € 18,-
ISBN 978-3-8114-7301-0

**Klausurenkurs im
Handelsrecht
Ein Fallbuch**

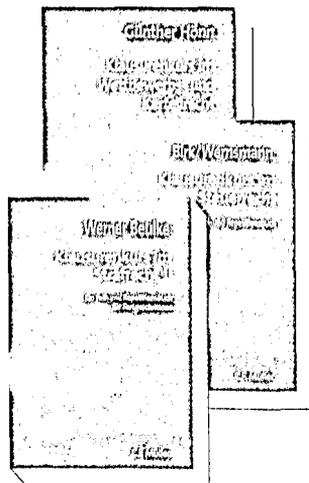
Von Prof. Dr. Karl-Heinz Fezer, Kon-
stanz. 4., neu bearbeitete Auflage.
2006. XIX, 279 S. € 18,-
ISBN 978-3-8114-8024-7

**Klausurenkurs im Sozialrecht
Ein Fallbuch**

Von Prof. Dr. Eberhard Eichenhofer,
Jena. 5., völlig neu bearbeitete
Auflage. 2005. XVIII, 187 S. € 18,50
ISBN 978-3-8114-7303-4

**Klausurenkurs im Wett-
bewerbs- und Kartellrecht
Ein Fall- und Repetitionsbuch**

Von Prof. Dr. Günther Hönn, Saar-
brücken. 4., neu bearbeitete Auflage.
2007. Ca. 220 S. Ca. € 19,-
ISBN 978-3-8114-9210-3



**Klausurenkurs im Strafrecht I
Ein Fall- und Repetitionsbuch
für Anfänger**

Von Prof. Dr. Werner Beulke, Passau.
3., neu bearbeitete Auflage. 2005.
XVII, 251 S. € 17,-
ISBN 978-3-8114-7310-2

**Klausurenkurs im Strafrecht II
Ein Fall- und Repetitionsbuch
für Fortgeschrittene**

Von Prof. Dr. Werner Beulke, Passau.
2007. XX, 243 S. € 18,-
ISBN 978-3-8114-4434-8

**Klausurenkurs im Strafrecht III
Ein Fall- und Repetitionsbuch
für Examenskandidaten**

Von Prof. Dr. Werner Beulke, Passau.
2., neu bearbeitete Auflage. 2006.
XXIII, 518 S. € 23,-
ISBN 978-3-8114-8000-1



Thorsten Zetsche/Robert Kilian*

Die konsensuale Erledigung im Strafprozess

Abstract

Die Absprache im Strafprozess, auch Verständigung oder „Deal“ genannt, ist, wie unlängst die Entwicklungen zum Mannesmann-Prozess erneut belegt haben, ein heute nicht mehr aus der Praxis wegzudenkendes Instrument zur Verfahrensbeschleunigung und -beendigung. Im Gegensatz zu ihrer festen Verankerung in vielen ausländischen Rechtsordnungen – beispielsweise dem amerikanischen „*plea bargaining*“ – ist die Absprache in der derzeit geltenden deutschen Strafprozessordnung jedoch nicht vorgesehen. Während Lehre und Literatur der Absprache daher zu einem erheblichen Teil kritisch gegenüberstehen, verteidigt die Praxis dieses Instrument als unverzichtbares Hilfsmittel in der heute notorisch überlasteten Strafjustiz. Gegenstand dieses Aufsatzes soll die Darstellung des Inhaltes von Absprachen im Strafprozess, ihrer Problematik sowie ihrer Rezeption und der Lösungsversuche der Rechtsprechung sein. Darüber hinaus wird versucht, einem aktuellen Aufsatz der Literatur folgend, eine Übersicht in Handlungsmodellen zu erstellen. Schließlich werden die Vor- und Nachteile der bereits ergangenen Vorschläge einer gesetzlichen Regelung untersucht, sowie Vergleiche mit dem angelsächsischen System gezogen.

* Die Verfasser *Thorsten Zetsche* und *Robert Kilian* studieren Rechtswissenschaften an der Universität Heidelberg bzw. an der Universität zu Köln.

A. Begriff und Problematik der konsensualen Erledigung des Hauptverfahrens

I. Begriff und Inhalt

Das Institut der Absprache wurde erstmals in einem Aufsatz von „*Detlef Deal aus Mauschelhausen*“ im Jahre 1982 einer genaueren Betrachtung unterzogen.¹ Hinter diesem merkwürdigen Pseudonym verbarg sich der renommierte Frankfurter Strafverteidiger *Hans-Joachim Weider*, der zum ersten Mal öffentlich Stellung zur bis dahin nur Insidern bekannten Absprache im Strafprozess bezog. Die Tatsache, dass *Weider* seinen Beitrag unter einem Pseudonym veröffentlichte ist dabei typisch für das Dilemma, in dem sich die an einer Absprache teilnehmenden Parteien oft befinden: Ihre Legalität wird bis heute angezweifelt,² dennoch kommt die deutsche Strafjustiz nicht ohne sie aus.

Unter der hier relevanten konsensualen Erledigung des Hauptverfahrens versteht man die Verständigung zwischen Verteidigung, Staatsanwaltschaft und Gericht. Ziel des Angeklagten und seiner Verteidigung ist es in aller Regel, eine niedrigere Bestrafung als in einem regulären Verfahren zu erhalten, während Staatsanwaltschaft und Gericht vornehmlich an einer möglichst prozessökonomischen, also weniger arbeitsintensiven Erledigung des Verfahrens interessiert sind.³ Als mögliche Anknüpfungspunkte für die Konsensschaffung zwischen Verteidigung und Strafverfolgungsorganen kommen sowohl das Ermittlungs- und Zwischenverfahren als auch die Hauptverhandlung in Betracht, wobei sich die vorliegenden Ausführungen der am häufigsten vorkommenden konsensualen Erledigung im Hauptverfahren widmen.

II. Praktische Bedeutung und Ursachen

Absprachen im Strafprozess spielen im heutigen Justizalltag eine immens große Rolle.⁴ Besonders betroffen sind hierbei insbesondere Strafverfahren, die Wirtschaftskriminalität oder Verstöße gegen das Betäubungsmittelgesetz zum Gegenstand haben.⁵ In Wirtschaftsstrafsachen schwanken die Quoten der durch Absprache erledigten Verfahren je nach Kammer zwischen 28 % und teilweise sogar bis zu 100 %.⁶ Diese Zahlen verdeutlichen die enorme praktische Relevanz der einvernehmlichen Verfah-

1 *Deal*, Der strafprozessuale Vergleich, StV 1982, S. 545.

2 Aus der Literaturfülle seien herausgegriffen: *Schlüchter*, in: SK, Stand 62. Lfg. 2004, Vor § 213 Rn. 23 ff.; *Kreß*, Diskussionsbericht: Absprachen im Rechtsvergleich, ZStW 116, S. 172 ff.

3 *Deal* (s. o. Fn. 1).

4 Vgl. *Beulke*, Strafprozessrecht, 8. Auflage (2005), Rn. 394.

5 *Weßlau*, Absprachen im Strafverfahren, ZStW 2004, S. 150 (165).

6 *Siolek*, Verständigung in der Hauptverhandlung, 1993, S. 32.

rungserledigung in der heutigen Justiz. Die Gründe, die zu dieser Entwicklung geführt haben und ihre Ausbreitung vorantreiben, sind vielfältig:

1. Überlastung der Justiz

Bereits zu Zeiten der Untersuchung des Themas durch *Detlef Deal* im Jahre 1982 war eine enorme Arbeitsüberlastung der deutschen Strafgerichte festzustellen, der auch durch die Anwendung der in der StPO vorgesehenen Mittel zur Verfahrensbeschleunigung, namentlich der §§ 153 und 407 ff. StPO nicht mehr beizukommen war.⁷ Bereits damals war zu befürchten, dass eine Durchführung *aller* Verfahren unter peinlichst genauer Beachtung der Verfahrensstandards zu einem Überlastungsbedingten Zusammenbruch der Strafjustiz führen würde.⁸ Diese Entwicklung hat sich in den letzten Jahren spürbar dramatisiert.⁹ Gründe hierfür sind insbesondere eine steigende Anzahl von strafrechtlichen Normen, ein allgemeiner sozialer Wandel, Änderungen im Anzeigeverhalten der Bürger sowie höhere Aufklärungsraten.¹⁰ Die Strafjustiz hat hierdurch mit einer zunehmenden Anzahl von Großverfahren und einer deutlichen Steigerung der Verhandlungsdauer auf der einen Seite und stagnierendem Personalstand auf der anderen Seite zu kämpfen.¹¹

2. Beweisantragsprobleme und hoher Ermittlungsaufwand

Zudem lassen die Globalisierung und die damit einhergehenden internationalen Verflechtungen der Wirtschaft auch die Strafjustiz nicht unberührt. So gibt es vor allem im Wirtschaftsstrafrecht eine Entwicklung hin zu einer Internationalisierung des verfahrenserheblichen Geschehens.¹² Konkret bedeutet dies, dass durch das geltende Beweisantragsrecht Situationen geschaffen werden, in denen Beweise aus allen fünf Kontinenten eingeholt werden müssen, was sich in einer extrem gestiegenen Prozessdauer und teilweise auch diplomatischen Schwierigkeiten niederschlägt.¹³ Gemäß § 229 I StPO darf die Hauptverhandlung für maximal drei Wochen, unter der Voraussetzung des Abs. 2 für maximal einen Monat unterbrochen werden. In der Praxis reicht diese Frist jedoch oftmals nicht aus, um die Beweise aus dem Ausland zu beschaffen. Deshalb werden immer häufiger Scheintermine angesetzt, um die Verhandlungsunterbrechung künstlich zu straffen, was logischerweise wieder zu einer steigenden Gesamtdauer und höheren Belastung der Justiz führt.¹⁴ Hinzu kommt, dass

7 *Deal* (o. Fn. 1), S. 545.

8 *Seier*, Der strafprozessuale Vergleich im Lichte des § 136a StPO, JZ 1988, S. 683 (684); *Deal*, ebd.

9 Vgl. die Ausführungen bei *Weichbrodt*, Das Konsensualprinzip strafprozessualer Absprachen, 2006, S. 120 ff.; *Landau/Büniger*, Urteilsabsprachen, ZRP 2005, S. 268 (269).

10 *Braun*, Gründe für das Auftreten von Absprachen im Strafverfahren, AnwBl 2000, S. 222 (224).

11 *Stolek* (o. Fn. 6), S. 57.

12 *Ebd.*, S. 59.

13 *Ebd.*

14 *Ebd.*

das Gericht gemäß dem Prinzip der materiellen Wahrheit auch über völlig unstrittige Fragen Beweise erheben und würdigen muss.¹⁵ Die geltende StPO erlaubt hiervon keine Abweichung, solange die §§ 154 ff. StPO nicht anwendbar sind. Wenn jedoch absehbar ist, dass die fraglichen Beweise am Ausgang des Verfahrens keine Änderung zu bewirken vermögen, und lediglich pro forma zu erheben sind, entsteht ein Missverhältnis zwischen dem prozessualen Nutzen und dem nicht mehr zu rechtfertigenden Arbeitsaufwand des Gerichts und den Kosten des Verfahrens, das mit dem Prinzip der Prozessökonomie nicht mehr in Einklang zu bringen ist.¹⁶

3. Rücksichtsvollere Verfahrensgestaltung

Ein weiterer Aspekt, welcher die Relevanz der einvernehmlichen Verfahrensbeendigung durch Absprache steigert, liegt in der Bemühung, die Belastungen zu Ungunsten des Angeklagten so gering wie möglich zu halten.¹⁷ Ein langer Prozess bringt auch existenzielle Gefährdungen des Angeklagten sowohl finanzieller als auch sozialer und persönlicher Art mit sich.¹⁸ Der durch die Eröffnung der Hauptverhandlung ohnehin schon gravierende Konflikt mit dem Interesse des Angeklagten an einer freien Entfaltung seiner Persönlichkeit ohne die Einmischung des Staates wird durch eine überlange Hauptverhandlung verstärkt, was im Falle von komplizierten Beweiserhebungen trotz absehbarem Verfahrensausgang nur schwer zu rechtfertigen ist. Deshalb gibt es Tendenzen zu einer menschlicheren Gestaltung des Strafverfahrens.¹⁹ Ausgangspunkt ist hierbei die Erwartung, dass beim Angeklagten durch die Erörterung der Vorwürfe und des Prozessstandes im Dialog mit Verteidigung, Anklage und Gericht das Unrechtsbewusstsein des Angeklagten sensibilisiert wird, er die Strafe so eher akzeptiert und bei ihm ein Verständnis für die Notwendigkeit der Sanktion geschaffen wird. Hierzu trägt auch die Erfahrung des Angeklagten bei, dass er mit seinen Belangen nicht ungehört bleibt, was wiederum die Akzeptanz der Strafe erleichtert.²⁰ Nicht zuletzt spielt auch der Opferschutz eine Rolle bei der Bereitschaft der Beteiligten zu Absprachen. So kann beispielsweise dem Opfer eines Sexualdeliktes eine psychisch extrem belastende Aussage erspart bleiben, wenn diese zur Aufklärung der Sache ohnehin nicht beiträgt, und sich die Beteiligten einvernehmlich auf eine Beendigung des Verfahrens einigen.²¹ Dieser Anwendungsfall wurde vom Bundesgerichtshof dann auch als Beispiel für eine sachgerechte Anwendung der Absprachen im Strafprozess bezeichnet.²²

15 *Volk*, *Diverse Wahrheiten*, in: *Salger FS*, S. 411 (444); *Weßlau*, (o. Fn. 5), S. 152.

16 *Deal* (o. Fn. 1), S. 550; *Seier* (o. Fn. 8), S. 684.

17 *Haas*, *Vereinbarungen im Strafverfahren*, *NJW* 1988, S. 1345 (1346).

18 Vgl. *Laue*, *Das öffentliche Interesse an der Beschleunigung des Strafverfahrens*, *GA* 2005, S. 648 (648).

19 *Schmidt-Hieber*, *Verständigung im Strafverfahren*, *NJW* 1982, S. 1017 (1018).

20 *Siolek* (o. Fn. 6), S. 68.

21 *Meyer-Gößner*, *Gesetzliche Regelung der „Absprachen im Strafprozess“?* *ZRP* 2004, S. 187.

22 *BGH*, *BeckRS* 2003, 07 588.

B. Die bisherige Rechtsprechung zur konsensualen Erledigung

Um in die aktuellen Probleme und Diskussionen über Modelle konsensualer Erledigung des Hauptverfahrens einsteigen zu können, ist es notwendig sich die bisherige Rechtsprechung zu dieser Thematik näher zu verdeutlichen.

Der große Dissens zwischen den Bedürfnissen der Praxis und den Bedenken der teilweise absprachenfeindlichen Literatur hat dabei dazu geführt, dass sich auch das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof mit der Frage beschäftigten, ob eine verfahrensbeendende Absprache im Strafprozess überhaupt zulässig ist.

I. Die Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Bereits im Jahre 1987 erging hierzu ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, in dem sich das höchste deutsche Gericht mit der Zulässigkeit und insbesondere der Vereinbarkeit der Absprachen mit den Prinzipien der Verfassung befasst. Als Prüfungsmaßstab legt das Bundesverfassungsgericht den aus Art. 20 III i. V. m. Art. 2 I GG abgeleiteten Anspruch des Angeklagten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren an und kommt zu dem Ergebnis, dass Verständigungen zwischen den Prozessbeteiligten über eine Strafmaßreduzierung gegen die Ablegung eines Geständnisses seitens des Angeklagten nicht grundsätzlich unzulässig seien.²³ Der Grundsatz des fair-trial untersage es den Beteiligten nicht, außerhalb der Hauptverhandlung Gespräche über Stand und Aussichten der Verhandlung zu führen. Unzulässig sei es dagegen, die Handhabung der richterlichen Aufklärungspflicht, die rechtliche Subsumtion, sowie die Grundsätze der Strafzumessung in der Hauptverhandlung in das Belieben der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen.²⁴ Es ist kaum überraschend, dass dieser Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes den Streit um die Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen nicht zu beenden vermochte. Der Wortlaut der Entscheidung ist zweideutig. Auf der einen Seite sollen Verständigungen grundsätzlich zulässig sein, auf der anderen Seite werden mit der richterlichen Aufklärungspflicht und den Grundsätzen der Strafzumessung gerade diejenigen Gegenstände der Disposition der Beteiligten entzogen, die in der Praxis regelmäßig als Verhandlungsmasse in der verfahrensbeendenden Absprache erhielten. Dies führt dazu, dass sowohl die Gegner als auch die Befürworter der Absprachen den für sie jeweils günstigen Aspekt des Beschlusses betonen, um ihre eigene Ansicht zu untermauern.²⁵

23 BVerfG, NStZ 1987, S. 419.

24 Ebd.

25 Schönemann, Informelle Absprachen und Vertrauensschutz im Strafverfahren, JZ 1989, S. 984 (986); Weßlau (o. Fn. 5), S. 168.

II. Die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs

Auch der Bundesgerichtshof beschäftigte sich über die Jahre in Revisionsverfahren immer wieder mit Urteilen, denen eine verfahrensbeendende Absprache zugrunde lag.²⁶ Die Fälle wurden indes stets in Konstellationen vorgelegt, in denen der BGH seine grundsätzliche Stellung zu Absprachen nicht darzulegen brauchte.²⁷ Es vergingen 15 Jahre seit dem grundlegenden Aufsatz von *Detlef Deal*, bis der Bundesgerichtshof in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1997 Stellung zur Zulässigkeit von Absprachen nahm, und dabei versuchte, dieses strafprozessuale Institut festen Regeln zu unterwerfen. Um die Modelle konsensualer Erledigung näher erörtern und analysieren zu können, muss zunächst auf diese Grundsatzentscheidung eingegangen werden, da die höchstrichterlich formulierten Direktiven als Grundlage aller weiteren Modelle aus der Literatur dienen und gedient haben.

1. Grundsätzliche Zulässigkeit von Absprachen im Strafprozess

Als Einstieg in die Entscheidung stellte der Senat fest, dass die StPO grundsätzlich absprachenfeindlich sei, der staatliche Strafanspruch, sowie die Einhaltung der Verfahrensgrundsätze, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafbemessung daher der Verfügungsbefugnis der Beteiligten entzogen seien.²⁸ Insbesondere dürfe gemäß § 46 StGB alleine die Schuld des Täters die Grundlage für ein Urteil bilden.²⁹ Dennoch versperre die StPO grundsätzlich nicht den Weg für Verständigungen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten auch über das Ergebnis und die Erledigung des Verfahrens.³⁰ Zur Begründung verweist der Senat unter anderem auf die Regelung des § 153a StPO, und zieht hieraus den Schluss, dass sich aus der Strafprozessordnung keine grundsätzliche Unzulässigkeit von Verständigungen über das Verfahrensergebnis ableiten lasse. Insbesondere stehe die Abgabe eines Geständnisses als Gegenleistung für ein Entgegenkommen des Gerichts bezüglich der Strafzumessung nicht per se im Widerspruch zu Verfahrens- und Verfassungsprinzipien.³¹

2. Die Leitlinien des BGH für zulässige Absprachen

Die laut BGH demnach grundsätzlich zulässigen strafprozessualen Absprachen müssen sich nach dem 4. Strafsenat allerdings im konkreten Einzelfall sowohl bezüglich ihres Zustandekommens als auch ihres Inhaltes an den Prinzipien des materiellen Strafrechts sowie des Strafverfahrensrechts messen lassen.³² Maßgebend sei hierfür

26 Zum Beispiel *BGHSt* 36, 210 ff.; 37, 10 ff.; 37, 298 ff.; 38, 102 ff.; 42, 46 ff.; 42, 191 ff.; *BGH*, *NStZ-RR* 1997, S. 173 ff.

27 *BGHSt* 43, 195 (202).

28 *Ebd.*, S. 203.

29 *Ebd.*, S. 195.

30 *Ebd.*, S. 203.

31 *Ebd.*

32 *Ebd.*

insbesondere das aus Art. 20 III i. V. m. Art. 2 I GG abgeleitete fair-trial-Prinzip,³³ das dem Angeklagten einen Anspruch auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren gibt.³⁴ Auf der Grundlage dieses Verfassungsprinzips generiert der Senat folgendes Regelwerk für die konsensuale Erledigung des Hauptverfahrens im Strafprozess. Diese Direktiven werden dann, wie zu zeigen sein wird, als Grundlage diverser Lösungsansätze dienen.

a) Keine Disposition über den Schuldspruch

Zunächst stellt der Senat klar, dass eine Absprache über den Schuldspruch unzulässig ist,³⁵ und trägt damit dem Grundsatz der richterlichen Aufklärungspflicht Rechnung. Alleinige Grundlage des Urteils muss die Überzeugung des Gerichts sein, die es sich aufgrund des Inbegriffs der Hauptverhandlung bilden muss.³⁶ Die Disposition über die strafrechtliche Bewertung des Verfahrensgegenstandes ist den Verfahrensbeteiligten untersagt, weshalb sie auch nicht Inhalt einer Verständigung sein kann und darf. Dies begründet gleichzeitig die Pflicht des Gerichts, sein Urteil nicht alleine auf ein im Wege einer Absprache erhaltenes Geständnis des Angeklagten zu stützen, ohne dieses einer näheren Überprüfung auf seine Glaubwürdigkeit zu unterziehen und sich aufdrängende Beweise zu erheben und zu würdigen. Das Gericht bleibt also ungeachtet einer vorgenommenen Absprache weiterhin dem Prinzip der Wahrheitsfindung verpflichtet.³⁷ Dieses Prinzip dient zwar vor allem dem Schutz des Angeklagten, und es dürfte in der Realität eher unwahrscheinlich sein, dass sich aus einer Überprüfung des Geständnisses Umstände ergeben, die den Angeklagten zusätzlich entlasten, dennoch steht es dem Angeklagten nicht frei, auf diesen Schutz zu verzichten.³⁸ Zudem erscheint der Grundsatz der richterlichen Aufklärungspflicht auch mit Blick auf die besondere Konstellation der Absprache sinnvoll, denn der Angeklagte versucht mit dem Geständnis eine milde Strafe zu erreichen, während das Gericht nach Arbeitsentlastung strebt. In dieser Situation ist es nicht nur möglich, sondern durchaus wahrscheinlich, dass das Geständnis des Angeklagten nicht vollumfänglich der Wahrheit entspricht, wenn dieser, beziehungsweise sein Verteidiger, nicht damit rechnen muss, dass das Geständnis auch auf seine Glaubwürdigkeit hin überprüft wird.

b) Wahrung der freien Willensentschließung des Angeklagten

Ferner dürfe der Angeklagte nicht in seiner Willensentschließungsfreiheit beeinträchtigt werden.³⁹ Gemäß dem Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* muss es dem Angeklagten freistehen, ob er bei seiner Überführung aktiv mitwirkt, oder zu

33 Diese Maxime lässt sich auch aus Art. 6 EMRK ableiten.

34 *BGHSt* 43, 195 (203).

35 *Ebd.*

36 *Kramer*, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 6. Auflage 2004, Rn. 50.

37 *BGHSt* 43, 195 (204).

38 *Ebd.*, S. 195; *Schünemann*, Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens, in: *Baummann-FS*, S. 361.

39 *BGHSt* 43, 195 (204).

den Vorwürfen schweigt.⁴⁰ Das Gericht hat den Angeklagten über sein Schweigerecht zu belehren, § 136 I S. 2 StPO. Durch die Praxis der strafprozessualen Absprachen kann die Geltung dieses Verfahrensgrundsatzes gefährdet werden, wenn das Gericht sein grundsätzlich sehr freies Ermessen bezüglich der Strafmaßfindung nutzt, um den Angeklagten zu einer aktiven Mitwirkung zu drängen.⁴¹ Dem Gericht ist es daher untersagt, durch Drohung mit einer besonders hohen Strafe im Falle der Kooperationsverweigerung unzulässigen Druck auf den Angeklagten auszuüben.⁴² Insbesondere darf dem Angeklagten kein gesetzlich nicht vorgesehener Vorteil, wie etwa die Zusicherung von bestimmten Haftbedingungen oder Freigang von der hierfür nicht zuständigen Kammer,⁴³ zugesagt werden, da ein auf diesem Wege erlangtes Geständnis gemäß § 136a StPO selbst mit Zustimmung des Angeklagten unverwertbar wäre. In der Zusage einer sich noch im Rahmen der schuldangemessenen Strafe befindlichen Strafmilderung im Gegenzug für die Mitwirkung des Angeklagten soll dagegen kein Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils liegen.⁴⁴ Ein solches Zugeständnis erachtet der BGH demnach für zulässig.

c) Keine Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts

Eine klare Absage erteilt der BGH dagegen dem von der Praxis so gerne als wesentlichen Bestandteil der Verständigung genutzten abgesprochenen Rechtsmittelverzichts.⁴⁵ Die Beteiligten des Strafprozesses wollen das Ergebnis einer getroffenen Verständigung absichern und entziehen das Urteil durch die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts einer revisionsgerichtlichen Kontrolle und führen so die frühzeitige Rechtskraft des Urteils herbei. Nach der Auffassung des 4. Strafsenats müsse dem Angeklagten indes die Möglichkeit zur Kontrolle des Urteils verbleiben, weshalb er frühestens nach der Bekanntgabe des Urteils auf Rechtsmittel verzichten könne; ferner dürfe der Rechtsmittelverzicht keinen Einfluss auf die Strafzumessung haben, das Gericht könne daher keinen Rechtsmittelverzicht als Gegenleistung für ein Entgegenkommen in der Strafzumessung akzeptieren.⁴⁶

d) Beachtung des Öffentlichkeitsgrundsatzes

Große Bedeutung misst der BGH dem in § 169 VVG verankerten Öffentlichkeitsgrundsatz zu. Die Möglichkeit der Allgemeinheit, Einblick in die wesentlichen Verfahrensabläufe nehmen zu können, müsse gewahrt bleiben, da die öffentliche Hauptverhandlung sonst zu einer bloßen Fassade verkomme, und der Einblick der Öffentlichkeit verschleiert bleibe.⁴⁷ Die Verständigung zwischen den Verfahrensbeteiligten

40 *Volk*, Grundkurs StPO, 4. Auflage (2005), § 9 Rn. 9.

41 *Weßlau* (o. Fn. 5), S. 167.

42 *BGHSt* 43, 195 (204).

43 *Ebd.*; *Zschockelt*, Die Urteilsabsprache in der Rechtsprechung, *NStZ* 1991, S. 305 (309).

44 *BGHSt* 43, 195 (204).

45 *Ebd.*

46 *Ebd.*, S. 205.

47 *Ebd.*

sei mit diesem Grundsatz nur dann in Einklang zu bringen, wenn sie in die öffentliche Hauptverhandlung integriert wird.⁴⁸ Hierdurch soll zudem gewährleistet werden, dass die Absprache nicht unter Ausschluss einer Partei, etwa ohne die Beteiligung des Angeklagten oder die Einbeziehung der Staatsanwaltschaft oder der sonstigen, zur Entscheidung berufenen Personen, wie zum Beispiel den Schöffen stattfindet.⁴⁹ Denn die Absprache sei für den weiteren Verfahrensablauf und die anschließende Urteilsfindung von essentieller Bedeutung und dürfe daher nur unter der Beteiligung aller Parteien vorgenommen werden.⁵⁰ Für die Praxis hat dies zur Folge, dass sowohl Inhalt als auch Ergebnis der Absprache in der Hauptverhandlung offen gelegt und als wesentlicher Verfahrensvorgang in das Protokoll aufgenommen werden müssen.⁵¹ Hierdurch wird zum einen der oft gerügten Heimlichkeit und Unkontrollierbarkeit strafprozessualer Absprachen vorgebeugt, zum anderen besteht Klarheit darüber, dass dem Urteil eine Absprache zugrunde lag, was Missverständnisse diesbezüglich vermeiden soll.⁵² Den Beteiligten soll es laut BGH indes nicht verwehrt sein, außerhalb der Hauptverhandlung durch informelle Gespräche die Lage zu sondieren, und eine spätere Absprache vorzubereiten, solange die Inhalte der maßgeblichen Verständigung auch tatsächlich Eingang in die Hauptverhandlung finden.⁵³

e) Keine Zusicherung einer konkreten Strafe

Eine weitere Einschränkung der Möglichkeiten einer Verständigung nimmt der BGH mit dem Verbot einer im Rahmen einer Absprache fest zugesagten Strafhöhe vor. Das Gericht ist gemäß § 261 StPO dazu verpflichtet, das Urteil nach seiner aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpften festen Überzeugung zu bilden. Eine frühzeitige Vorwegnahme der Urteilsfindung durch die Zusicherung einer konkreten Strafe als Gegenleistung für ein Mitwirken des Angeklagten ist demnach unzulässig, da sich das Gericht hierdurch bereits vor Abschluss der Hauptverhandlung an ein festes Urteil binden und damit gegen die Bestimmungen der §§ 260 I, 261 StPO verstoßen würde.⁵⁴ Zudem bestünde in einer solchen Zusage gleichzeitig die Gefahr eines Verstoßes gegen § 46 I S. 1 StGB, wonach der Täter gemäß seiner Schuld bestraft wird. Den Umfang der Schuld zu ermitteln ist indes gerade der Sinn und Gegenstand der Hauptverhandlung.⁵⁵ Unbedenklich sei es hingegen, wenn das Gericht im Rahmen einer Verständigung eine Strafobergrenze angibt, die es im Falle einer Kooperation des Angeklagten nicht überschreiten werde.⁵⁶ Dies diene dem Schutz des Angeklagten, der durch ein Geständnis ein Risiko einginge, und dementspre-

48 *Ebd.*, S. 206.

49 *Ebd.*

50 *Ebd.*

51 *Ebd.*

52 *Ebd.*

53 *Ebd.*

54 *Ebd.*, S. 207.

55 *Ebd.*

56 *Ebd.*

chend abschätzen können müsse, inwieweit sich seine Mitwirkung positiv für ihn auswirke.⁵⁷ Durch die Angabe eines angemessenen Strafrahmens wird auch die richterliche Entscheidungsfindung noch nicht vorweggenommen, da das Gericht die Festlegung auf die zu verhängende, konkrete Strafe erst in der Urteilsberatung vornimmt. Durch die Erörterung des Strafrahmens nehme das Gericht lediglich eine Meinungsbildung über das mögliche Verfahrensergebnis vor, die grundsätzlich zulässig ist. Dementsprechend sieht der Senat hierin auch keine Bedenken bezüglich der Objektivität und Unvoreingenommenheit des Gerichts.⁵⁸ Ebenfalls unproblematisch sei die Tatsache, dass die endgültige Strafe in der Regel identisch mit der zugesagten Strafobergrenze ist. Dies sei zum einen praktisch bedingt, da das Gericht die Obergrenze der zu erwartenden Strafe ohnehin schon für den Angeklagten spürbar senken müsse, um für diesen einen Anreiz zur Mitarbeit zu setzen; zum anderen sei diese Tatsache unbedenklich, da das Gericht in seinem endgültigen Urteil immer noch die Möglichkeit habe, unter der Strafmaßobergrenze zu bleiben. Die richterliche Entscheidungsfindung werde durch eine solche Zusage daher noch nicht vorweggenommen und sei zulässig.⁵⁹

f) Schuldangemessenheit der Strafe

Der BGH verpflichtet das Gericht ferner, sich auch bei Verständigungen an die allgemeinen Grundsätze der Strafzumessung zu halten, und sämtliche Umstände für und gegen den Angeklagten bei der Urteilsfindung zu berücksichtigen.⁶⁰ Insbesondere dürfe keine Strafhöhe bestimmt werden, die dem Unrechtsgehalt der Tat nicht angemessen ist.⁶¹ Das Gericht dürfe ein im Rahmen einer Absprache abgegebenes Geständnis aber strafmildernd in der Urteilsfindung berücksichtigen.⁶² Diese Feststellung ist deshalb erwähnenswert, weil die Abgabe des Geständnisses durch den Angeklagten als Gegenleistung für eine Strafmilderung zumindest den Schluss nahe legt, dass der Angeklagte nicht aufgrund von Schuldeinsicht und Bedauern der Tat geständig ist, sondern seine Mitwirkung alleine oder überwiegend prozesstaktisch motiviert ist. Ein erkennbar ohne Reuegefühl abgelegtes Geständnis ist indes gerade dann kein tauglicher Strafmilderungsgrund, wenn die Beweise gegen den Angeklagten erdrückend sind, und dieser hierdurch lediglich eine Strafmilderung herbeiführen will.⁶³ Eine solch klare, gegen den Angeklagten sprechende Sachlage, ist bei der Verständigung in der Regel aber gerade nicht gegeben. Darüber hinaus sind Reue und Schuldeinsicht höchst subjektive Empfindungen, die dem Beweis beziehungsweise der Widerlegung durch das Gericht nicht zugänglich sind.⁶⁴ Es ist zu-

57 *Ebd.*

58 *Ebd.*

59 *Ebd.*, S. 208.

60 *Ebd.*

61 *Ebd.*, S. 207; *Krekeler*, Keine Wirkung von Absprachen außerhalb der Hauptverhandlung über die Bestrafung des Angeklagten im Falle eines Geständnisses, *NStZ* 1994, S. 196 (197).

62 *BGHSt* 43, 195 (209).

63 *Detter*, Zum Strafzumessungs- und Maßregelrecht – 2. Teil, *NStZ* 1990, S. 221 (222).

64 *BGHSt* 43, 195 (209).

dem zu berücksichtigen, dass das Bekenntnis des Angeklagten zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens, und damit zum Erreichen eines wesentlichen Zieles des Strafverfahrens,⁶⁵ sowie zur Sachaufklärung und Verfahrensabkürzung beiträgt.⁶⁶ Insofern ist jedes Geständnis strafmildernd zu berücksichtigen. Ferner besteht durchaus die Möglichkeit, dass der Angeklagte neben der prozesstaktischen Motivation zudem von Reue zur Abgabe des Geständnisses bewegt wird.⁶⁷ Da auch in der Strafzumessung der „in dubio pro reo“ Grundsatz zu beachten ist, muss das Gericht in der Urteilsfindung vom für den Angeklagten günstigsten Fall ausgehen, und das Geständnis mildernd berücksichtigen.⁶⁸ Unzulässig ist eine Strafmilderung aus Sicht des Senats aber dann, wenn sie außer Verhältnis mit der Bedeutung des Strafmilderungsgrundes ist und nicht mehr als schuldangemessen betrachtet werden kann. Hierdurch soll nach Auffassung des Bundesgerichtshofes eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausgeschlossen werden.⁶⁹

g) Bindung des Gerichts an die Absprache

Abschließend stellt der 4. Strafsenat in seinen Leitlinien für strafprozessuale Absprachen fest, dass sich das Gericht an seine im Rahmen einer Verständigung gemachten Zusagen halten muss. Durch die Verständigung mit dem Angeklagten habe das Gericht bei diesem eine Vertrauenslage geschaffen, die es nicht durch widersprüchliches Verhalten verletzen dürfe.⁷⁰ Eine Abweichung von den gemachten Erklärungen dürfe nur für den Fall in Betracht kommen, dass sich im Verlauf der Verhandlung weitere, bisher unbekannte Umstände ergeben, die Einfluss auf das Urteil haben können, wie etwa bisher unbekannte Vorstrafen des Angeklagten, oder eine Neubewertung der Tat als Verbrechen statt Vergehen.⁷¹ Das Gericht sei dann gemäß § 265 I StPO dazu verpflichtet, in öffentlicher Hauptverhandlung auf die veränderte Sachlage und die Gründe hierfür hinzuweisen, und dem Angeklagten die Möglichkeit zu einer Anpassung seiner Verteidigung zu geben.⁷²

C. Umsetzungen in Handlungsmodelle

Die Literatur versucht in vielfältiger Weise diese nun erläuterten Direktiven des BGH in Handlungsmodelle umzusetzen. Dabei wird insbesondere über den Ablauf, den Zeitpunkt und die Teilnehmer eines Verständigungsgesprächs, sowie über dessen Inhalt diskutiert.

65 Schäfer, Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages, Band II, L59.

66 Niemöller, Absprachen im Strafprozeß, StV 1990, S. 34 (36).

67 Benke/Satzger, Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen, JuS 1997, S. 1072 (1078).

68 BGHSt 43, 195 (209).

69 Ebd., S. 210.

70 Ebd.

71 Ebd.

72 Ebd.

Einen Umsetzungsversuch des neueren Schrifttums unternahm *Altenhain/Haimerl* in einem Aufsatz aus dem Jahre 2005.⁷³ Nachfolgende Ausführungen sollen auf Grundlage dieser Veröffentlichung den Ablauf einer konsensualen Verständigung zwischen den Prozessparteien als Modell skizzieren und etwaige Probleme aufzeigen. Dabei wird bei den Handlungsmodellen zwischen zwei Absprachekonstellationen unterschieden. Das erste Modell meint die in der Praxis häufiger vorkommenden Fälle,⁷⁴ bei denen vor oder außerhalb der Hauptverhandlung eine mögliche Verständigung angezielt wird (Modell Extraneus).

Das zweite Modell bezieht sich auf Absprachen, die aus einer laufenden Hauptverhandlung heraus entstehen, ohne dass zuvor außerhalb des Gerichtssaals über das Verfahrensergebnis bei konsensualer Erledigung gesprochen wurde (Modell Hauptverhandlung).

I. Modell Extraneus

Im Mittelpunkt des Modells für Absprachen außerhalb der Hauptverhandlung stehen die Vorgespräche außerhalb des Gerichtssaals. Je weitreichender die Weichenstellungen sind, die im Vorgespräch erfolgen, desto größer ist die Gefahr einer Entkernung der Hauptverhandlung.⁷⁵ Insbesondere der Ausschluss der Öffentlichkeit⁷⁶ und die oftmals fehlende Beteiligung des Angeklagten werfen diesbezüglich immense strafprozessuale Probleme auf.

1. Initiative zu Vorgesprächen

Die Initiative zu Vorgesprächen kann von jedem Verfahrensbeteiligten, namentlich vom Angeklagten, der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht ausgehen. Letzteres legt dann in einem weiteren Schritt entweder einen Verständigungstermin fest, zu welchem alle beteiligten Berufsjuristen einzuladen sind, oder es führt zunächst einzelne Gespräche nur mit der Verteidigung oder der Staatsanwaltschaft. Die Wahl des Vorgehens obliegt dem Gericht, prozesskonform verhält es sich dabei allerdings nur dann, wenn es trotz Einzelgesprächen das Verfahren transparent und die Verfahrensbeteiligten in ihrer Gesamtheit über den aktuellen Prozessstand informiert hält.⁷⁷

73 *Altenhain/Haimerl*, Modelle konsensualer Erledigung des Hauptverfahrens, GA 2005, S. 281 ff.

74 Vgl. *Siolek*, in: Rieß-FS, Zur Fehlentwicklung strafprozessualer Absprachen, S. 563 (579).

75 *Altenhain/Haimerl* (s. o. Fn. 73), S. 300.

76 Vgl. oben B. II. 2. d).

77 Vgl. zu dieser „Transparenzpflicht“ des Gerichts: *Schlothauer*, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 7. 5. 2003, StV 2003, S. 481 (482).

2. Zeitpunkt der Vorgespräche

Vorgespräche zur Absprache im Strafprozess sind bereits im Zwischenverfahren möglich. Häufigster Zeitpunkt ist jedoch der Zeitraum zwischen Eröffnung des Hauptverfahrens und dem Beginn der Hauptverhandlung.⁷⁸

3. Zulässiger Inhalt und Teilnehmer der Vorgespräche

Weiterhin erscheint der Inhalt der Vorgespräche zu einer möglichen Verständigung einer näheren Erörterung bedürftig. Problematisch in diesem Zusammenhang erweisen sich die Kollision mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz (§ 169 S. 1 GVG, Art. 6 I 1, 2 EMRK) und die Frage nach den einzubeziehenden Teilnehmern.

a) Kollisionsgefahr mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz

Der Öffentlichkeitsgrundsatz gemäß § 169 S. 1 GVG, Art. 6 I 1, 2 EMRK bedeutet, dass grundsätzlich jedermann der mündlichen Hauptverhandlung beiwohnen darf.⁷⁹ Unter dieser Maxime erscheint es problematisch, die Entscheidungsfindung auf Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung, genauer in den Vorgesprächen, stattfinden zu lassen. Der Bundesgerichtshof lässt es indes genügen, dass die Vorgespräche später in der Hauptverhandlung offen gelegt werden.⁸⁰ Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass erst die Offenlegung die eigentliche Urteilsabsprache und deren Protokollierung ermögliche.⁸¹ *Altenbain/Haimerl* legen diese Meinung des Gerichts pointiert formuliert in folgender Weise aus: Ein Verstoß gegen die Öffentlichkeitsmaxime kann nach Ansicht des BGH niemals dadurch begangen werden, dass Vorgänge, die nach der StPO an sich in die Hauptverhandlung gehören würden, außerhalb der Hauptverhandlung stattfinden – und zwar selbst dann nicht, wenn diese Verlagerung gerade in der Intention erfolgt, diese Vorgänge dem Blick der Öffentlichkeit zu entziehen.⁸² Für das Handlungsmodell folgernd, lässt sich klarstellen, dass es demnach auch zukünftig zulässig ist, die Urteilsabsprache im Wesentlichen außerhalb des Gerichtssaales vorzubereiten. Der Kritikpunkt der Literatur, die Hauptverhandlung werde so zum bloßen Verkündigungstermin degradiert,⁸³ wurde vom BGH bislang nicht erhört. Richtigerweise muss es auch aus organisatorischen Gründen weiterhin zulässig sein, wesentliche Teile der Vorgespräche außerhalb des Gerichtssaals stattfinden zu lassen. Eine spätere Offenlegung der Vorgespräche in der Hauptverhandlung vermeidet den Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz.

78 *Altenbain/Haimerl* (s. o. Fn. 73), S. 300.

79 *Beulke* (s. o. Fn. 4), Rn. 27.

80 Vgl. *BGHSt* 43, 195 (205).

81 *Ebd.*, S. 206 ff.

82 *Altenbain/Haimerl* (s. o. Fn. 73), S. 301.

83 *Ebd.*

b) Einzubeziehende Teilnehmer

Weiterhin ist die Frage problematisch, welche Verfahrensbeteiligten bei den Vorgesprächen teilnehmen dürfen. Erfahrungen aus der Praxis zeigen, dass sowohl Angeklagte als auch Schöffen häufig nicht an den Vorgesprächen beteiligt werden.⁸⁴ Führt dies auch nicht per se zur Rechtswidrigkeit der Absprache,⁸⁵ so steht der betroffene Tatrichter jedoch vor der Notwendigkeit, den richtigen Ausgleich zwischen den strafprozessualen Beteiligungsrechten und einer prozesskonformen Praktikabilität zu finden. So ist eine Beteiligung der Schöffen an den Vorgesprächen oftmals schon aus organisatorischen Gründen nicht möglich oder nur unter unverhältnismäßig großem Aufwand realisierbar. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gibt hierbei keine genauen Auskünfte darüber, wie genau zu verfahren ist. Der 3. Senat des BGH hat lediglich klargestellt, dass in Vorgesprächen die Bereitschaft und die Positionen geklärt werden dürften, das Erreichen eines Ergebnisses ohne Partizipation des Angeklagten aber nicht zulässig sei.⁸⁶ Die Literatur zu dieser Problematik zeigt sich wenig ergiebig. Einzig *Altenhain/Haimerl* geben einen Lösungsvorschlag für die angesprochene Thematik und unterbreiten, nach Angeklagten und Schöffen differenzierend, folgendes Handlungsmodell.

aa) Der Angeklagte

Danach soll, der BGH-Rechtsprechung folgend, die Anwesenheit des Angeklagten nicht schon für die ersten Gesprächskontakte notwendig sein. Vielmehr wird dieser mittels seines Verteidigers über den aktuellen Stand der Gespräche informiert. Allerdings stehen die Gespräche der anderen Verfahrensbeteiligten unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Zustimmung des Angeklagten. Noch vor der Hauptverhandlung muss jedoch dann ein weiteres Gespräch anberaumt werden, bei dem auch der Angeklagte zugegen ist und bei dem er sich zum Ergebnis der ohne ihn geführten Vorgespräche äußern kann.⁸⁷

Diese, der BGH-Rechtsprechung konforme Lösung erscheint sachgemäß. Sie ist in der Lage den hinreichenden Ausgleich zwischen der oben angesprochenen Praktikabilität und dem rechtlich Gebotenen zu erreichen. Insbesondere ist es nicht notwendig, den Angeklagten an jedem Vorgespräch teilnehmen zu lassen. Die Informierung durch seinen Verteidiger erfüllt die Prozessvorgaben der Beteiligungsrechte hinreichend, so dass die Partizipation an einem abschließenden Vorgespräch ausreicht.

bb) Die Schöffen

Bezüglich der Schöffen differenzieren *Altenhain/Haimerl* in ihrem Modell nach dem Zeitpunkt der Vorgespräche. Vor Beginn der Hauptverhandlung dürfen die Berufs-

84 Vgl. *Siolek* (s. o. Fn. 74), S. 577 f.; *Schmitt*, Rechtsprechung und Rechtswirklichkeit verfahrensbeendender Absprachen, GA 2001, S. 411 (412); *Weider*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15. 1. 2003, StV 2003, S. 266 (267).

85 *Altenhain/Haimerl* (s. o. Fn. 73), S. 303.

86 Vgl. *BGH*, StV 1999, S. 407 (407).

87 *Altenhain/Haimerl* (s. o. Fn. 73), S. 304.

richter ohne Beteiligung der Schöffen Vorgespräche führen und dabei ihre persönliche Einschätzung zum möglichen Verfahrensergebnis bei konsensuellem Vorgehen abgeben.⁸⁸ Dagegen dürfen Vorgespräche, welche parallel zu einer bereits begonnenen Hauptverhandlung geführt werden, nur in Anwesenheit der Schöffen durchgeführt werden.

Für das Modell sprechen auch hier wieder Praktikabilitätsgründe. Sofern die Schöffen noch nicht zur Hauptverhandlung erschienen sind, dürfte es sich als organisatorisch schwierig erweisen, alle Schöffen auch zu spontanen Terminen einzuladen und teilnehmen zu lassen. In der Hauptverhandlung ist es gemäß § 30 I GVG geschriebenes Verfahrensrecht, dass die ehrenamtlichen Richter das Richteramt in vollem Umfang ausüben. Eine Beschneidung der Beteiligungsrechte wäre hier *contra legem* und ein Ausschluss der Schöffen von zur Hauptverhandlung parallel laufenden Vorgesprächen ist grundsätzlich abzulehnen.

c) Inhalt des Verständigungsgesprächs

Weiterhin gilt es zu klären, was das Gericht dem Angeklagten für seine Kooperation überhaupt anbieten darf. Gemeint ist also der Inhalt der Verständigung von Seiten des Gerichts.

aa) Strafobergrenze

Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO darf das Gericht keine genaue Strafe angeben, sondern lediglich eine Strafobergrenze.⁸⁹ So ist das Tatgericht dann in der Lage auch im Laufe des weiteren Geschehens des Prozesses hinsichtlich des Strafmaßes reagieren zu können. In der Praxis entspricht die vom Gericht genannte Obergrenze indes in der Regel der letztlich verhängten Strafe.⁹⁰ Hat das Gericht dabei die Prognose allerdings in Form einer Strafobergrenze formuliert, ist der Schutzzweck des § 261 StPO hinreichend beachtet.

bb) Strafmilderungswert eines Geständnisses und Schuldangemessenheit der Strafobergrenze

Seit der Leitentscheidung aus dem Jahre 1997 ist ein weiterer Streitpunkt im Rahmen der Absprachen entschärft. Es war üblich bei den Gerichten, ein Geständnis mit einem Strafrabatt zu belohnen, ohne dass die Beweggründe des Angeklagten für das Geständnis näher erforscht wurden. Dagegen stand die Ansicht des BGH, wonach es bei einem strafmildernden Geständnis auf die zugrunde liegenden Motive des Täters ankomme.⁹¹ Seit seiner Grundsatzentscheidung sind diese Widersprüche beseitigt, da

88 *Ebd.*

89 *BGHSt* 43, 195 (206); Vgl. auch oben C. II. 2. e).

90 Sogar der BGH war sich in seiner Leitentscheidung von 1997 darüber im Klaren, dass die Strafobergrenze in den meisten Fällen der später verhängten Strafe entspricht – vgl. *ebd.*, S. 208.

91 Zum Beispiel *BGHSt* 1, 105 (106).

der BGH nun, wie oben dargestellt,⁹² die Auffassung vertritt, dass einem Geständnis unabhängig von den zugrunde liegenden Motiven schon deshalb strafmildernde Wirkung beigemessen werden dürfe, weil es einen Beitrag zur Sachaufklärung und Verfahrensabkürzung leiste.⁹³ Für das vorliegende Handlungsmodell bedeutet dies, dass der Tatrichter sich die Bezugnahme auf die Reue des Angeklagten sparen kann.⁹⁴

Weiterhin ist zu fragen, wie weit das Gericht dem geständigen Angeklagten hinsichtlich des Strafmaßes entgegen kommen darf. Hierbei wird der Tatrichter einen relativ weiten Spielraum haben, da der BGH in seinen Revisionsentscheidungen selten Strafzumessungsgesichtspunkte zum Anlass genommen hat, eine vorinstanzliche Entscheidung aufzuheben bzw. zurückzuverweisen.⁹⁵

cc) Problematik der Sanktionsschere

Bezüglich des Inhalts der Verständigung erscheint weiterhin die Frage wichtig, ob das Gericht in unzulässiger Weise droht und damit gegen § 136a I 3 StPO verstößt, wenn es dem Angeklagten neben der Strafobergrenze für den Fall eines Geständnisses auch ein Strafmaß im Falle einer streitigen Hauptverhandlung nennt. Diese Frage der so genannten Sanktionsschere ist im Schrifttum und der Rechtsprechung äußerst umstritten. Zumindest kann der BGH-Rechtsprechung zu dieser Thematik entnommen werden, dass die Grenze zu einem prozessual unzulässigen Verhalten jedenfalls dann überschritten ist, wenn die beiden Alternativen einer Sanktionsschere so weit auseinanderklaffen, dass der Unterschied nicht mehr vom Strafmilderungswert des Geständnisses gerechtfertigt werden kann.⁹⁶ Im Umkehrschluss heißt dies für den Tatrichter, dass nur dann eine unzulässige Sanktionsschere vorliegt, wenn ein solch großer Unterschied zwischen Strafobergrenze und alternativ genannter Strafe bei streitiger Hauptverhandlung existiert, dass ein Einsatz der Sanktionsschere als massives Druckmittel und damit eine Missachtung des § 136a I 3 StPO angezeigt ist.

Eine Ansicht aus der Literatur meint diesbezüglich, dass in jeder konkret benannten Sanktionsschere, also der Gegenüberstellung der Strafmaßvorstellungen des Gerichts für eine konsensuale und eine streitige Erledigung, eine unzulässige Einflussnahme auf die Willensfreiheit des Angeklagten zu sehen sei.⁹⁷ Zum Teil wird aber auch gerade auf den eigenen Willen der Angeklagten verwiesen, indem man angibt, dass die Täter oftmals selbst wissen wollen, welche Strafe sie alternativ bei streitiger Hauptverhandlung erwartet.⁹⁸ Eine weitere Ansicht, knüpft an den Inhalt der von den

92 Vgl. oben C. II. 2. g).

93 *BGHSt* 43, 195 (209).

94 *Altenhain/Haimerl* (s. o. Fn. 73), S. 288.

95 Vgl. dazu *BGHSt* 45, 312 (318).

96 Vgl. dazu *BGHSt* 43, 195 (204).

97 *Salditt*, Eckpunkte – Streitfragen des partizipatorischen Strafprozesses, *StV* 2001, S. 311 (313); Ähnlich *ders.*, Möglichkeiten eines Konsensualprozesses – Forensische Sicht, *ZStW* 115, S. 570 (579).

98 Vgl. *Bötcher/Widmaier*, Absprachen im Strafprozeß?, *JR* 1991, S. 353 (356); *Schmitt*, Rechtsprechung und Rechtswirklichkeit verfahrensbeendender Absprachen, *GA* 2001, S. 411 (421).

Strafverfolgungsbehörden gemachten Ankündigung und deren Rechtmäßigkeit an.⁹⁹ Solange das Gericht bei der Bemessung ihrer Alternativen die Grenzen der Schuldangemessenheit sowohl nach oben als auch nach unten hin einhielte und dem Geständnis auch innerhalb dieser Grenzen keine unangemessen hohe Strafzumessungsrelevanz einräume, beziffere die Sanktionsschere nur das, was schon durch § 46 StGB vorgegeben sei. Danach könne der bloße Hinweis auf eine unmittelbar qua lege bestehende Zwangslage für sich gesehen noch keine prozessual unzulässige Handlung sein.¹⁰⁰

Der letztgenannten Auffassung ist zuzustimmen. Sofern man mit dem BGH der Meinung ist, dass ein Geständnis unter gewissen Umständen strafmildernd wirkt,¹⁰¹ ist der Hinweis auf die Alternativstrafe innerhalb der Verständigung nicht als Drohung im Sinne des § 136a I 3 StPO zu sehen, sondern vielmehr der rein informative Hinweis, welche Folgen ein mögliches, vom freien Willen des Angeklagten getragenes, Handeln im weiteren Prozess haben könnte. Nur so kann der vermeintliche Täter für sich selbst sinnvoll abwägen, welche Prozessstrategie er in Eigenverantwortlichkeit führen möchte.

4. Ablauf der Vorgespräche

Zunächst weist das Gericht, unabhängig von wem die Initiative zu Vorgesprächen ausging, in allgemeiner Form darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich die Möglichkeit einer konsensualen Verfahrenserledigung besteht, dies aber keineswegs bedeutet, dass das Gericht sich bereits ein Urteil über die Schuld des Angeklagten gebildet hätte. Auch muss gegenüber dem Angeklagten erwähnt werden, dass die Alternative einer umfassenden Beweisaufnahme uneingeschränkt offen steht. Stimmen die Verfahrensbeteiligten einem konsensualen Vorgehen zu, kann ein erstes Vorgespräch geführt werden. Dabei ist von Seiten des Gerichts besondere Sensibilität gefragt. Es darf nicht der Anschein entstehen, das Gericht habe sich bereits vor den Gesprächen ein abschließendes Urteil über die Schuld gemacht. In diesem Vorgespräch sind dann regelmäßig die Strafmaßvorstellungen der Verfahrensbeteiligten bei einem Geständnis Gegenstand des Treffens. Dabei darf es niemals eine Absprache über den Schuldspruch selbst geben.¹⁰² Sobald das Gespräch erstmals auf diese zentrale Frage kommt, sollte der Vorsitzende zunächst dem Vertreter der Staatsanwaltschaft und dann dem Angeklagten oder Verteidiger Gelegenheit zur Äußerung ihrer Vorstellungen geben. Nach Abgabe dieser Einschätzungen berät das Gericht und stellt dann seine Ansicht zu dem konsensualen Verfahrensgang vor. Hierbei kann es entweder erklären, dass es die konsensuale Erledigung aufgrund der gemachten Vorschläge für unmöglich hält oder einen eigenen konkreten Strafmaßvorschlag formulieren. Abschließend fragt das Gericht die Beteiligten nach ihrer Zu-

99 *Altenhain/Haimerl* (s. o. Fn. 73), S. 291.

100 *Ebd.*

101 Vgl. oben D. I. 3. c) bb).

102 *BGHSt* 43, 195 (204).

stimmung. Auch andere Themen sind in den Vorgesprächen zulässig. So kann durchaus auch über Tat- und Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Anklagevorwurf, über mögliche Verfahrensbeschränkungen¹⁰³ oder über Strafzumessungsgesichtspunkte gesprochen werden.¹⁰⁴

5. Offenlegung der Vorgespräche und ihres Ergebnisses in der Hauptverhandlung

Die Offenlegung kann bereits vor der Verlesung der Anklageschrift erfolgen, dürfte in der Praxis jedoch häufig erst nach der Verlesung und der Belehrung des Angeklagten über sein Schweigerecht erfolgen. Inhaltlich sollte das Gericht die verschiedenen Verfahrensschritte und Gespräche transparent machen, die zu der von den Verfahrensbeteiligten außerhalb der Hauptverhandlung erzielten Verständigung geführt haben.¹⁰⁵ Insbesondere sollten diejenigen Gespräche besondere Erwähnung finden, bei denen nur die Berufsjuristen teilgenommen haben. Abschließend ist die vorher vereinbarte Strafobermaßgrenze für den Fall eines Geständnisses des Angeklagten zu nennen, sowie die Frage an die Verfahrensbeteiligten zu stellen, ob die soeben genannten Inhalte protokolliert werden sollen.

6. Umsetzung der Verständigung in der weiteren Hauptverhandlung

Grundsätzlich sind für die Umsetzung der Absprache in der Hauptverhandlung alle verfahrensbezogenen Handlungen zu leisten, die Inhalt der Verständigung sind. Auch ist der weitere Verfahrensablauf hinsichtlich der konsensualen Erledigung auszurichten. So sind Verzichtserklärungen bezüglich bereits vorgesehener Zeugen abzugeben oder bereits gestellte Beweisanträge zurückzunehmen.

Wichtigste Bedeutung für die Abwicklung der Verständigung hat das Geständnis. Das aus einer Absprache hervorgehende Geständnis ist dabei grundsätzlich ebenso wenig an strikte formale Vorgaben gebunden wie jedes andere Geständnis.¹⁰⁶ Frühere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ließen bezüglich des auf einer Absprache beruhenden Geständnisses keinerlei Vorgaben verlauten. In seiner neuesten Entscheidung zu Absprachen im Strafprozess hat der Große Senat des BGH dagegen diesbezüglich entschieden, dass im Sinne des Gebots bestmöglicher Sachaufklärung die inhaltliche Pflicht zur Überprüfung des Geständnisses notwendig sei und ein bloßes Formalgeständnis im Sinne eines schlichten „es ist so gewesen“ nicht ausreiche.¹⁰⁷ Man wird in diesem Zusammenhang demnach mindestens davon ausgehen müssen, dass das Geständnis derart konkret formuliert sein muss, dass dem Gebot der bestmöglichen Sachaufklärung hinreichend genüge getan wird.

103 So zum Beispiel §§ 154, 154a StPO.

104 *Altenhain/Haimerl* (s. o. Fn. 73), S. 285.

105 *Ebd.*, S. 305.

106 *Ebd.*, S. 293.

107 *BGH*, NJW 2005, 1440 (1441).

7. Dokumentation der Verständigungsergebnisse

Haben die Verständigungsbemühungen zu einem Konsens zwischen den Parteien geführt, erfolgt die Protokollierung der Absprache in der Hauptverhandlung gemäß § 273 StPO. Dadurch wird eine partielle rechtliche Verbindlichkeit herbeigeführt. Konkretisierend ist damit gemeint, dass der Angeklagte zwar nicht verpflichtet ist, das abgesprochene Geständnis auch tatsächlich zu machen, gesteht er jedoch, so ist das Gericht grundsätzlich an die festgelegte Strafobergrenze gebunden. In das Protokoll aufzunehmen sind lediglich das Zustandekommen und der wesentliche Inhalt der Verständigung, sowie die Tatsache, dass der Absprache Vorgespräche vorausgegangen sind, die außerhalb der Hauptverhandlung geführt wurden.

In der Praxis kommt der Protokollierung kein großer Stellenwert zu. Vielmehr wird sie in den meisten Fällen erst gar nicht durchgeführt.¹⁰⁸ Meist wird auch in der Literatur lediglich gefordert, dass die Protokollierung nur dort vorgenommen wird, wo bereits im Rahmen von Absprachen Konflikte zwischen den Beteiligten oder Zweifel an deren Verlässlichkeit entstanden sind.¹⁰⁹

8. Abschluss der Hauptverhandlung

Unmittelbar an das Geständnis und die eventuell durchgeführte ergänzende Beweisaufnahme folgen die üblichen strafprozessualen Abschnitte der Hauptverhandlung. Problematisch kann vor der Urteilsverkündung aber noch die Frage werden, unter welchen Voraussetzungen das Tatgericht sich von der zuvor genannten Strafobergrenze lösen und den Angeklagten zu einer höheren Strafe verurteilen darf.

Dies wird, einer Entscheidung des BGH folgend, immer dann der Fall sein, wenn sich aus dem Geständnis oder der zu seiner Überprüfung durchgeführten Beweisaufnahme schwerwiegende neue Umstände ergeben haben, die das in Aussicht genommene Strafmaß als schuldunangemessen erscheinen lassen.¹¹⁰ Es müssen also dem Gericht neue Tatsachen bekannt werden, die das bisherige Strafobermaß als nicht adäquat zum tatsächlichen strafbaren Handeln erscheinen lassen.

Liegt ein solcher Fall vor und entscheidet der Richter nicht im Rahmen des vorher abgesprochenen Strafrahmens, so muss der Angeklagte auf die Hinfälligkeit der Zusage hingewiesen werden.¹¹¹ Dieser Hinweis ist zu Protokoll zu nehmen.¹¹² Sollte das Tatgericht den Hinweis oder die Protokollierung versäumen, so kann der Angeklagte dennoch auf die zugesagte Strafobergrenze vertrauen und ihre Überschreitung erfolgreich mit der Revision rügen.¹¹³

108 Vgl. *Siolek* (s. o. Fn. 74), S. 580.

109 *Ebd.* S. 581.

110 *BGHSt* 43, 195 (210).

111 *Ebd.*

112 Vgl. nur *BGH*, *NStZ* 2005, 87 (88).

113 *BGH*, *NStZ* 2005, 87; *BGHSt* 45, 227 (228).

9. Rechtsmittelverzicht

a) Direktiven des BGH und Kritik aus der Literatur

Der Rechtsmittelverzicht ist die Erklärung eines Verfahrensbeteiligten keine Rechtsmittel einzulegen. Dabei erstreckt sich der Verzicht auf alle strafprozessual möglichen Rechtsmittel.¹¹⁴

Die Problematik im Zusammenhang mit dieser Erklärung ist die in den letzten Jahren wohl am häufigsten diskutierte Frage in der Literatur zur strafprozessualen Absprache. Grundsätzlich steht fest, dass das Gericht dem Angeklagten nicht das Versprechen abnehmen darf, er werde nach der Urteilsverkündung eine Rechtsmittelverzichtserklärung abgeben.¹¹⁵ Umstritten ist allerdings, ob auch Einwirkungen unterhalb der Schwelle des Abverlangens eines Versprechens unzulässig sind.

Sowohl die Literatur, als auch die einzelnen Senate des BGH waren sich in dieser Frage uneinig.¹¹⁶ Der große Senat für Strafsachen hat daher letztendlich in seinem Urteil vom 3. 3. 2005¹¹⁷ einige Vorgaben für die Problematik des Rechtsmittelverzichts formuliert und somit eine dritte Grundsatzentscheidung zur Abspracheproblematik gesetzt.¹¹⁸

Die Entscheidung resümierend kann festgestellt werden, dass das Tatgericht im Rahmen einer Urteilsabsprache an der Erörterung eines Rechtsmittelverzichts nicht mitwirken und auch auf einen solchen Verzicht nicht hinwirken darf, so genanntes Erörterungsverbot. In Folge dessen ist der Angeklagte auch nach jedem Urteil, dem eine Urteilsabsprache zugrundeliegt, darüber zu belehren, dass er ungeachtet der Absprache in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen. Erfolgt diese qualifizierte Belehrung nicht, so ist der erklärte Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels grundsätzlich unwirksam.¹¹⁹

Diese Entscheidung kritisch betrachtend wird aus der Literatur der Vorwurf erhoben, dass dem formulierten Erörterungsverbot jegliche eigenständige Bedeutung genommen werde, sofern die Rechtswidrigkeit der Absprache ausschließlich vom Ausbleiben der qualifizierten Belehrung abhängt.¹²⁰ Der Große Senat reduziere demnach mit seinem alleinigen Abstellen auf die qualifizierte Belehrung den durch das Erörterungsverbot zunächst einmal umfassenden Schutz der Willensfreiheit des Angeklag-

114 *Meyer-Gößner*, 47. Auflage (2004), § 302 Rn. 17.

115 So grundlegend *BGHSt* 43, 195 (205); *Weigend*, Eine Prozessordnung für abgesprochene Urteile?, *NStZ* 1999, S. 57 (60).

116 Sogar innerhalb der einzelnen Senate des BGH gab es unterschiedliche Meinungen. Vgl. den Anfrage- und den Vorlagebeschluss des 3. Senats, in: *NJW* 2003, 3426 (3426); 2004, 2536 (2536), sowie die ablehnende Stellungnahme des 1. Senats, in: *NStZ* 2004, 164 (164).

117 *BGH*, *NStZ* 2005, 389 ff.

118 Nach der grundsätzlichen Billigung von Absprachen durch das BVerfG von 1987, abgedruckt in: *NStZ* 1987, 420 ff. und der Absprachenordnung des 4. Senats von 1997, abgedruckt in: *BGHSt* 43, 195 ff.; Vgl. auch oben B. I. und II.

119 *BGH*, *NJW* 2005, 1440 (1446).

120 *Altenhain/Haimerl* (s. o. Fn. 73), S. 298; *Saliger*, Absprachen im Strafprozess, *JuS* 2006, S. 8 (11).

ten auf ein bloßes „Informiertsein“. ¹²¹ Auch wird angezweifelt, dass der Richter, der an einer Absprache mitgewirkt hat, nach absprachegemäßer Urteilsverkündung unbefangen und überzeugend über die fortbestehende Rechtsmittelbefugnis des Angeklagten belehren können kann. ¹²² Eine Ansicht in der Literatur verfolgt als Problemlösung den Rückgriff auf das Protokollierungserfordernis. ¹²³ Danach sei das Ergebnis der Absprache als wesentliche Förmlichkeit zu protokollieren. Zwar könne nach dem oben dargestellten Beschluss des Großen Senats nicht erwartet werden, dass die abgesprochene Zusage eines Rechtsmittelverzichts vom Gericht protokolliert werde, ¹²⁴ jedoch garantiere zumindest die negative Beweiskraft des § 274 StPO, dass eine solche Zusage von Rechts wegen nicht erfolgt sei.

b) Stellungnahme

Richtig an der dargelegten Kritik ist, dass es, folgt man der Entscheidung des BGH, in der Rechtspraxis wohl auch weiterhin an dem Bemühen der Richter fehlen dürfte, den Angeklagten vollständig und umfassend über die gegebenen Rechtsmittel zu belehren. Dies bekommt vor allem vor dem Hintergrund tiefere Bedeutung, dass der Richter in der deutschen Absprachenpraxis intensiv an der Verständigung beteiligt ist. Auch kann die Umgehung des Erörterungsverbots nicht akzeptiert werden. Es müssen sich Folgen an ein rechtswidriges Vorverhalten des Gerichts anschließen.

Der oben dargelegte Ansatz aus der Literatur, den Weg über das Protokollfordernis zu suchen, kann nicht überzeugen. Zwar ist auf diese Weise die eindeutige Feststellung möglich, dass das Gericht das Erörterungsverbot beachtet hat, jedoch bleibt der Missstand, dass auch eine Umgehung des Erörterungsverbotes durch eine qualifizierte Belehrung geheilt wird.

Es kann aber nicht akzeptiert werden, dass diese qualifizierte Belehrung in der Lage ist ein rechtswidriges, weil das Verbot der Erörterung missachtendes, Vorverhalten des Gerichts zu dulden. Demnach muss diese heilende Wirkung der qualifizierten Belehrung zumindest für die Fälle eingeschränkt werden, bei denen das Tatgericht das Erörterungsverbot umgeht.

Somit kann es nur überzeugen, auch solche Rechtsmittelverzichtserklärungen für unwirksam zu halten, welche unter Missachtung des Erörterungsverbots zu Stande gekommen sind.

II. Modell Hauptverhandlung

Das zweite Modell einer konsensualen Erledigung des Hauptverfahrens bezieht sich auf Absprachen, die aus einer laufenden Hauptverhandlung heraus entstehen, ohne

121 *Altenbain/Haimerl*, ebd.

122 So *Saliger* (s. o. Fn. 120), S. 11; *Duttge/Schoop*, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 3. 3. 2005, StV 2005, 421 (422).

123 So auch *Seber*, Anmerkung zu BGH JZ 2005, S. 628, JZ 2005, S. 634 (636).

124 Dagegen spricht das Erörterungsverbot; vgl. oben D. I. 7. a).

dass zuvor außerhalb des Gerichtssaals über das Verfahrensergebnis bei konsensualer Erledigung gesprochen worden ist. Dabei sind im Vergleich zum ersten Modell weitgehende Parallelen zu verzeichnen, so dass sich eine nähere Erläuterung in mehreren Punkten erübrigt.

1. Zeitpunkt und Teilnehmer eines Verständigungsgesprächs in der Hauptverhandlung

Der wesentliche Unterschied zu dem ersten Handlungsmodell liegt in dem Zeitpunkt der Aufnahme einer Initiative zur Verständigung. Möglich ist ein erstes Verständigungsgespräch nach der Verlesung der Anklageschrift und der Belchrung des Angeklagten über sein Aussageverweigerungsrecht. Eine Absprache kann aber auch noch zu jedem späteren Zeitpunkt bis kurz vor dem Ende der Beweisaufnahme getroffen werden.¹²⁵

Teilnehmer eines Verständigungsgesprächs in der Hauptverhandlung kann jeder im Gerichtssaal anwesende Verfahrensbeteiligte sein. Demnach besteht bei diesem Handlungsmodell auch nicht die Gefahr der Kollision mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz. Die Absprache ist bei sachgerechter Gesprächsführung des Gerichts für jeden Verfahrensbeteiligten verfolgbar.

2. Ablauf, Inhalt und Protokollierung des Verständigungsgesprächs

Bezüglich des Ablaufs und des Inhalts der Verständigungsgespräche in der Hauptverhandlung kann im Wesentlichen auf die Ausführungen zum ersten Handlungsmodell verwiesen werden.¹²⁶ Handelt es sich bei Absprachen außerhalb des Gerichtssaals um Vorgespräche, so werden die Kontaktaufnahmen innerhalb des Gerichtssaals nun als Verständigungsgespräche bezeichnet.

3. Umsetzung, Abschluss, Rechtsmittelverzicht

Auch diese Abschnitte entsprechen weitgehend den oben gemachten Erläuterungen zum ersten Handlungsmodell.¹²⁷ Nachdem die Absprache mittels des Geständnisses des Angeklagten und der Protokollierung in der Hauptverhandlung umgesetzt wurde, fällt das Gericht die Entscheidung mit einem innerhalb des vorher abgesprochenen Strafrahmens liegenden Strafmaß.¹²⁸ Die Problematik des Rechtsmittelverzichts tritt dann, sofern existent, in identischer Weise auf, wie bei dem zuerst dargestellten Handlungsmodell.

125 *Altenhain/Haimerl* (s. o. Fn. 73), S. 284.

126 Vgl. oben D. I. 3. und 4.

127 Vgl. oben D. I. 6. und 8.

128 Vgl. aber die oben erläuterten Ausnahmen, bei denen sich das Gericht nicht zwingend an das Strafobermaß zu halten hat – D. I. 6.

D. Reformmodelle

Nachdem im letzten Abschnitt die Handlungsmodelle einer möglichen Absprache de lege lata besprochen wurden, soll nun de lege ferenda geklärt werden, welche Reformmöglichkeiten zur strafprozessualen Absprache notwendig sind. Dabei soll auch auf einige der vielfältig ergangenen Vorschläge aus der Literatur bzw. der Politik eingegangen werden.¹²⁹

I. Normierung der BGH-Leitlinien

Eine Möglichkeit besteht in der Verwendung der vom BGH formulierten Leitlinien als Grundlage für eine gesetzliche Regelung. In diese Richtung stößt der Vorschlag „Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens“ der Bundestagsfraktionen der SPD und Bündnis 90/Grüne sowie des Bundesjustizministeriums aus dem Jahre 2004.¹³⁰ Hierin wurde ein neuer § 257b StPO vorgeschlagen, der folgenden Wortlaut haben soll:¹³¹

„§ 257b StPO

(1) In geeigneten Fällen kann das Gericht in der Hauptverhandlung den Stand des Verfahrens mit den Beteiligten erörtern.

(2) Diese Erörterung kann sich auf die vorläufige Beurteilung des Verfahrensergebnisses erstrecken. Das Gericht kann dabei mit Einverständnis des Angeklagten unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen eine Strafobergrenze angeben, die unter dem Vorbehalt einer Bewertungsänderung im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung steht. Der Angeklagte ist auf eine Veränderung der Bewertung hinzuweisen. Ein Rechtsmittelverzicht des Angeklagten darf nicht Gegenstand einer Verständigung sein.“

Dieser Gesetzesentwurf übernimmt die vom BGH konkretisierten rechtsstaatlichen Anforderungen an die Absprache und bringt sie in Gesetzesform. Insoweit sollte dieser Vorschlag auch geeignet sein, dem Bedürfnis der Praxis an einem funktionierenden, legitimen Verständigungsverfahren auf der einen und den an dieses Verfahren gestellten Anforderungen auf der anderen Seite Rechnung zu tragen. Problematisch ist indes die in der Begründung des Gesetzesentwurfs getroffene Aussage, die Gespräche seien für die Beteiligten rechtlich nicht bindend.¹³² Dies stellt eine grundlegende Abweichung von der Rechtsprechung des BGH dar, nach der das Gericht nur bei gravierenden Änderungen der Sachlage von einer einmal gemachten Strafmildierungszusage abweichen darf.¹³³ Ist das Gericht an seinen Teil des Deals nicht gebun-

129 Aus Aktualitäts- und Gewichtigungsgründen soll daher zum Beispiel das Lösungsmodell des Corpus Juris (1998), vgl. www.strafrecht-online.org/index.php?scr=accjuris, keine Erwähnung finden.

130 *BMJ*, StV 2004, S. 228 ff.

131 *Ebd.*, S. 237.

132 *Ebd.*, S. 237.

133 Vgl. oben D. I. 8.

den, wird die „Waffengleichheit“ des fair-trial Gebotes verletzt. Denn für den Angeklagten, der mit seinem Geständnis in der Regel in Vorleistung geht, ist gerade die verbindliche Zusage einer Strafmilderung der einzig relevante Gegenwert. Wenn der Angeklagte nun davon ausgehen muss, dass das Gericht nur aufgrund einer neuen subjektiven Bewertung, also ohne das objektive Vorliegen der vom BGH geforderten neuen, schwerwiegenden Umstände von dieser Zusage abweichen kann, ist der Angeklagte allein dem Wohlwollen des Gerichtes ausgeliefert. Der Angeklagte würde ein Risiko eingehen, dem keine gleichwertige Gegenleistung des Gerichts gegenübersteht. Von „Waffengleichheit“ kann dabei keine Rede mehr sein. So sinnvoll eine Normierung der BGH-Leitlinien auch sein mag, eine unter dem Vorbehalt der Unverbindlichkeit stehende Absprachenpraxis wäre praktisch wertlos.

II. Echtes konsensuales Verfahren

Alternativ wird die Einführung eines an ausländischen Rechtsordnungen orientierten echten konsensualen Verfahrens in Betracht gezogen.¹³⁴ Lutz Meyer-Göfner schlägt hierfür eine Vorschrift mit folgendem Wortlaut vor:¹³⁵

„(1) Der Angeklagte kann nach Eröffnung des Hauptverfahrens bis zum Beginn seiner Vernehmung zur Sache in der Hauptverhandlung eine Erklärung abgeben, dass er den in der Anklageschrift erhobenen Vorwurf der Begehung einer Straftat einräumt, falls diese nicht mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist; die Erklärung kann auf eine von mehreren Taten beschränkt werden.

(2) Diese Erklärung ist unwiderruflich.

(3) Wird sie abgegeben, so entfällt die Beweisaufnahme zum Schuldvorwurf.

(4) Bei Verurteilung des Angeklagten darf höchstens auf die Hälfte des für die angeklagten Straftatbestände gesetzlich angedrohten Höchstmaßes erkannt werden, § 49 I Nr. 3 StGB ist entsprechend anzuwenden; minder schwere und besonders schwere Fälle sowie zwingende Strafmilderungsgründe sind zu berücksichtigen, fakultative Milderungsgründe bleiben außer Betracht.“

Dieser Vorschlag stellt die radikalste Möglichkeit einer gesetzlichen Legalisierung von Verständigungen im Strafverfahren dar, da er ein eigenständiges, parallel zum eigentlichen Amtsverfahren existierendes Alternativverfahren schaffen würde. Gleichzeitig bringt er jedoch größtmögliche Effektivität bei minimalen Gefahren mit sich. Denn zum einen würde eine gesetzlich klar definierte Strafmaßreduzierung das „Feilschen“ um das Strafmaß überflüssig machen,¹³⁶ dem Gericht bei der Urteilsfindung dennoch die Möglichkeit belassen, besondere Umstände entsprechend zu würdigen. Zum anderen würden die so genannten Sanktionsscheren, die den Druck auf den Angeklagten erhöhen sollen, verhindert werden.

134 Wie zum Beispiel dem italienischen „patteggiamento“.

135 Meyer-Göfner (s. o. Fn. 21), S. 190.

136 Ebd., S. 195.

III. Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer

Den aktuellsten Vorschlag legte die Bundesrechtsanwaltskammer im Jahre 2005 vor.¹³⁷ Sie empfiehlt die Ausgestaltung der Urteilsabsprache als eigenständiges prozessuales Institut mit spezifischen gesetzlichen Anforderungen bei gleichzeitiger Integration in das herkömmliche Verfahren.¹³⁸ Im Zentrum dieser Reform soll ein in die Strafprozessordnung neu einzufügender § 243a StPO stehen.

„§ 243a [Urteilsabsprache]

(1) Das Gericht kann auf übereinstimmenden Antrag der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten diesem unter Darlegung seiner rechtlichen Bewertung der angeklagten Tat eine Strafobergrenze nach Maßgabe des § 46b StGB sowie andere Rechtsfolgen für den Fall zusagen, dass der Angeklagte vom Gericht konkret bezeichnete sachgemäße Bedingungen erfüllt. Als Bedingungen kommen insbesondere in Betracht

1. ein Geständnis,
2. die Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens,
3. das ernsthafte Bemühen um einen Ausgleich mit dem Verletzten,
4. ein sonstiges Verhalten, das der Verfahrensbeschleunigung dient.“

(2) ...

Durch diese Vorschrift werden die Voraussetzungen, der Inhalt und die Folge einer Urteilsabsprache geregelt. Flankiert wird sie von weiteren Vorschriften, die insbesondere einer Umgehung dieser Verfahrensordnung vorbeugen und ihre Einhaltung durch spezifische Rechtsschutzmöglichkeiten absichern sollen.¹³⁹

Dieser Gesetzesvorschlag geht nicht derart weit wie der Vorschlag *Meyer-Gößners*,¹⁴⁰ sondern bleibt im Rahmen der vom Bundesgerichtshof entwickelten Direktiven zur strafprozessualen Absprache. Dem Entwurf hinzugefügt werden könnten allerdings noch weitere der vom BGH entwickelten Voraussetzungen.¹⁴¹ So wurde die von der Rechtsprechung stets verlangte Überprüfung der Glaubhaftigkeit des Geständnisses nicht in den Reformvorschlag aufgenommen. Den Tatrichtern würde allerdings so hinreichend deutlich gemacht, dass ein Geständnis auch bei einer Urteilsabsprache nicht ungeprüft hingenommen werden darf.¹⁴² Die Rechtsprechung des BGH¹⁴³ könnte auf diese Weise legislativ in besonderem Maße unterstützt werden.

137 Wesentliche Auszüge des Gesetzesentwurfs in ZRP 2005, 235 ff.; der komplette Entwurf ist einsehbar unter: http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2005/Stn25_05.pdf, zuletzt aufgerufen am 20. 11. 2006.

138 BRAK, ZRP 2005, 235 (236).

139 Ebd., S. 237.

140 Vgl. oben E. II.

141 Vgl. auch *Landau/Bünger*, Urteilsabsprachen, ZRP 2005, S. 268 (273).

142 Vgl. zur Problematik D. I. 6.

143 Vgl. *BGH*, NJW 2005, 1440 (1442).

IV. Rechtsvergleichung – Angelsächsisches Modell?

Im Wege einer rechtsvergleichenden Sicht soll weiterhin untersucht werden, ob nicht das angelsächsische Rechtssystem ein Modell der Absprachen verwendet, welches auch auf das deutsche Strafprozessrecht umsetzbar erscheint.

Das englische Strafprozessrecht kennt drei Absprachetypen, bei denen die Leistung des Angeklagten in der Abgabe eines „guilty plea“, also eines Schuldanerkenntnisses besteht. Zum Einen eine Absprache über strafmaßrelevante Tatsachen durch den Anklagevertreter („fact bargains“), eine Abrede über die Art und die Anzahl der angeklagten Delikte („charge bargains“) und letztendlich eine Absprache über die Höhe der zu verhängenden Strafe („sentence bargains“).

Es stellt sich die Frage, ob diese Absprachekonstellationen nicht auch im deutschen Recht anwendbar wären. Eine Einführung des angelsächsischen „plea bargaining“ könnte dabei deshalb schwierig sein, weil der hier existente inquisitorische Strafprozess das Legalitätsprinzip fordert.¹⁴⁴ Danach ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, im Falle des Vorliegens eines entsprechenden Anfangsverdachts, Ermittlungen aufzunehmen und, sollte sich der Verdacht bestätigen, Anklage zu erheben.¹⁴⁵ Absprachen im Sinne des englischen Rechts bedürfen dieser Maxime indes nicht, da das angelsächsische Recht keinen Legalitätsgrundsatz kennt.¹⁴⁶ Die Ermittlungsbehörden in Großbritannien sind daher nicht gezwungen, alle Straftaten zu verfolgen und in allen Fällen dringenden Tatverdachts anzuklagen. Dagegen müssen die deutschen Strafverfolgungsbehörden jedem ausreichenden Verdacht krimineller Handlung nachgehen. Folglich würde die Übernahme der englischen Absprachenpraxis, zum Beispiel des oben genannten „charge bargainings“, bei der eine Abrede über die Art und die Anzahl der angeklagten Delikte getroffen wird, gegen die Legalitätsmaxime des deutschen Strafprozessrechts verstoßen. Denn sind im deutschen Rechtssystem mehrere Delikte angeklagt, so können nicht, wie im englischen Recht, einige dieser Anklagepunkte im Gegenzug für ein Schuldanerkenntnis hinsichtlich der anderen eingestellt werden.

Damit einhergehend scheint auch der in Deutschland existierende Untersuchungsgrundsatz einer Einführung der englischen Absprachepraxis entgegenzustehen. Unter dieser Maxime versteht man die Pflicht der Strafverfolgungsorgane, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen und aufzuklären.¹⁴⁷ Würde nun, im Wege einer Einführung englischer Verständigungsmodelle, eine Abrede über die Art oder die Anzahl der angeklagten Delikte erfolgen, wäre ebenfalls ein Verstoß gegen den genannten Ermittlungsgrundsatz angezeigt.

Diese rechtsvergleichende Sicht auf die Prozessrechte beider Länder zeigt demnach, dass es wesentliche Unterschiede in den zugrundeliegenden Prozessmaximen gibt,

144 Vgl. *Beulke* (s. o. Fn. 4), Rn. 17.

145 *Ebd.*

146 Vgl. *Bömeke*, Rechtsfolgen fehlgeschlagener Absprachen im deutschen und englischen Strafverfahren, 2001, S. 22.

147 *Beulke* (s. o. Fn. 4), Rn. 21.

welche letztendlich dazu führen, dass eine Übernahme des englischen Absprachenmodells in das deutsche Strafprozessrecht nicht praktikierbar ist.

V. Stellungnahme

Es gilt eine Reform durchzuführen, welche die bisherigen richtigen Direktiven des BGH hinreichend beachtet.

Der Vorschlag *Meyer-Goßners*, ein echtes konsensuales Verfahren einzuführen, kann dagegen nicht überzeugen. Zwar bringt diese Ansicht, wie oben dargestellt, auch Vorteile, der Schuld- bzw. Strafausspruch darf jedoch nicht dem Konsens der Verfahrensbeteiligten unterliegen. Es muss weiterhin Aufgabe des Tatrichters bleiben, den entstandenen Tatverdacht aufzuklären und die entsprechenden strafrechtlichen Konsequenzen ziehen zu können. Dies wäre aber, folgt man dem Gedanken eines echten konsensualen Verfahrens, nicht durchführbar, da eine weitere Beweisaufnahme nach einem Geständnis qua lege unzulässig wäre und so damit verbundene weitere tatrichterliche Erkenntnisse schon grundsätzlich unmöglich gemacht werden.

Die Möglichkeit einer Einführung eines angelsächsischen Modells zur Absprachenpraxis ist abzulehnen. Sie verstößt gegen grundlegende Maximen des deutschen Strafprozessrechts.

Das etwas ältere Modell des Bundesjustizministeriums und der Bundestagsfraktionen der SPD und Bündnis 90/Grüne kann ebenfalls nicht überzeugen. So sinnvoll eine Normierung der BGH-Leitlinien auch sein mag, eine unter dem Vorbehalt der Unverbindlichkeit stehende Absprachenpraxis wäre praktisch wertlos. Auch bliebe ein solches Regelungsmodell insgesamt gesehen deutlich hinter dem beachtlichen Spielraum zurück, der dem Gesetzgeber von Verfassung wegen eröffnet ist.

Der Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer hingegen scheint der richtige Ansatz für die Reform zu sein. Die Empfehlung einer Ausgestaltung der Urteilsabsprache als eigenständiges prozessuales Institut mit spezifischen gesetzlichen Anforderungen bei gleichzeitiger Integration in das herkömmliche Verfahren, findet den richtigen Ausgleich zwischen dem Reformmodell des Bundesjustizministeriums und dem Vorschlag eines echten konsensualen Verfahrens. Insbesondere nutzt der Gesetzgebungsvorschlag die schon vom BGH aufgezeigten¹⁴⁸ legislativen Spielräume bei der Normierung einer konsensualen Erledigung und beschränkt sich nicht auf die Einhaltung der von den Gerichten vorgegebenen Mindeststandards.

Insgesamt wäre es demnach wünschenswert, wenn der Gesetzgeber den Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer für eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafprozess als Grundlage verwenden würde, um ihn dann, wie oben dargestellt, an einigen Stellen noch zu perfektionieren.

148 Vgl. *BGH*, NJW 2005, 1440 (1447).

E. Resümee

Am Anfang dieses Aufsatzes stand die Prämisse, die konsensuale Erledigung im Hauptverfahren eingehend zu untersuchen, um bestehende Problematiken aufzuzeigen und Handlungsmodelle näher zu verdeutlichen. Die Begrifflichkeiten wurden, neben dem Inhalt und dem Ablauf einer Absprache, ausführlich erläutert. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zu einer Verständigung gaben den weiteren Ausführungen die entscheidende Grundlage. Sich in mehreren Punkten darauf beziehend, wurden in einem nächsten Schritt auf Grundlage des Beitrags von *Altenhain/Haimerl* zwei mögliche Ablaufmodelle aufgezeigt, sowie deren inhaltliche Problematiken erläutert. Resümierend können dabei die Handlungsmodelle bei der gegenwärtigen Rechtslage als praktikabel bezeichnet werden.

Sachgemäßer erscheint es langfristig jedoch, bereits bestehende Reformmodelle zu einer Normierung der Abspachepraxis in geltendes Recht umzusetzen. Dabei kann vor allem der aktuellste Gesetzgebungsvorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer überzeugen. Er sollte vom Gesetzgeber als Grundlage einer zukünftigen Normierung herangezogen werden.

Keve Zombor Kovács*

Die historische Auslegung im Gemeinschaftsrecht –

Eine Analyse anhand von Urteilen des Europäischen
Gerichtshofs aus dem Jahr 2004

Abstract

Die historische Auslegung im Gemeinschaftsrecht erfährt in der juristischen Wissenschaft geringe Beachtung. Die meisten Lehrbücher widmen dieser Methode lediglich einen Satz und Kommentatoren fassen die gängigen Einwände gegen die historische Auslegung auf Gemeinschaftsrechtsebene in einem Absatz zusammen. Ziel der vorliegenden Arbeit ist, diese Einschätzung des Stellenwerts der historischen Auslegung seitens der Literatur kritisch zu hinterfragen und anhand eines repräsentativen Ausschnitts von *EuGH*-Urteilen empirisch zu überprüfen. Hierzu wurden die in der Wissenschaft vertretenen Überzeugungen der tatsächlichen Vorgehensweise des *Europäischen Gerichtshofs (EuGH)* gegenübergestellt. Das als Prüfungsgegenstand herangezogene Material umfasst die Auswertung aller *EuGH*-Urteile und Schlussanträge aus dem Jahr 2004 im Bereich „Rechtsangleichung“. Dies waren insgesamt 62 Urteile¹ und Schlussanträge aus 43 Rechtssachen.

Im Rahmen der Analyse wird zunächst auf das nationalrechtliche Verständnis der historischen Auslegung eingegangen. Anschließend wird die Sichtweise der Literatur und die des *EuGH* anhand der analysierten Urteile dargestellt. Zuletzt werden ein Rangverhältnis zwischen der historischen und den anderen Auslegungsmethoden bestimmt und die Ergebnisse der Literatur mit denen der Urteilsanalysen verglichen.

* Der Verfasser, DAAD-Stipendiat aus Ungarn, hat sein Jurastudium an der Heidelberger Universität im Jahr 2003 begonnen. Diese Arbeit hat er im Rahmen des Seminars von Prof. Dr. Christian Baldus und Dr. Rainer Becker über die Methodik des Gemeinschaftsrechts im Sommersemester 2005 erstellt. Betreut wurde die Arbeit von Ass. Friederike Vogel, LL.M. Seit dem WS 2006/07 ist der Verfasser Student an der Humboldt-Universität zu Berlin.

1 Neben *EuGH*-Urteilen wurden auch Beschlüsse des *Gerichts erster Instanz (EuG)* berücksichtigt.

I. Historische Auslegung im nationalen Recht

Auf die Methoden des Wortlauts und der Systematik, die ihren Auslegungsgegenstand im Normtext finden, folgt die historische Auslegung als text-externe Auslegungsmethode.² Diese spaltet sich in die genetische und historische Konkretisierung auf.³

1. Genetische Konkretisierung

Die genetische Konkretisierung erfasst Materialien, die zu der konkret zu beurteilenden Rechtsnorm geführt haben, mithin die Regierungsentwürfe, Parlamentsdebatten, Ausschussprotokolle und amtlichen Begründungen.⁴ Solange sich die Grundaussage einer Norm in der Regel aus den Äußerungen der Parlamentsabgeordneten in den Ausschüssen und Parlamentsdebatten erschließen lässt, sind die Regierungsentwürfe aufschlussreich für die Einzelheiten und die konkrete Normvorstellung des Gesetzgebers.⁵ Eine faktische Schwierigkeit bildet jedoch die Vielfalt der Äußerungen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens.⁶ Dieser Umstand darf nicht zu einer Beliebigkeit auf Seiten des Interpreten führen, in dem er das von ihm gewünschte Auslegungsergebnis durch aus dem Kontext gerissene Einzelerklärungen untermauert. Diese müssen vielmehr systematisch strukturiert und gewichtet werden: Sie müssen im Kontext des Verfahrens, in ihrer zeitlichen Reihenfolge sowie im Spannungsfeld der verschiedenen politischen Interessenlagen gesehen werden. Einer Abgeordnetenklärung (gleiches gilt für Ausschussberichte und Regierungsentwürfe) kann demnach besonderes Gewicht zukommen, wenn sie die Meinung im Plenum maßgeblich bestimmt hat und Eingang in die endgültige Auffassung gefunden hat.⁷

Die Existenz eines einheitlichen Gesetzgeberwillens wird angesichts der Vielzahl von an der Normsetzung beteiligten Gremien und Personen bezweifelt.⁸ Da die Gesetzgebung im parlamentarisch-demokratischen Regierungssystem auf einem arbeitsteiligen Prozess beruht, kann ihr auch nicht, wie den einzelnen Abgeordneten, ein Wille im natürlichen Sinn zugeschrieben werden. Wie aber eben dargelegt, müssen die Einzelerklärungen systematisch derart angeordnet werden, dass aus diesen ein einheitlicher, normativer Wille des Gesetzgebers abstrahiert bzw. fingiert werden kann.⁹ Ob-

2 *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, 1996, S. 153.

3 Diese Unterscheidung treffen: *Müller/Christensen*, Juristische Methodik I, 9. Auflage (2004), Rn. 360; *Looschelders/Roth* (Fn. 2), S. 155; *Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Auflage (1998), Rn. 261.

4 *Müller/Christensen* (Fn. 3), Rn. 360.

5 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage (1991), S. 330.

6 *Müller/Christensen* (Fn. 3), Rn. 361e.

7 Vgl. *Looschelders/Roth* (Fn. 2), S. 157 f.

8 *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I, 5. Auflage (2006), Einleitung, Rn. 120.

9 *Looschelders/Roth* (Fn. 2), S. 46 ff.

wohl die Annahme eines natürlichen Gesetzgeberwillens wegen der vorhandenen Meinungspluralität unmöglich ist, kann somit dennoch eine normative Willenseinheit herausgearbeitet werden.¹⁰

2. Historische Konkretisierung

Die historische Konkretisierung zieht – im Gegensatz zur systematischen Auslegung – bereits außer Kraft gesetzte Rechtsvorschriften mit gleichem, ähnlichem oder zumindest funktionell vergleichbarem Normprogramm¹¹ sowie die zu ihnen in der Literatur und Rechtsprechung entstandene Dogmatik¹² heran. Unverändert übernommene Normtexte weisen auf eine Kontinuität der Auslegungsweise hin. Eine Änderung der sprachlichen Fassung einer Rechtsvorschrift deutet hingegen auf eine Änderung ihres Sinngehaltes hin.¹³

II. Historische Auslegung im Gemeinschaftsrecht

1. Genetisches Konkretisierungselement

a) Notwendigkeit der Trennung zwischen Primär- und Sekundärrecht

Bevor auf die verschiedenen Materialien und Vorarbeiten näher eingegangen werden kann, müssen zuvor zwei eng miteinander verbundene Problemkreise angesprochen werden, die in der nachfolgenden Untersuchung öfters zum Vorschein treten werden:

Erstens stellt sich die Frage, welche Organe, Organteile oder Personengruppen im Gemeinschaftsrecht als „Gesetzgeber“ aufzufassen sind, deren subjektiver Wille erforscht werden soll. Die erste Frage ist somit die Frage nach dem Gesetzgeber. Stehen die zur genetischen Konkretisierung in Betracht kommenden Gesetzgebungsorgane fest, ist die zweite, einschränkende Frage zu stellen, ob die in Frage stehenden Materialien dieser Organe unter Beachtung rechtsstaatlicher Kriterien zur Normauslegung herangezogen werden können. Die zweite Frage betrifft mithin die Heranziehbarkeit der Materialien.

Im Hinblick auf die erste Frage erscheint eine Differenzierung zwischen den Ebenen des Primär- und Sekundärrechts sinnvoll: Während an den Vorarbeiten zu den Gründungsverträgen nur die Mitgliedstaaten beteiligt waren, sind hingegen beim Erlass sekundären Gemeinschaftsrechts die Gemeinschaftsorgane maßgeblich beteiligt, die Mitgliedstaaten nur indirekt über den Rat. Dies verdeutlicht die unterschiedliche Funktion des Primär- und Sekundärrechts: Ersteres ist als „rechtlicher Rahmenver-

10 Müller/Christensen (Fn. 3), Rn. 361 f; Müller/Christensen, Juristische Methodik II, 2003, Rn. 261 ff.

11 Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 3. Auflage (2005), S. 92 f.

12 Looschelders/Roth (Fn. 2), S. 156 f.

13 Potacs, Auslegung im öffentlichen Recht, 1994, S. 138 f.

trag“ bzw. „Verfassung der Gemeinschaften“ gedacht worden, wohingegen Letzteres die „politische Tätigkeit der Organe der EG“¹⁴ darstellt. Es wird ersichtlich, dass auf Primär- und Sekundärrechtsebene unterschiedliche Organe tätig werden und deshalb die Antwort auf die Frage nach dem Gesetzgeber auf beiden Ebenen unterschiedlich ausfallen wird.

Im Hinblick auf die zweite Frage erscheint eine Unterscheidung zwischen den beiden Rechtsebenen ebenfalls sinnvoll, denn die zur Verfügung stehenden Materialien unterscheiden sich beim Primär- und beim Sekundärrecht erheblich voneinander.¹⁵ Aus den oben dargelegten Gründen werden im weiteren Verlauf der Untersuchung Primär- und Sekundärrecht getrennt voneinander erörtert.

b) Primärrecht

aa) Der Gemeinschaftsgesetzgeber

Ermitteln lässt sich der „wahre Wille“ des historischen Gesetzgebers durch Materialien, worunter die dem Vertragsschluss vorangehenden amtlichen Verhandlungspapiere und Erklärungen verstanden werden können, welche den späteren Abschluss des Vertrages inhaltlich erkennbar beeinflusst haben.¹⁶ Hierbei taucht wieder das Problem der Autorschaft auf: Welche Erklärungen der an den Vorarbeiten beteiligten Personen (Minister, Delegationsleiter, Unterhändler usw.) sollen berücksichtigt werden, welche nicht?¹⁷ Im Bereich des Nationalrechts können sowohl Regierungsentwürfe als auch Parlamentsmaterialien herangezogen werden.¹⁸ Auf europäischer Ebene sind keine Regierungsentwürfe oder Parlamentsmaterialien vorhanden, lediglich Standpunkte der Mitgliedstaaten. Bei letzteren stellt sich jedoch eine ähnliche Schwierigkeit, wie bei Regierungsstandpunkten auf nationalrechtlicher Ebene: Aus den oft gegensätzlichen Erklärungen der Vertreter ist der jeweilige Standpunkt eines Mitgliedstaats schwer festzulegen. Selbst wenn der Wille einzelner Mitgliedstaaten herausgearbeitet werden kann, stellt sich sodann das Folgeproblem, dass die mitgliedstaatlichen Erklärungen im Einzelnen gegensätzlich ausfallen können. Aus diesen einseitigen Erklärungen lässt sich mithin schwer auf den Gesamtwillen der Vertragsstaaten schließen.¹⁹

Als Gegenbeispiel lassen sich die durch die Mitgliedstaaten abgegebenen Erklärungen zur Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) aufführen: Sie sind im Gegensatz

14 *Bleckmann*, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1982, S. 1177 (1178).

15 *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Diss. Göttingen 1997, S. 247.

16 *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Diss. Münster 1997, S. 143.

17 *Grundmann*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, Diss. Bochum 1997, S. 243 f.

18 Vgl. S. 96.

19 *Herdegen*, Auslegende Erklärungen von Gemeinschaftsorganen und Mitgliedstaaten zu EG-Rechtsakten, ZHR 155 (1991), S. 52 (60); *Anweiler* (Fn. 15), S. 248.

zu den bezüglich der Gründungsverträge abgegebenen Erklärungen ohne weiteres zugänglich. Sie vermitteln einen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden breiten Konsens, welcher sich bei den selten veröffentlichten Erklärungen zu den Bestimmungen der Gründungsverträge nicht mit solcher Sicherheit ermitteln lässt.²⁰ Jedoch sind die Erklärungen zur EEA ein Einzelphänomen geblieben. Sowohl im älteren als auch im neueren Primärrecht kann aus den wenigen veröffentlichten Erklärungen zu den Verträgen kein gemeinsamer Wille der Mitgliedstaaten entnommen werden.²¹ Angesichts der Relevanz von Veröffentlichungen für die Berücksichtigungsfähigkeit mitgliedstaatlicher Erklärungen ist im Folgenden auf dieses Kriterium näher einzugehen.

bb) Das Veröffentlichungskriterium

Die Heranziehung von Materialien muss unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten erheblich eingeschränkt werden. Die Tatsachen, dass der Großteil der Materialien nicht veröffentlicht worden und dass über wesentliche Fragen nur mündlich verhandelt worden ist,²² bilden das wichtigste Argument für eine Nichtberücksichtigung dieser Materialien. Ihre Nichtberücksichtigung folgt aus dem rechtsstaatlichen Grundsatz des rechtlichen Gehörs, welcher verlangt, dass die Parteien, die sich vor dem *EuGH* gegenüberstehen, ungehinderten Zugang zu den prozessrelevanten Materialien haben müssen,²³ damit sie nicht mit unveröffentlichten Materialien während des Verfahrens konfrontiert werden.

Unter den untersuchten Urteilen und Schlussanträgen lässt sich hierfür ein Beispiel finden: Generalanwältin *Juliane Kokott* stellt zwar bei der Rechtssache „*Elliniko Dimosio/Nikolaos Tsapalos*“ die Berufung der Kommission auf ein Arbeitsdokument aus dem Jahre 1980 dar,²⁴ geht jedoch in ihrer rechtlichen Würdigung auf dieses nicht näher umschriebene Dokument nicht weiter ein. Diese Nichtbezugnahme spricht für den Grundsatz, dass nicht veröffentlichte Dokumente keine Bedeutung bei der Auslegung erlangen können.

In diesem Zusammenhang müssen zuletzt die amtlichen Begründungen der Regierungen der Mitgliedstaaten sowie die Parlamentsverhandlungen anlässlich der Ratifizierung der Verträge erwähnt werden, denn diese wurden veröffentlicht.²⁵ Da jedoch hier die mitgliedstaatlichen Erklärungen gleichwertig, zeitgleich abgegeben und dennoch oft gegensätzlich sind, fällt ihre Gewichtung bzw. Systematisierung schwer. Außerdem sind diese Erklärungen – vergegenwärtigt man sich die Interessengegensätze in einem Gesetzgebungsverfahren²⁶ – Ausdruck innenpolitischer Auseinander-

20 Grundmann (Fn. 17), S. 244 ff.

21 Wegener, in: Calliess/Ruffert, 2. Auflage (2002), Art. 220 Rn. 12.

22 Anweiler (Fn. 15), S. 248.

23 Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, ZGR 1999, Sonderheft 15, S. 104.

24 *EuGH*, Urt. v. 1. 7. 2004, verbundene Rs. C-361/02, C-362/02, Slg. 2004, I-6405 ff., (Rn. 11) – „*Elliniko Dimosio/Nikolaos Tsapalos*“.

25 Grundmann (Fn. 17), S. 242.

26 Vgl. S. 98.

setzungen, so dass sie zur Konkretisierung primären Gemeinschaftsrechts wenig aussagekräftig sind.²⁷

cc) Ergebnis: Geringe Rolle der genetischen Konkretisierung im Primärrecht

Die eben erfolgten Ausführungen zeigen deutlich, auf welche Hindernisse der Versuch einer genetischen Konkretisierung von Primärrecht stößt: Die Materialien sind erstens zu widersprüchlich, als dass ein normativer Gesetzgeberwille gebildet werden könnte. Eine Systematisierung wie im Nationalrecht ist schwer durchzuführen, denn die mitgliedstaatlichen Erklärungen sind gleichwertig und werden zumeist zum gleichen Zeitpunkt abgegeben, d. h. es gibt keine dem Rechtsakt zeitlich näher stehende Erklärung. Der Umstand, dass der überwiegende Teil der Dokumente nicht veröffentlicht wird und aus diesem Grunde nicht berücksichtigt werden kann, verringert überdies die Zahl nutzbarer Textquellen derart, dass damit der genetischen Konkretisierung im Bereich des Primärrechts sehr wenig Raum bleibt.²⁸

Dennoch bezog sich der *EuGH* in seiner frühen Rechtsprechung²⁹ des Öfteren auf den Willen der Verfasser der Verträge, ohne aber einen substantiierten Nachweis darüber zu geben, woraus er auf einen solchen Willen schließt. Tatsächlich konnte sich der *EuGH* auf berücksichtigungsfähige, aussagekräftige Materialien nicht stützen; er fühlte sich aber der (verstärkten) Legitimierung willen verpflichtet, sich auf die Gründungsväter zu berufen.³⁰ Die Loslösung vom subjektiven Auslegungsansatz im Primärrecht vollzog sich dann mit dem radikalen Verständnisswandel im Urteil „*Van Gend & Loos*“,³¹ in welchem das Gemeinschaftsrecht erstmals als autonome, sich nach eigenen Regeln fortentwickelnde Rechtsordnung beschrieben wurde.³² Das Verständnis des Gemeinschaftsrechts als autonome Rechtsordnung machte für den *EuGH* in nachfolgenden Urteilen einen Rückgriff auf die Gründungsverträge nicht mehr erforderlich. Eine genetische Konkretisierung im primärrechtlichen Bereich ist aus diesen Gründen in den untersuchten Urteilen aus dem Jahre 2004 nicht zu erwarten.

c) Sekundärrecht

Auf der Ebene des Sekundärrechts wird in der Literatur insbesondere die Möglichkeit der Heranziehung von Protokollerklärungen des Rates und der Kommission sowie von einseitigen Erklärungen der Mitgliedstaaten diskutiert. Neben diesen ist auch auf die Stellungnahmen des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und

27 *Anweiler* (Fn. 15), S. 252.

28 *Meyer*, Die Grundsätze der Auslegung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Jura 1994, S. 455 (455).

29 Vgl. die Beispiele bei *Grundmann* (Fn. 17), S. 249–254.

30 *Grundmann* (Fn. 17), S. 250 f.

31 *EuGH*, Urt. v. 5. 2. 1963, Rs. C-26/62, Slg. 1963, I-3, 24 f. – „*Van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung*“.

32 *Everling*, Probleme atypischer Rechts- und Handlungsformen bei der Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1987, S. 417 (426).

Sozialausschusses sowie die sonstigen vorbereitenden Materialien einzugehen. Bei diesen Arten von Dokumenten ist im Einzelnen stets auf die anfangs gestellten Fragen nach dem „relevanten Autor“ und der Veröffentlichung als Kriterien zur Berücksichtigung der jeweiligen Vorarbeit einzugehen.

aa) Protokollerklärungen des Rates

Nach dem Grundsatz, dass nur Äußerungen derjenigen Gesetzgebungsorgane Teil des demokratisch legitimierten Gesetzgeberwillens sind, deren Zustimmung den Rechtsakt im konkreten Fall trägt,³³ erscheinen zunächst die Protokollerklärungen des Rates – über ihre politische Relevanz hinaus³⁴ – zur Auslegung besonders geeignet. Geregelt wird der Inhalt der Protokollerklärungen in Art. 13 der Geschäftsordnung des Rates.³⁵ In der Literatur besteht zunächst Einigkeit darüber, dass Protokollerklärungen nicht zur verbindlichen Norminterpretation herangezogen werden können, da sie nicht Bestandteil der Norm selbst sind und aus diesem Grunde nicht dieselbe normative Bindungskraft wie die Norm selber aufweisen.³⁶ In der Gemeinsamen Erklärung des Rates und der Kommission zur Ersten Markenrichtlinie, die einer Protokollerklärung des Rates sehr ähnlich ist, wird von Rat und Kommission auch bestätigt, dass der Erklärung keine Verbindlichkeit bei der Interpretation der Richtlinie zukommen kann.³⁷ Zwar ist es nicht Aufgabe des Rates (und der Kommission), Aussagen über die Methodik des Gemeinschaftsrechts zu treffen, dennoch unterstützt die obige Aussage des Rates die herrschende Ansicht in der Literatur, dass die Protokollerklärungen des Rates den *EuGH* bei der Interpretation nicht binden können.

Über ihre Relevanz bei der Auslegung gehen die Meinungen jedoch weit auseinander: Unter Berufung auf das Urteil in der Rechtssache „*The Queen/Antonissen*“³⁸ wird behauptet,³⁹ der *EuGH* habe die Heranziehung dieser Texte abgelehnt. In Wirklichkeit stellte der Gerichtshof lediglich fest, dass eine solche Erklärung, um bei der Auslegung in Betracht gezogen zu werden, nicht dem „möglichen“ Wortlaut der fraglichen Norm widersprechen darf. Wenn der Wortlaut der Norm mehrere Interpretationsmöglichkeiten bietet, muss die Erklärung mit einer dieser Interpretationsmöglichkeiten korrespondieren. Ansonsten, wenn die Erklärung eine Auslegung nahe legt, die keiner der möglichen Lesarten der Norm entspricht, muss sich die Auslegung aus der Norm selbst und unter Berücksichtigung ihres Zusammenhanges

33 *Grundmann/Riesenhuber*, Die Auslegung des Europäischen Privat- und Schuldvertragsrechts, JuS 2001, S. 529 (530).

34 Vgl. *Pechstein*, Die Bedeutung von Protokollerklärungen zu Rechtsakten der EG, EuR 1990, S. 249 (249); *Herdegen* (Fn. 19), S. 53.

35 Beschluss des Rates zur Festlegung seiner Geschäftsordnung v. 22. 3. 2004, Abl. 2004, Nr. L 106, S. 22 ff.

36 *Herdegen* (Fn. 19), S. 56.

37 Vgl. Gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission zur Ersten Markenrichtlinie, HABM 1996, Vol. 5, S. 605 (606).

38 *EuGH*, Urt. v. 26. 2. 1991, Rs. C-292/89, Slg. 1991, I-745, 778 f. – „*The Queen/Antonissen*“.

39 Vgl. *Anweiler* (Fn. 15), S. 258 f.; *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 220 Rn 12.

ergeben.⁴⁰ Dieses Urteil weist mithin darauf hin, dass der *EuGH* im Zweifel bei der Auslegung die normtextimmanenten Interpretationselemente – d. h. die grammatische und die systematische Auslegung – bevorzugen wird. Zurückzutreten haben die Elemente, die sich auf Nicht-Normtexte beziehen, so die genetische und historische Konkretisierung. Der Grund für diesen Vorrang normtextimmanenter Interpretationselemente, im Späteren wird hierauf als „Vorrang des Textes“⁴¹ Bezug genommen, folgt aus den rechtsstaatlichen Geboten der Methodenklarheit, Normklarheit und der Rechtssicherheit. Das Rechtsstaatsprinzip entstammt den nationalstaatlichen Traditionen der Mitgliedsländer, wird jedoch über Art. 220 EG ins Gemeinschaftsrecht aufgenommen.⁴²

Die Bevorzugung einer solchen Präferenzregel im Urteil „*The Queen/Antonissen*“ spricht jedoch dort nicht gegen eine Verwendung der Protokollerklärungen des Rates, wo deren Inhalt nicht dem vom Wortlaut nahe gelegten Sinngehalt widerspricht. Der Großteil der Literatur bejaht entsprechend eine prinzipielle Heranziehbarkeit der Protokollerklärungen, setzt jedoch einschränkende Kriterien, die z. T. auf rechtsstaatlichen Erwägungen beruhen, welche den beim Primärrecht erörterten Erwägungen ähnlich sind.⁴³ Diese einschränkenden Kriterien sind der in der Rechtssache „*The Queen/Antonissen*“ formulierte „Vorrang des Textes“ und die Veröffentlichung der Texte.⁴⁴ Zum Teil werden bei Regelungen, die nur für Mitgliedstaaten oder Gemeinschaftsorgane gelten, nichtveröffentlichte Erklärungen auch als berücksichtigungsfähig angesehen, denn in diesen Fällen sei das Schutzbedürfnis der Bürger nicht berührt.⁴⁵ Wohingegen individuelle Rechte oder Pflichten betroffen seien, bleibe es wegen der rechtsstaatlichen Aspekte der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bei der Notwendigkeit der Veröffentlichung der Protokolle.⁴⁶ Diese Ansicht überzeugt, denn die Organe der Gemeinschaft bzw. die Mitgliedstaaten verfügen wegen ihrer Beteiligung an der Beschlussfassung über die notwendigen Kenntnisse und haben Zugriff auf die relevanten Protokolle. Bei einer Streitigkeit zwischen einem oder mehreren Mitgliedstaaten und einem Gemeinschaftsorgan kommt es somit nicht auf die Veröffentlichung der Protokolle an.

Die Frage stellt sich jedoch, wieso in der Literatur das Veröffentlichungskriterium so ausführlich erörtert wird. Meines Erachtens liegt der Grund darin, dass die Beratungen des Rates nach Art. 6 I GO/MR⁴⁷ grundsätzlich der Geheimhaltungspflicht un-

40 *EuGH*, Urt. v. 26. 2. 1991, Rs. C-292/89, Slg. 1991, I-745, 778 – „*The Queen/Antonissen*“.

41 *Pernice/Mayer*, in: *Grabitz/Hilf*, 2002, Art. 220 Rn. 54; *Potacs* (Fn. 13), S. 142 f.

42 *Müller/Christensen* (Fn. 10), S. 66 (265).

43 Vgl. S. 98.

44 *Lutter*, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, S. 593 (600); *Pechstein* (Fn. 34), S. 254, *Bleckman* (Fn. 14), S. 1179; a. A. *Potacs* (Fn. 13), S. 140 ff.

45 *Herdegen* (Fn. 19), S. 63; *Everling* (Fn. 32), S. 428; *Grundmann* (Fn. 17), S. 274.

46 Eine weitergehende Einschränkung hält den Gebrauch unveröffentlichter Protokolle nur dort als nicht erlaubt, wo sich diese zu Ungunsten eines Bürgers auswirken, vgl. *Everling* (Fn. 32), S. 428; *Grundmann* (Fn. 17), S. 275 f.; krit. *Pechstein* (Fn. 34), S. 255.

47 Ehemals Art. 18 GO/MR; Beschluss des Rates zur Festlegung seiner Geschäftsordnung v. 22. 3. 2004, Abl. 2004, Nr. L 106, S. 22 (22).

terliegen und in der Vergangenheit Protokolle selten veröffentlicht wurden.⁴⁸ Das Erfordernis der Veröffentlichung in einer autorisierten amtlichen Quelle dürfte für neuere Rechtsakte jedoch regelmäßig erfüllt sein.⁴⁹ Dies ergibt sich auch aus Art. 9 I GO/MR, der die im Zuge des Rechtsetzungsverfahrens entstandenen Ratsprotokolle für veröffentlichungspflichtig erklärt. Diese Regelung wird für das heute überwiegend verwendete Mitentscheidungsverfahren gemäß Art. 251 EG in Art. 9 I lit. a) GO/MR noch einmal bestätigt. Die früher vertretene Ansicht, dass der Rat mit der Nichtveröffentlichung seiner Protokolle eine bewusste Entscheidung getroffen habe, seine Überlegungen nicht zur Grundlage der Auslegung der Rechtsakte zu machen,⁵⁰ dürfte mithin nicht mehr zutreffen. Entgegen der Ansicht, die die Protokollerklärungen bisher als ein untergeordnetes Kriterium bei der Auslegung angesehen hat⁵¹ und sich auf die seltenen Hinweise in den Urteilen des Gerichtshofs berufen hat,⁵² ist wegen der weitgehenden Zugänglichkeit eine vermehrte Verwendung durch den Gerichtshof zu erwarten.⁵³

In der Literatur werden weitere Kriterien für die Beachtlichkeit von Erklärungen genannt: So werden nur die Protokollerklärungen, welche mit dem für den auszulegenden Rechtsakt erforderlichen Stimmenquorum im Rat verabschiedet wurden⁵⁴ und welche die legislatorische Zielvorstellungen ausreichend widerspiegeln, in Betracht gezogen. Auch werden nur die Erklärungen verwendet, die bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens erfolgt sind⁵⁵ und einen interpretierenden Charakter haben.⁵⁶ Die herangezogenen Protokollerklärungen gehen mithin über eine bloße Tatsachenfeststellung hinaus, in dem sie eine erklärende Aussage in Bezug auf die in Betracht stehende Norm beinhalten.

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass die Protokollerklärungen des Rates, soweit sie den Kriterien der Veröffentlichung und des „Vorrangs des Textes“⁵⁷ entsprechen, bei der Auslegung Beachtung finden müssen. Dem Umstand, dass die Geschäftsordnung des Rates geändert wurde und neuere Erklärungen weitgehend zugänglich sind, müsste der Gerichtshof in seinen Urteilen auch Rechnung getragen haben. Bei den Urteilsanalysen ist auf diesen Punkt erneut zurückzukommen.

48 Grundmann (Fn. 23), S. 103; Lutter (Fn. 44), S. 600; Grundmann (Fn. 17), S. 274 m. w. H. in Fn. 1242.

49 Vgl. Franzen, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 451, Fn. 41; s. auch Gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission (Fn. 37).

50 Lutter (Fn. 44), S. 600.

51 Everling, Brauchen wir „Solange III“?, EuR 1990, S. 195 (219 f.); Karl, Zur Rechtswirkung von Protokollerklärungen in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1991, S. 593 (596).

52 Hailbronner, in: Hailbronner/Klein, Art. 164 Rn. 12; Potacs (Fn. 13), S. 138.

53 Vgl. S. 109 ff. mit eingehenden Urteilsanalysen. Es ist jedoch zu beachten, dass Protokollerklärungen außerhalb der Rechtsetzungstätigkeit des Rates zu politischen Entscheidungen Stellung nehmen und deshalb weiterhin der Geheimhaltungspflicht gemäß Art. 6 I GO/MR unterliegen. Dieser Umstand ist jedoch für die Rechtsakte betreffenden Auslegungsfragen nicht entscheidend.

54 Herdegen (Fn. 19), S. 63.

55 Grundmann (Fn. 17), S. 278.

56 Pechstein (Fn. 34), S. 256.

57 Vgl. Potacs (Fn. 13), S. 142 f.

bb) Protokollerklärungen der Kommission

Zweifel bestehen, ob Kommissionserklärungen wegen der untergeordneten Rolle der Kommission im Rechtsetzungsverfahren zur Auslegung herangezogen werden können: Die Kommission hat nur das Initiativrecht und die Möglichkeit, ihre Vorschläge zurückzuziehen; ihre Vorschläge können jedoch im Gesetzgebungsverfahren beliebig verändert werden.⁵⁸ Auch die fehlende Veröffentlichung der Kommissionserklärungen spricht gegen ihre Berücksichtigung beim Auslegungsprozess. Zwar ist gemäß Art. 11 der Geschäftsordnung der Kommission⁵⁹ über jede Sitzung der Kommission ein Protokoll anzufertigen, dennoch ist die Veröffentlichung der Protokolle durch die Geschäftsordnung nicht vorgesehen. Dass die Kommission die Protokolle trotz Fehlens einer rechtlichen Vorgabe veröffentlichen würde, ist nicht bekannt.⁶⁰ Aus diesen Gründen wird den Kommissionserklärungen bei der Auslegung entweder eine untergeordnete Bedeutung zugewiesen⁶¹, oder sie werden als Auslegungsmaterial ganz abgelehnt.⁶²

Eine abweichende Beurteilung könnte sich in den wenigen Fällen ergeben, in welchen der Kommission eigene Rechtsetzungskompetenzen zukommen.⁶³ Jedoch sieht die bereits erwähnte Geschäftsordnung der Kommission – im Gegensatz zur Geschäftsordnung des Rates – in Art. 11 keine Protokollerklärungen vor, die zur Auslegung herangezogen werden könnten.

Eine Berücksichtigung könnten mithin nur die Gemeinsamen Erklärungen von Rat und Kommission finden. Für sie gelten auch die oben für Ratsprotokollerklärungen entwickelten Kriterien. Eine Gemeinsame Erklärung wird erst am Ende des Legislativprozesses, zeitgleich mit dem Erlass des Rechtsaktes abgegeben, wobei der gesamte Erklärungsinhalt vom Willen des Legislativorgans Rat mitgetragen wird.⁶⁴ Wegen dieser besonderen Stellung müssten Gemeinsame Erklärungen weit größere Bedeutung haben als die Kommissionserklärungen. In der Tat werden sie häufig durch den Gerichtshof zur Auslegung verwendet.⁶⁵

cc) Mitgliedstaatliche Erklärungen

In die Ratsprotokolle können nach Art. 13 I 3. Spiegelstrich GO/MR auch Erklärungen von Ratsmitgliedern aufgenommen werden, welche von den Mitgliedstaaten re-

58 Grundmann/Riesenhuber (Fn. 33), S. 530.

59 Geschäftsordnung der Kommission v. 29. 11. 2000, Abl. 2000, Nr. L 308, S. 26 (29).

60 Grundmann (Fn. 17), S. 282.

61 Lutter (Fn. 44), S. 600; Grundmann (Fn. 17), S. 282.

62 Dreher, Ratsprotokollerklärungen, nationale und europäische Publizität und die Umsetzung von EG-Richtlinien, EuZW 1994, S. 743 (744); Pechstein (Fn. 34), S. 253.

63 In Betracht kämen hierbei z. B. Kommissionsverordnungen zur Ausgestaltung der Ausnahmeklausel in Art. 81 Abs. III EG (u. a. Kommissionsverordnungen 2658/2000, 2659/2000 (Abl. 2000, Nr. L 304, S. 3 ff. und 7 ff.) sowie 772/2004 (Abl. 2004, Nr. L 123, S. 11 ff.)).

64 Grundmann (Fn. 17), S. 282, Fn. 1285.

65 EuGH, Urt. v. 29. 4. 2004, Rs. C-106/01, Slg. 2004, I-4403 ff. – „Novartis Pharmaceuticals UK Ltd./The Medicines Control Agency“; EuGH, Urt. v. 24. 6. 2004, Rs. C-49/02, Slg. 2004, I-6129 ff. – „Heidelberger Bauchemie GmbH“; EuGH, Urt. v. 12. 2. 2004, Rs. C-218/01, Slg. 2004, I-1725 ff. – „Henkel KGaA“.

gelmäßig für Erklärungen mit (innen)politischer Richtung verwendet werden.⁶⁶ Die einzelnen mitgliedstaatlichen Erklärungen sind jedoch wegen der häufig fehlenden Übereinstimmung untereinander und der Schwierigkeit ihrer Systematisierung wenig als Auslegungsquelle geeignet.⁶⁷ Bereits aus diesen Gründen muss die Ansicht⁶⁸ abgelehnt werden, die die mitgliedstaatlichen Erklärungen, sofern sie unwidersprochen geblieben sind, heranziehen möchte. Unter Bezugnahme auf das Urteil in der Rechtssache „*Kommission/Dänemark*“⁶⁹ wird dann diese Argumentationsquelle von der herrschenden Auffassung generell abgelehnt.⁷⁰ Vorzugswürdig erscheint eine vermittelnde Ansicht, die klarstellt, dass der *EuGH* unter anderem im oben erwähnten Urteil die Heranziehung nur wegen eines Widerspruches zum Wortlaut verneint hatte, generell aber diese Texte zu berücksichtigen bereit ist.⁷¹ In den untersuchten Urteilen wurden keine Hinweise auf mitgliedstaatliche Erklärungen gefunden, so dass diese Materialien bei der Analyse der Urteile außer Betracht bleiben. Diese Tatsache dürfte allerdings für die eingeschränkte Relevanz der mitgliedstaatlichen Erklärungen sprechen.

dd) Stellungnahmen des Europäischen Parlaments

Von der Literatur bisher selten beachtet wurden die Stellungnahmen des Europäischen Parlaments, obwohl dieses Organ im regelmäßigen Fall des Mitentscheidungsverfahrens nach Art. 251 EG – dem Rat nahezu gleichgestellt – als Mitgesetzgeber tätig wird.⁷² Seinen Stellungnahmen könnte mithin entgegen der Annahme in der Literatur große Bedeutung bei der Auslegung zukommen.

Bei Maßnahmen, die aufgrund von Art. 94, 308 EG ergehen sollen, muss das Parlament lediglich angehört werden. Rückschlüsse aus den Anhörungen lassen sich ziehen, wenn der Rat den Rechtsakt in der vom Parlament gebilligten Fassung beschlossen hatte.⁷³

ee) Stellungnahmen des Wirtschaft- und Sozialausschusses

Schließlich wird in der Literatur diskutiert, ob die Texte dieses Ausschusses, der aus Vertretern des wirtschaftlichen und sozialen Lebens besteht (vgl. Art. 257 EG), herangezogen werden können oder nicht.⁷⁴ Macht der Rat als Legislativorgan die Vorschläge aus den Stellungnahmen zu seinen eigenen, so wird ein Rückgriff auf diese erlaubt sein.⁷⁵ Eine derartige Vorgehensweise bei der Auslegung ist jedoch rein theoretisch.

66 *Everling* (Fn. 32), S. 421.

67 Vgl. ähnliche Überlegungen zu mitgliedstaatlichen Erklärungen im Primärrecht, S. 98.

68 *Buck* (Fn. 16), S. 153.

69 *EuGH*, Urt. v. 30. 1. 1985, Rs. C-143/83, Slg. 1985, I-427 (436) – „*Kommission/Dänemark*“.

70 *Bleckmann* (Fn. 14), S. 1179; *Anweiler* (Fn. 15), S. 260 f.

71 *Müller/Christensen* (Fn. 10), S. 64 f.; *Schroeder*, Die Auslegung des EU-Rechts, JuS 2004, S. 180 (183).

72 *Herdegen*, Europarecht, 8. Auflage (2006), § 9 Rn. 69.

73 *Franzen* (Fn. 49), S. 452.

74 *Bejahend Franzen* (Fn. 49), S. 452; abl. *Lutter* (Fn. 44), S. 601.

75 Vgl. *Grundmann/Riesenhuber* (Fn. 33), S. 530.

tischer Natur, denn die Literatur gibt weder Beispiele aus der Rechtsprechung des *EuGH* für eine solche Auslegung, noch werden in den untersuchten 62 Urteilen und Schlussanträgen Stellungnahmen des Ausschusses erwähnt.

ff) Weitere Vorarbeiten

Vereinzelt werden noch weitere Vorarbeiten diskutiert. Es kommen dabei Kommissionsvorschläge zu Rechtsakten, insbesondere zu Richtlinien, und Berichte sowie Beschlüsse des Rates zu internationalen Übereinkommen in Betracht. Die wichtigsten Kriterien, Veröffentlichung und „Vorrang des Textes“⁷⁶, müssten hierbei genauso Anwendung finden.⁷⁷ Jedoch wird deren Verwendung durch den Gerichtshof in der Literatur als selten beschrieben.⁷⁸ Nach einer Analyse aller Urteile im Jahre 1999 wurden lediglich zweimal Argumente aus Kommissionsvorschlägen verwendet.⁷⁹ Begründet wird diese untergeordnete Rolle mit der Nichtveröffentlichung der Dokumente.⁸⁰ Kommissionsvorschläge werden jedoch im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht,⁸¹ so dass dieses Argument nicht greifen kann.

Ferner wird auf die Fülle des Materials hingewiesen, das sich als zu widersprüchlich und mehrdeutig erweist.⁸² Nichtsdestotrotz wurden bei den analysierten Urteilen gerade Kommissionsvorschläge häufig verwendet.⁸³

d) Zusammenfassung

Im Bereich des Primärrechts finden nach Auffassung des Gerichtshofes und der Literatur genetische Elemente – abgesehen von einzelnen Urteilen in den 50er Jahren – keine Berücksichtigung.

Auf der Ebene des Sekundärrechts kommen eine Reihe von Materialien verschiedener Organe und Gremien in Betracht, jedoch sind nicht alle gleich gewichtig. Den Protokollerklärungen des Rates bzw. den Gemeinsamen Erklärungen von Rat und Kommission müsste, da sie vom Legislativorgan Rat selbst erlassen und in der Mehrzahl veröffentlicht worden sind, eine größere Beachtung durch den Gerichtshof zukommen.

Eine intensivere Auseinandersetzung durch den *EuGH* mit den Stellungnahmen des Europäischen Parlaments ist angesichts der Tatsache, dass das Europäische Parlament Mitgesetzgeber im Verfahren nach Art. 251 EG ist, zu erwarten.

76 *Potacs* (Fn. 13), S. 142 f.

77 S. o. S. 101 f. und *Grundmann* (Fn. 17), S. 270 f.

78 *Grundmann* (Fn. 17) kommt zu diesem Ergebnis nach eingehender Analyse von Urteilen und Schlussanträgen aus den 70er und 80er Jahren, vgl. S. 271.

79 *Dederichs*, Die Methodik des *EuGH*, 2004, S. 113 f.

80 *Grundmann* (Fn. 17), S. 271.

81 Siehe die für die Urteilsanalyse relevanten Kommissionsvorschläge: Vorschlag einer ersten Richtlinie des Rates zur Angleichung des Markenrechts der Mitgliedstaaten v. 19. 11. 1980, Abl. 1980, C 351, S. 1 ff; Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den rechtlichen Schutz von Datenbanken v. 13. 5. 1992, Abl. 1992, C 156, S. 4 ff.

82 Ebd., S. 271.

83 Vgl. S. 112 ff.

Den Kommissionserklärungen, die durch nachfolgende Entwürfe wesentlich verändert werden können, gebührt eine eingeschränkte Relevanz; ihre Distanz zum endgültigen Gesetzgebungsakt ist zu groß. Den mitgliedstaatlichen Erklärungen sowie den Stellungnahmen des Wirtschafts- und Sozialausschusses kommt ebenfalls eine geringe Bedeutung zu. Da die mitgliedstaatlichen Erklärungen und die Stellungnahmen des Wirtschafts- und Sozialausschusses in den untersuchten Urteilen und Schlussanträgen vom *EuGH* nicht verwendet werden, bleiben diese Materialien im Weiteren außer Betracht. Abgesehen von diesen zwei, weniger relevanten Auslegungsquellen (mitgliedstaatliche Erklärungen und Stellungnahmen des Wirtschafts- und Sozialausschusses) ist bei der Urteilsanalyse auf die eben aufgestellten Prognosen hinsichtlich der Wichtigkeit der einzelnen Materialien zurückzukommen. Anhand der erfolgten Urteilsanalyse können dann die Prognosen auf ihre Richtigkeit überprüft werden.

2. Historisches Konkretisierungselement im Gemeinschaftsrecht

Im Gegensatz zur genetischen Konkretisierung bedeutet die historische Konkretisierung nicht eine Untersuchung der im Gesetzgebungsverfahren entstandenen Materialien, sondern eine Auseinandersetzung mit Vorgängervorschriften und der dazu entstandenen Dogmatik. Es ist jedoch fraglich, ob das Konzept der historischen Konkretisierung im Gemeinschaftsrecht dieselbe Relevanz aufweist wie im nationalen Recht. Im Bereich des Primärrechts lassen sich für die historische Konkretisierung wenige Beispiele aus der Rechtsprechung des *EuGH* finden.⁸⁴ Dies lässt sich mit dem jungen Charakter des Primärrechts erklären. Mit zunehmender Zeit ist jedoch eine vermehrte Verwendung von Vorgängervorschriften zu erwarten⁸⁵; die Akzeptanz durch den *EuGH* ist bereits jetzt zu erkennen.⁸⁶

Im Bereich des Sekundärrechts findet die historische Konkretisierung größere Anwendung. Die zunehmende Integration übt einen ständigen „Anpassungsdruck“ auf die rechtsetzenden Gemeinschaftsorgane aus, die legislativen Rahmenbedingungen mithilfe von Ergänzungen, Erweiterungen oder Einschränkungen den (neuen) Erfordernissen anzugleichen.⁸⁷ Die vorangegangenen Rechtsakte bilden somit ein geeignetes und notwendiges Mittel, Rückschlüsse auf die Vorstellung der Organe zu ziehen. Sie geben Aufschluss darüber, welche Mängel mit den neuen Rechtsakten beseitigt werden sollen und welche Regelungsziele damit verfolgt werden.

In der Literatur⁸⁸ werden zwei Urteile des Gerichtshofs aus den 60er Jahren, in denen zwei wesentliche Grundsätze im Zusammenhang mit Vorgängervorschriften

84 *EuGH*, Urt. v. 22. 6. 1999, Rs. C-412/97, Slg. 1999, I-3845 ff. (Rn. 15) – „*ED Srl/Italo Fenocchio*“.

85 Bestimmungen des EG-Vertrages können z. B. mit vormaligen Bestimmungen des EWG-Vertrages, die durch die Ersteren ersetzt wurden, verglichen werden.

86 Vgl. *EuGH*, Urt. v. 22. 6. 1999, Rs. C-412/97, Slg. 1999, I-3845 ff. (Rn. 16) – „*ED Srl/Italo Fenocchio*“; *Müller/Christensen* (Fn. 10), S. 62.

87 *Grundmann* (Fn. 17), S. 288 f.

88 *Potacs* (Fn. 13), S. 138 f.; *Anweiler* (Fn. 15), S. 255 ff.; *Grundmann* (Fn. 17), S. 289 ff.

formuliert wurden, angeführt: In der Rechtssache „*Klomp/Inspektion der Belastungen*“⁸⁹ wurde dargelegt, dass ein Verständnis zu einer früheren Rechtsnorm im Sinne gesetzgeberischer Kontinuität fortgeführt wird, solange nicht ein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers erkennbar ist. Die Rechtssache „*Simon/EuGH*“ besagt außerdem, dass auf einen entgegenstehenden Willen insbesondere aus einer erheblichen Abweichung in Wortlaut und Systematik zur vorangegangenen Rechtsvorschrift geschlossen werden kann.⁹⁰ Abgesehen von diesen beiden Urteilen ist eine weitergehende Auseinandersetzung der Literatur mit dem historischen Element in den Urteilen des *EuGH* nicht aufzufinden. Modifizierungen könnten sich allerdings aus den Analysen ergeben.

3. Verhältnis der historischen Auslegung zu anderen Auslegungsmethoden

Wie bereits dargestellt⁹¹ sind sich Literatur und Rechtsprechung darüber einig, dass sowohl die genetische als auch die historische Konkretisierung (zusammengefasst unter „historischer Auslegung“) auf primärrechtlicher Ebene keine Rolle spielen. Im sekundärrechtlichen Bereich wird der „historischen Auslegung“ insgesamt eine untergeordnete Rolle beigemessen.⁹² Eine weitergehende Ansicht beachtet sie eher als „Hilfsbegründung“ des teleologisch gefundenen Ergebnisses denn als „autonomen Begründungsstrang“.⁹³ Die Subsidiarität des historischen Elements gegenüber den anderen Elementen wird insbesondere mit dem – aus der nationalrechtlichen Methodenlehre bekannten⁹⁴ – „Versteinerungsargument“ erklärt: Eine historische Auslegung widerspreche der dynamischen Rechtsnatur des Gemeinschaftsrechts.⁹⁵ Dem steten Wandel der Tatsachen und der Wertvorstellung könne nur eine am objektiven Gesetzessinn orientierte Interpretation entsprechen.⁹⁶ Auf die Frage der Methodenhierarchie und die Frage, inwieweit das Versteinerungsargument als Einwand gelten kann, ist nach der Auswertung der Urteile zurückzukommen.

89 *EuGH*, Urt. v. 25. 2. 1969, Rs. C-23/68, Slg. 1969, I-43, 51 – „*Klomp/Inspektion der Belastungen*“.

90 *EuGH*, Urt. v. 1. 06. 1961, Rs. C-15/60, Slg. 1961, I-239, 261 – „*Simon/EuGH*“.

91 Vgl. S. 100.

92 *Anweiler* (Fn. 15), S. 384 ff.

93 *Lutter* (Fn. 44), S. 599.

94 Vgl. *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage (2005), S. 116.

95 *Gaitanides*, in: *v. d. Groeben/Schwarze*, 6. Auflage (2004), Art. 220 Rn. 57.

96 *Schwarze*, in: *Schwarze*, 2000, Art. 220, Rn. 28.

III. Die historische Auslegung in den Urteilen des EuGH und in den Schlussanträgen der Generalanwälte

1. Genetische Konkretisierung

a) Keine Auslegung von Primärrecht

In den untersuchten Urteilen aus dem Jahre 2004 auf dem Gebiet der „Rechtsangleichung“ wird Primärrecht nicht ausgelegt. Dies lässt sich aus dem Umstand erklären, dass sich die Untersuchung auf den Bereich der „Rechtsangleichung“ beschränkt, welche ein Tätigwerden der Gemeinschaft durch sekundärrechtliche Normen voraussetzt. Zwar ergeben sich die Angleichungsmöglichkeiten der Gemeinschaft aus der Rechtsetzungskompetenz,⁹⁷ geregelt im EG-Vertrag, doch waren Auslegungsgegenstand der Urteile Richtlinien als „Standardmittel“ der Rechtsangleichung. Anhand der Schlussanträge und Urteile kann somit keine Aussage über die Auslegung des Primärrechts getroffen werden. Dafür lassen sich umso detailliertere Feststellungen über die historische Auslegung im Sekundärrecht treffen.

b) Sekundärrecht

aa) Protokollerklärungen des Rates sowie Gemeinsame Erklärungen des Rates und der Kommission

In den Urteilen und Schlussanträgen aus dem Jahre 2004 werden zur Auslegung von Richtlinien in drei Rechtssachen Gemeinsame Erklärungen von Rat und Kommission herangezogen.

In der Rechtssache *„Novartis Pharmaceuticals UK Ltd./The Medicines Control Agency“*⁹⁸ beruft sich der Gerichtshof in Rn. 33 bei der kurzen Begründung zur vierten Vorlagefrage auf das Auslegungsergebnis aus dem Urteil *„Generics Ltd./The Medicines Control Agency“*⁹⁹: Dort wurde ebenfalls eine Frage an den Gerichtshof im Zusammenhang mit Art. 4 II S. 8 lit. a lit. i der geänderten Richtlinie 65/65/EWG¹⁰⁰ gestellt. Die Bestimmung sieht ein für die Genehmigung von Arzneimitteln abgekürztes Verfahren vor mitgliedstaatlichen Behörden vor, wenn das zu genehmigende Arzneimittel einem bereits zugelassenen Erzeugnis *im Wesentlichen gleicht*.¹⁰¹ Die Kriterien für die wesentliche Gleichheit hat der Gerichtshof damals dem Rats-

97 Vgl. *Streinz*, Europarecht, 7. Auflage (2005), Rn. 918 ff.; *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Auflage (2003), Rn. 154 ff.

98 *EuGH*, Urt. v. 29. 4. 2004, Rs. C-106/01, Slg. 2004, I-4403 ff. – *„Novartis Pharmaceuticals UK Ltd./The Medicines Control Agency“*.

99 *EuGH*, Urt. v. 3. 12. 1998, Rs. C-368/96, Slg. 1998, I-7967 ff. – *„Generics Ltd./The Medicines Control Agency“*.

100 Richtlinie 87/21/EWG des Rates v. 22. 12. 1986 zur Änderung der Richtlinie 65/65/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über Arzneispezialitäten, Abl. 1987, Nr. L 15, S. 36 f.

101 Hervorhebung nur hier.

protokoll der Tagung, in der die Änderungsrichtlinie¹⁰² angenommen wurde, entnommen.¹⁰³

Zwar macht der *EuGH* im Urteil zur Rechtssache „*Novartis Pharmaceuticals UK Ltd./The Medicines Control Agency*“ keine weiteren Ausführungen mehr zu diesen Kriterien; aus dem Schlussantrag des Generalanwalts *Jacobs*¹⁰⁴ wird jedoch ersichtlich, dass im Verfahren die Kriterien nicht unumstritten waren. Aus diesem Grunde legt der Generalanwalt das Ratsprotokoll in Rn. 74 erneut aus, um dann das Auslegungsergebnis des Urteils „*Generics Ltd./The Medicines Control Agency*“ bzw. die ermittelten Kriterien aus dem Ratsprotokoll zu bestätigen.

Des Weiteren ist zu bemerken, dass der Gerichtshof bei der Heranziehung der Protokollerklärungen unter Berücksichtigung des Grundsatzes „Vorrang des Textes“¹⁰⁵ vorgeht.¹⁰⁶ Der Gerichtshof verwendet das Protokoll, weil dieses Ausdruck in der fraglichen Bestimmung gefunden hat. Hierzu korrespondierend lehnt der *EuGH* in der Rechtssache „*Heidelberger Bauchemie*“¹⁰⁷ die Verwendung einer Gemeinsamen Erklärung¹⁰⁸ ab, weil die Aussage, die Rat und Kommission treffen, keinen Eingang in die Markenrichtlinie¹⁰⁹ gefunden habe. Der Gerichtshof schreibt der Gemeinsamen Erklärung keine rechtliche Bedeutung zu und legt deswegen die Markenrichtlinie im Folgenden unabhängig von der in der Erklärung zum Ausdruck gekommenen Meinung der beiden Organe aus.

Obwohl in einer anderen Bestimmung der Markenrichtlinie auch nicht Bezug auf diese Erklärung genommen wird, wird sie in der Rechtssache „*Henkel KGaA*“¹¹⁰ von Generalanwalt *Ruiz-Jarabo Colomer* zur Bestätigung seines Auslegungsergebnisses zitiert, wobei die fehlende rechtliche Bindungswirkung betont wird.

Aus den eben beschriebenen Rechtssachen wird deutlich, dass der Gerichtshof die Gemeinsamen Erklärungen als Auslegungsmittel anerkennt, aber am Erfordernis des

102 Richtlinie 87/21/EWG des Rates v. 22. 12. 1986 zur Änderung der Richtlinie 65/65/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über Arzneispezialitäten, Abl. 1987, Nr. L 15, S. 36 f.

103 *EuGH*, Urt. v. 3. 12. 1998, Rs. C-368/96, Slg. 1998, I-7967 ff. (Rn. 27 ff.) – „*Generics Ltd./The Medicines Control Agency*“.

104 *EuGH*, Schlussantrag v. 23. 1. 2003, Rs. C-106/01 – „*Novartis Pharmaceuticals UK Ltd./The Medicines Control Agency*“.

105 Der Gerichtshof beruft sich auf das Grundsatzurteil „*The Queen/Antonissen*“ (*EuGH*, Urt. v. 26. 2. 1991, Rs. C- 292/89, Slg. 1991, I-745, 778 f.) sowie die nachfolgende, gefestigte Rechtsprechung.

106 *EuGH*, Urt. v. 3. 12. 1998, Rs. C-368/96, Slg. 1998, I-7967 ff. (Rn. 25 f.) – „*Generics Ltd./The Medicines Control Agency*“.

107 *EuGH*, Urt. v. 24. 6. 2004, Rs. C-49/02, Slg. 2004, I-6129 ff. (Rn. 16 ff.) – „*Heidelberger Bauchemie GmbH*“.

108 Gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission zur Ersten Markenrichtlinie, HABM 1996, Vol. 5, S. 605 ff.

109 Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates v. 21. 12. 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken; Abl. 1989, Nr. L 40, S. 1 ff.

110 *EuGH*, Urt. v. 12. 2. 2004, Rs. C-218/01, Slg. 2004, I-1725 ff. (Rn. 16) – „*Henkel KGaA*“.

„Vorrangs des Textes“¹¹¹ festhält. Findet eine Erklärung im Normtext keinen Ausdruck, kann ihr immerhin eine Bestätigungsfunktion zukommen. Im Lichte dieses Ergebnisses muss der Meinung in der Literatur, welche mit Hinweis auf das Urteil „*The Queen/Antonissen*“¹¹² eine Heranziehung der Ratsprotokolle generell ablehnen will,¹¹³ widersprochen werden: eine solche Haltung des Gerichtshofs lässt sich aus den Urteilen heraus nicht begründen. Der Gerichtshof betont zwar, dass die Erklärungen keine rechtliche Bindungswirkung entfalten können, er benutzt sie aber, soweit der „Vorrang des Textes“¹¹⁴ gewahrt ist, als eigenständiges Auslegungsmittel.¹¹⁵ In den untersuchten 43 Rechtssachen wird nur in drei Rechtssachen auf die Protokolle eingegangen; die Einstufung als untergeordnetes Kriterium¹¹⁶ kann demnach bestätigt werden.

Es ist fraglich, ob die Veröffentlichungspflicht, welche von der Literatur als Hauptkriterium angesehen wird, auch für den *EuGH* eine solche Bedeutung hat. Auf der einen Seite wurde die Gemeinsame Erklärung zur Markenrichtlinie veröffentlicht,¹¹⁷ worauf sich auch das Gericht beruft.¹¹⁸ Auf der anderen Seite werden jedoch zur Gemeinsamen Erklärung zur Richtlinie 87/21/EWG, die in den Rechtssachen „*Generics Ltd./The Medicines Control Agency*“ und „*Novartis Pharmaceuticals UK Ltd./The Medicines Control Agency*“¹¹⁹ als Auslegungsgrundlage dient, keine Quellenangaben genannt. Dies deutet auf eine Nichtveröffentlichung hin.¹²⁰

bb) Stellungnahmen des Europäischen Parlaments

Der Vermutung, den Stellungnahmen des Europäischen Parlaments sei wegen ihrer zentralen Stellung im Gesetzgebungsverfahren nach Art. 251 EG eine große Bedeutung beizumessen,¹²¹ stehen die Urteile des *EuGH* gegenüber, in denen lediglich ein einziges Mal eine Stellungnahme des Europäischen Parlaments (Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Richtlinie über den rechtlichen

111 *Potacs* (Fn. 13), S. 142 f.

112 *EuGH*, Urt. v. 26. 2. 1991, Rs. C-292/89, Slg. 1991, I-745, 778 f. – „*The Queen/Antonissen*“.

113 Vgl. o. S. 101.

114 *Potacs* (Fn. 13), S. 142 f.

115 Anderer Ansicht ist *Anweiler* (Fn. 15), S. 260, der den Erklärungen eine bloße Bestätigungsfunktion einräumt.

116 *Karl* (Fn. 51), S. 596.

117 Gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission zur Ersten Markenrichtlinie, HABM 1996, Vol. 5, S. 605 ff.

118 *EuGH*, Urt. v. 24. 6. 2004, Rs. C-49/02, Slg. 2004, I-6129 ff. (Rn. 16) – „*Heidelberger Bauchemie GmbH*“; *EuGH*, Urt. v. 12. 2. 2004, Rs. C-218/01, Slg. 2004, I-1725 ff. (Rn. 24) – „*Henkel KGaA*“.

119 *EuGH*, Urt. v. 3. 12. 1998, Rs. C-368/96, Slg. 1998, I-7967 ff. – „*Generics Ltd./The Medicines Control Agency*“; *EuGH*, Urt. v. 29. 4. 2004, Rs. C-106/01, Slg. 2004, I-4403 ff. – „*Novartis Pharmaceuticals UK Ltd./The Medicines Control Agency*“.

120 Der Autor konnte eine Veröffentlichung der Gemeinsamen Erklärung nicht auffinden.

121 *Fairhurst/Vincenzi*, Law of the European Community, 4. Auflage (2003), S. 85 f.

Schutz von Datenbanken¹²²) erwähnt wird. In der Rechtssache „*Fixtures Marketing Ltd/OPAP*“¹²³ wird bei der Auslegung des Begriffes „Datenbank“ in Art. 1 II der Datenbankrichtlinie¹²⁴ ein Umkehrschluss aus dieser Stellungnahme gewonnen, da ein dort vorgeschlagenes Merkmal der „Datenbank“ von der endgültigen Fassung nicht mehr vorausgesetzt wird. In Anbetracht der Tatsache, dass die Stellungnahmen veröffentlicht werden, ist eine zukünftige, verstärkte Auseinandersetzung des *EuGH* mit dieser Interpretationsquelle erwünschenswert.

cc) Vorarbeiten zu den Richtlinien

In den insgesamt 62 untersuchten Urteilen und Schlussanträgen aus dem Jahre 2004 werden 17 Mal¹²⁵ diverse Kommissionsvorschläge und ein Gemeinsamer Standpunkt des Rates zur Auslegung herangezogen. Diese Zahl, die die Kommissionsmitteilungen¹²⁶ außer Betracht lässt, übersteigt wesentlich das Ergebnis der Untersuchung aus dem Jahre 1999,¹²⁷ die sich auf sämtliche Urteile des *EuGH* erstreckte. Auch in qualitativer Hinsicht kommt den Vorarbeiten, wie sich zeigen wird, eine bedeutende Rolle zu.

In den Urteilen werden Kommissionsvorschläge zu den einzelnen Richtlinien und ein Gemeinsamer Standpunkt des Rates¹²⁸ aus dem Gesetzgebungsverfahren hinzugezogen.

(1) Richtlinienvorschläge

In den endgültigen Fassungen der einzelnen Richtlinien wird des Öfteren von zusätzlichen Tatbestandsmerkmalen, welche von der Kommission vorgeschlagen wurden, abgesehen. Dadurch werden die jeweiligen Tatbestände der Richtlinien ausgeweitet. Aus diesem Grunde eignen sich die Richtlinienvorschläge der Kommission gerade dazu, den erweiterten Geltungsbereich der in Frage stehenden Richtlinie zu belegen.¹²⁹ Daneben vergleicht der *EuGH* Kommissionsvorschläge mit ihren später geänderten Fassungen, um daraus Rückschlüsse für das Verständnis der Richtlinie zu

122 Legislative Entschließung mit der Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den rechtlichen Schutz von Datenbanken v. 23. 6. 1993, Abl. 1993, Nr. C 194, S. 144 ff.

123 *EuGH*, Urt. v. 9. 11. 2004, Rs. C-444/02, Slg. 2004, I-10549 ff. (Rn. 24) – „*Fixtures Marketing Ltd/OPAP*“.

124 Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11. 3. 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, Abl. 1996, Nr. L 77, S. 20 ff.

125 Wenn die identischen Argumente aus verbundenen Rechtssachen doppelt berücksichtigt werden, verwendet der *EuGH* 21 Mal diese Interpretationsquelle.

126 Vgl. S. 116 f..

127 Vgl. mit S. 106, Fn. 79.

128 Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 20/95 vom Rat v. 10. 7. 1995; Abl. 1995 Nr. C 288, S. 14 ff.

129 Vgl. z. B. *EuGH*, Schlussantrag, v. 10. 7. 2003, Rs. C-100/02, Slg. 2004, I-691 ff. (Rn. 26) – „*Gerolsteiner Brunnen GmbH/Putsch GmbH*“; *EuGH*, Schlussantrag v. 9. 12. 2004, Rs. C-228/03 (Rn. 37) – „*The Gillette Company/LA-Laboratoires Ltd.*“.

gewinnen.¹³⁰ Im Folgenden sollen anhand von zwei Rechtssachen Beispiele für beide Vorgehensweisen gegeben werden.

Im Schlussantrag vom 10. 7. 2003 zur Rechtssache „*Gerolsteiner Brunnen GmbH/Putsch GmbH*“¹³¹ argumentiert Generalanwältin *Stix-Hackl* zur ersten Vorlagefrage, in der es um die Auslegung des Art. 6 I lit. b der Markenrichtlinie¹³² geht, mit allen vier klassischen Auslegungsmethoden, wobei die Entstehungsgeschichte in Rn. 40 der Wortlautinterpretation folgt. Dabei stützt sich die Generalanwältin auf die unterschiedlichen Formulierungen des ersten Richtlinienvorschlags¹³³ und der geänderten Fassung¹³⁴: Während nach dem ersten Richtlinienvorschlag eine *markenmäßige* Verwendung der in Art. 6 I lit. b Markenrichtlinie angeführten Angaben durch einen Dritten noch nicht erfasst sein sollte, wurde beim geänderten Vorschlag auf eine Unterscheidung zwischen *markenmäßiger* oder *nicht markenmäßiger* Benutzung verzichtet. Gemäß der Ansicht der Generalanwältin sollte Art. 6 I lit. b Markenrichtlinie folglich „nach dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers“¹³⁵ auch auf die *markenmäßige* Benutzung Anwendung finden.

Bei der ersten Vorlagefrage bezieht sich dann der *EuGH* in seinem Urteil vom 7. 1. 2004 auch auf diese Erweiterung des Geltungsbereiches von Art. 6 I lit. b der Markenrichtlinie.¹³⁶

Die gleiche Vorgehensweise ist in den Schlussanträgen zur Rechtssache „*The Gillette Company/LA-Laboratoires Ltd.*“¹³⁷ sowie im Urteil zur Rechtssache „*The British Horseracing Board Ltd./William Hill Organization Ltd.*“¹³⁸ vorzufinden.

In der Rechtssache „*Fixtures Marketing Ltd./OPAP*“¹³⁹ benutzen Generalanwältin *Stix-Hackl* und der Gerichtshof die historische Auslegung an mehreren Stellen. Zur Bestimmung dessen, was von dem im Art. 10 III der Datenbankrichtlinie¹⁴⁰ normier-

130 Vgl. *EuGH*, Ur. v. 9. 11. 2004, Rs. C-444/02, Slg. 2004, I-10549 ff. – „*Fixtures Marketing Ltd./OPAP*“.

131 *EuGH*, Ur. v. 7. 01. 2004, Rs. C-100/02, Slg. 2004, I-691 ff. – „*Gerolsteiner Brunnen GmbH/Putsch GmbH*“.

132 Siehe Fn. 109.

133 Vorschlag einer ersten Richtlinie des Rates zur Angleichung des Markenrechts der Mitgliedstaaten v. 19. 11. 1980, Abl. 1980, C 351, S. 1 ff.

134 Geänderter Vorschlag einer ersten Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken v. 17. 12. 1985, Abl. 1985, C 351, S. 4.

135 *EuGH*, Schlussantrag, v. 10. 7. 2003, Rs. C-100/02, Slg. 2004, I-691 ff. (Rn. 26) – „*Gerolsteiner Brunnen GmbH/Putsch GmbH*“.

136 *EuGH*, Ur. v. 7. 01. 2004, Rs. C-100/02, Slg. 2004, I-691 ff. (Rn. 14 f.) – „*Gerolsteiner Brunnen GmbH/Putsch GmbH*“.

137 *EuGH*, Schlussantrag v. 9. 12. 2004, Rs. C-228/03 (Rn. 37) – „*The Gillette Company/LA-Laboratoires Ltd.*“.

138 *EuGH*, Ur. v. 9. 11. 2004, Rs. C-203/02, Slg. 2004, I-10415 ff. (Rn. 48) – „*The British Horseracing Board Ltd./William Hill Organization Ltd.*“.

139 *EuGH*, Ur. v. 9. 11. 2004, Rs. C-444/02, Slg. 2004, I-10549 ff. – „*Fixtures Marketing Ltd./OPAP*“.

140 S. Fn. 124.

ten Schutzrecht umfasst wird, wird der Kommissionsvorschlag¹⁴¹ in Rn. 171 des Schlussantrages herangezogen. Es stellt sich die Frage, welche Version einer dynamischen Datenbank, d. h. einer Datenbank, die laufend angepasst wird, Gegenstand des Schutzrechts ist. Im Gegensatz zum ursprünglichen Vorschlag wird im geänderten Vorschlag¹⁴² klargestellt, dass immer nur das Ergebnis, d. h. die neue und nicht mehr die alte Datenbank, geschützt wird. Das Schutzrecht wird wegen dieser Begrenzung auf die letzte Version auch als ein Schutzrecht *sui generis* bezeichnet.¹⁴³

Im korrespondierenden Urteil wird der erste Kommissionsvorschlag abermals herangezogen, allerdings im Zusammenhang mit Art. 1 II der Richtlinie.¹⁴⁴ Da in der endgültigen Fassung der Richtlinie im Vergleich zum Kommissionsvorschlag auf eine zusätzliche Differenzierung verzichtet wurde, die den Tatbestand eingeengt hätte, konnte aus dem Vergleich mit dem Kommissionsvorschlag ein Rückschluss auf den erweiterten Anwendungsbereich der Richtlinie gezogen werden.

Im Gegensatz zu den bisher erwähnten Beispielen, in welchen der historischen Auslegung eine eigenständige Bedeutung zukam, gibt es gleichwohl Fälle, in denen das Auslegungsergebnis mithilfe einer systematisch-teleologischen Auslegung ermittelt wird und der historischen Auslegung nur eine das bereits gefundene Auslegungsergebnis zusätzlich unterstützende Funktion zukommt. Darüber hinaus gibt es Fälle, in denen die historischen Materialien keinen Aufschluss über die Auslegung der fraglichen Norm ergeben und sie folglich ganz aus der Betrachtung ausscheiden.

In diesem Sinne erwähnt Generalanwalt Léger im Schlussantrag zur Rechtssache „*Björnekulla Fruktindustrier AB/Procordia Food AB*“¹⁴⁵, dass die Materialien nichts für die genaue Bestimmung des Wortlauts der auszuliegenden Vorschrift hergäben und geht hiernach zu einem Vergleich der verschiedenen Sprachfassungen über.

Eine lediglich unterstützende Funktion hat das aus einem Richtlinienvorschlag gewonnene Argument im Schlussantrag zur Rechtssache „*Anklagemyndigheden/Knud Grøngaard*“.¹⁴⁶ Auslegungsgegenstand ist hier Art. 3 lit. a der Richtlinie 89/592/EWG.¹⁴⁷ Der erste Auslegungspunkt betrifft die Rolle des in der Richtlinie normierten Weitergabeverbots. Zunächst erfolgt eine teleologisch-systematische, einschrän-

141 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den rechtlichen Schutz von Datenbanken v. 13. 5. 1992, Abl. 1992, C 156, S. 4 ff.

142 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Datenbanken, Abl. 1993, C 308, S. 1.

143 *EuGH*, Schlussantrag v. 8. 06. 2004, Rs. C-444/02, Slg. 2004, I-10549 ff. (Rn. 171) – „*Fixtures Marketing Lt/OPAP*“.

144 *EuGH*, Urt. v. 9. 11. 2004, Rs. C-444/02, Slg. 2004, I-10549 ff. (Rn. 22) – „*Fixtures Marketing Ltd/OPAP*“.

145 *EuGH*, Schlussantrag v. 13. 11. 2003, Rs. C-371/02, Slg. 2004, I-5791 ff. (Rn. 31 f.) – „*Björnekulla Fruktindustrier AB/Procordia Food AB*“.

146 *EuGH*, Schlussantrag v. 25. 5. 2004, Rs. C-384/02 – „*Anklagemyndigheden/Knud Grøngaard*“.

147 Richtlinie 89/592/EWG des Rates v. 13. 11. 1989 zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte, Abl. 1989, Nr. L, 334, S. 30 ff.

kende Auslegung von Ausnahmen des Weitergabeverbots (Rn. 27–30). Hiernach werden die Bemerkungen einzelner Beteiligter aufgegriffen (Rn. 31), die sich unter Bezugnahme auf den Richtlinienvorschlag ebenfalls für ein enges Verständnis der Ausnahme aussprechen. In diesem Zusammenhang meint Generalanwalt *Maduro* in Rn. 33:

„Es ist zutreffend, dass Vorarbeiten kein allgemeiner Maßstab entnommen werden kann, da sie nur die wörtliche Bedeutung der fraglichen Bestimmung bestätigen können. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass die zitierten Vorarbeiten im vorliegenden Fall nicht veröffentlicht wurden, was gegen ihre Verwendung bei der Auslegung der Richtlinie spricht. (...) Die Vorarbeiten bieten gleichwohl eine zusätzliche Stütze dafür, dass eine einschränkende Auslegung der Ausnahme vom Weitergabeverbot angemessen ist.“

Eine Gesamtschau aller Urteile und Schlussanträge, in denen Richtlinienvorschläge zur genetischen Konkretisierung verwendet werden, ergibt ein differenziertes Bild. Richtlinienvorschläge können, wie der Generalanwalt übereinstimmend mit der Literatur in eben zitiertem Schlussantrag feststellt, grundsätzlich nur dann als Begründungsstrang verwendet werden, wenn der „Vorrang des Textes“ und das „Veröffentlichungskriterium“ gewahrt werden.¹⁴⁸

Der Äußerung des Generalanwalts, dass Vorarbeiten keinen „allgemeinen Maßstab“ für die Auslegung bilden können, kann zugestimmt werden, denn sie entfalten keine rechtsverbindliche Wirkung. Vorarbeiten sind nicht Bestandteil der Norm und können deshalb auch nicht dieselbe normative Bindungskraft aufweisen wie die Norm selbst. Einen „absoluten“ Maßstab bilden somit die Vorarbeiten für die Auslegung nicht, sie können jedoch eine wichtige Erkenntnisquelle für das Verständnis der Norm sein, wie das die Beispiele unter (a) und (b) gezeigt haben. Wo der Wortlaut mehrere Interpretationsmöglichkeiten zulässt, kann anhand eines Vergleiches der Ersten Richtlinienvorschläge und späterer Fassungen die richtige Auslegung festgelegt werden.

Im Lichte dieses Ergebnisses ist die Meinung von Generalanwalt *Maduro* in eben zitiertem Schlussantrag missverständlich. Mit der Behauptung, die Vorarbeiten könnten den Wortlaut „nur (...) bestätigen“, lässt er die – falsche – Vermutung zu, Vorarbeiten könnten alleine dazu verwendet werden, ein bereits mit anderen Auslegungsmethoden gefundenes Ergebnis zusätzlich zu unterstützen. Die Beispiele unter (a) und (b) widerlegen jedoch diese Vermutung, da dort Richtlinientatbestände mithilfe der jeweils einschlägigen Richtlinienvorschläge ausgelegt wurden.

Der Ansicht der Literatur, dass der Gerichtshof diese Art von Vorarbeiten selten verwendet,¹⁴⁹ kann somit nicht zugestimmt werden. Zwar ergeben sich Fälle,¹⁵⁰ in denen sich aus den Materialien kein eindeutiges Argument ergibt, in der Mehrzahl aber erweisen sich die Richtlinienvorschläge für die Auslegung als sehr nützlich.

148 S. o. S. 106.

149 Vgl. o. mit S. 106, Fn. 78, 79.

150 Vgl. *EuGH*, Schlussantrag v. 13. 11. 2003, Rs. C-371/02, Slg. 2004, I-5791 ff. (Rn. 31 f.) – „*Björnekulla Fruktindustrier AB/Procordia Food AB*“.

(2) Gemeinsamer Standpunkt des Rates

In den Urteilen und Schlussanträgen, in denen die Datenbankrichtlinie¹⁵¹ ausgelegt wird, findet mehrfach der Gemeinsame Standpunkt des Rates¹⁵², auf welchen man sich im Verlauf des Mitentscheidungsverfahrens nach Art. 251 Abs. 2 Uabs. 2, 3. Spiegelstrich EG mit qualifizierter Mehrheit geeinigt hatte, Anwendung.

Die Rechtssache „*Fixtures Marketing Ltd/ Oy Veikkaus Ab*“¹⁵³ – und das parallele Verfahren¹⁵⁴ – haben das Schutzrecht sui generis von Datenbanken zum Gegenstand. Die beiden Schlussanträge der Generalanwältin *Stix-Hackl* überschneiden sich in Formulierung und Argumentationsweise weitgehend; deswegen ist nur auf den ersten einzugehen. Zur Auslegung des Begriffes „wesentliche Investition“ in Art. 7 I der Richtlinie, die eine Voraussetzung des Schutzrechts bildet, wird in Rn. 45 die Begründung des Rates zum Gemeinsamen Standpunkt hinzugezogen. Nach dieser Vorschrift sollten Investitionen zur Erfassung und Zusammenstellung einer Datenbank erfasst werden.

Als Ausgangspunkt zur Bestimmung des Inhalts des Schutzrechts wird in Rn. 73 – anhand des Gemeinsamen Standpunktes – an die gesetzgeberische Absicht zur Schaffung eines neuen Schutzrechts im Gegensatz zu einer bloßen Rechtsangleichung erinnert. Weiterhin wird in den Rn. 87 und 106 auf das Rechtsetzungsverfahren verwiesen, in dem der Gemeinsame Standpunkt zum einen die Legaldefinition zum „wesentlichen Teil des Inhalts einer Datenbank“ und zum anderen die Erteilung von Zwangslizenzen nicht mehr vorsah. Im Schlussantrag zum parallel anhängigen Verfahren C-444/02 wird in Rn. 167 darüber hinaus hervorgehoben, dass nach dem Gemeinsamen Standpunkt die in Art. 10 III der Richtlinie festgelegte Schutzdauer die aus einer Neuinvestition hervorgegangene Datenbank schützen soll.

Im Urteil zur parallelen Rechtssache „*The British Horseracing Board Ltd./William Hill Organization Ltd.*“¹⁵⁵ wird auch auf den Gemeinsamen Standpunkt zur Datenbankrichtlinie Bezug genommen, in dem festgestellt wird, dass der Zweck von Art. 7 V Datenbankrichtlinie ist, eine Umgehung des Verbots in Art. 7 I zu verhindern.

Es bleibt festzuhalten, dass in den untersuchten Rechtssachen nur der Gemeinsame Standpunkt des Rates zur Datenbankrichtlinie verwendet wird. Dieser findet jedoch in den einschlägigen Verfahren häufige Verwendung. Demgegenüber wird in der Literatur dieses Material aus dem Gesetzgebungsverfahren nicht erwähnt.

(3) Mitteilungen der Kommission

Berücksichtigung finden bei der Auslegung der Richtlinien auch Mitteilungen der Kommission. Diese Mitteilungen finden allein in technisch komplexen Bereichen An-

151 S. Fn. 124.

152 S. Fn. 128.

153 *EuGH*, Schlussantrag v. 8. 06. 2004, Rs. C-46/02, Slg. 2004, I-10365 ff. – „*Fixtures Marketing Ltd/ Oy Veikkaus Ab*“.

154 *EuGH*, Schlussantrag v. 8. 06. 2004, Rs. C-444/02, Slg. 2004, I-10549 ff. – „*Fixtures Marketing Ltd/OPAP*“.

155 *EuGH*, Urt. v. 9. 11. 2004, Rs. C-203/02, Slg. 2004, I-10415ff. (Rn. 85) – „*The British Horseracing Board Ltd./William Hill Organization Ltd.*“.

wendung. Im Schlussantrag zur Rechtssache „*Approved Prescription Services Ltd./Licensing Authority*“¹⁵⁶ stellt Generalanwalt *Jacobs* fest, dass eine Mitteilung der Kommission nicht rechtsverbindlich ist (Rn. 16, 70). Ihr komme allerdings bei der Auslegung wegen der darin enthaltenen übereinstimmenden Auffassung der Kommission und der zuständigen mitgliedstaatlichen Behörden „ein gewisses Gewicht“ zu (Rn. 70). Der Gerichtshof sieht in der Mitteilung eine Bestätigung des vorher gefundenen Auslegungsergebnisses (Rn. 27). Die gleiche Vorgehensweise ist im Urteil zur Rechtssache „*Novartis Pharmaceuticals UK Ltd./The Medicines Control Agency*“¹⁵⁷ anzutreffen; ferner werden im Schlussantrag zur Rechtssache „*Deutschland/ISIS Multimedia Net*“¹⁵⁸ Mitteilungen verwendet.

Es bleibt festzuhalten, dass Mitteilungen zur Auslegung herangezogen werden. Es muss jedoch beachtet werden, dass ihre Relevanz – und dies betont auch der Gerichtshof – bei der Auslegung sehr eingeschränkt ist, weil sie erstens nicht den Standpunkt der Legislativorgane enthalten und zweitens teilweise erst nach dem Erlass der Richtlinie herausgegeben wurden. Kommissionsmitteilungen können somit lediglich dazu verwendet werden, ein bereits ermitteltes Auslegungsergebnis zu bestätigen.

(4) Zwischenbilanz

Solange den Richtlinienvorschlägen und Gemeinsamen Standpunkten des Rates ein größeres Gewicht bei der Auslegung zuteil wird und ihnen auch eigenständige Argumente entnommen werden, werden die Kommissionsmitteilungen untergeordnet berücksichtigt.

2. Historische Konkretisierung

a) Vorgängervorschriften

Historische Konkretisierung im „klassischen Sinn“ anhand von Vorgängervorschriften lässt sich in den Rechtssachen nicht finden; es soll aber auf drei interessante Fallgestaltungen hingewiesen werden, in denen Elemente aus dem Bereich der historischen Auslegung verwendet werden.

aa) Die Rechtssachen „*Fixtures Marketing Ltd/OPAP*“¹⁵⁹ und „*Fixtures Marketing Ltd/Oy Veikkaus Ab*“¹⁶⁰ weisen weitgehend identische Auslegungsprobleme und mithin identische Ausführungen auf, so dass nachfolgend nur der erste Schlussantrag behandelt wird. In diesem wird zunächst in Rn. 49 festgestellt, dass das Schutzrecht

156 *EuGH*, Schlussantrag v. 8. 07. 2004, Rs. C-36/03, Slg. 2004, I-11583 ff. – „*Approved Prescription Services Ltd./Licensing Authority*“.

157 *EuGH*, Urt. v. 29. 4. 2004, Rs. C-106/01, Slg. 2004, I-4403 ff. (Rn. 53) – „*Novartis Pharmaceuticals UK Ltd./The Medicines Control Agency*“.

158 *EuGH*, Schlussantrag v. 9. 12. 2004, verbundene Rs. C-327/03, C-328/03, (Rn. 30) – „*Deutschland/ISIS Multimedia Net GmbH*“.

159 *EuGH*, Schlussantrag v. 8. 06. 2004, Rs. C-444/02, Slg. 2004, I-10549 ff. – „*Fixtures Marketing Ltd/OPAP*“.

160 *EuGH*, Schlussantrag v. 8. 06. 2004, Rs. C-46/02, Slg. 2004, I-10365 ff. – „*Fixtures Marketing Ltd/ Oy Veikkaus Ab*“.

sui generis in Art. 7 der Datenbankrichtlinie¹⁶¹ mitgliedstaatlichem Recht entstamme, dieser Umstand jedoch nicht zu einer Auslegung nach dem jeweiligen nationalrechtlichen Verständnis führen dürfe. Der Grundsatz der autonomen gemeinschaftrechtlichen Begriffsauslegung¹⁶² kommt hier deutlich zum Vorschein.

bb) Bei der Auslegung des Begriffes „Datenbank“ (Rn. 31 f.) sowie bei der Auslegung des Schutzrechts betreffend eine Datenbank (Art. 7 der Datenbankrichtlinie – Rn. 136 ff.) werden völkerrechtliche Regelungen herangezogen. Bei der Auslegung des Begriffes „Datenbank“ misst Generalanwältin *Stix-Hackel* diesen Regelungen eine Orientierungsfunktion zu (Rn. 32), soweit sie vor der auszulegenden Richtlinie erlassen worden sind. Bei der Auslegung des Schutzrechtes (Rn. 136 ff.) geht die Generalanwältin zunächst auf verwandte völkerrechtliche Regelungen ein, stellt jedoch fest, dass deren Zielsetzung und Konstruktion von denen der Richtlinie abweiche, so dass ihre Auslegung nicht auf Art. 7 der Richtlinie übertragen werden könne.

Demnach ist festzuhalten, dass völkerrechtliche Normen auch herangezogen werden können, soweit diese zeitlich vor dem in Frage stehenden Rechtsakt erlassen wurden und diese eine erste Orientierung zum Verständnis geben können.

cc) In den verbundenen Rechtssachen „*Swedish Match AB/ Secretary of State for Health*“ und „*Arnold André GmbH/Landrat des Kreises Herford*“¹⁶³ wurde geprüft, ob bei Art. 8 der als „Tabakrichtlinie“ bekannt gewordenen Richtlinie aus 2001¹⁶⁴ die Begründungspflicht nach Art. 253 EG gewahrt worden ist. Diese Richtlinie verbietet das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen zum oralen Gebrauch, d. h. in Form von Kautabak. Die Richtlinie aus dem Jahre 2001 trat an die Stelle einer 1992 geänderten Richtlinie von 1989¹⁶⁵ und stellt lediglich eine Bestätigung der 1992 erlassenen Verbotsmaßnahme dar. Der Gerichtshof ließ es demnach ausreichen, dass in der älteren Regelung die Gründe für dieses Verbot dargestellt wurden (Rn. 61 ff.). Eine weitergehende Begründung hielt der *EuGH* in der neuen Regelung für nicht erforderlich.

Mithin haben im vorliegenden Fall die Begründungserwägungen der Vorgängerrichtlinie die Entscheidung des Gerichts getragen. Diese Form des Rückgriffes war auch notwendig, denn das Verbot in der Richtlinie aus dem Jahre 2001 ließ sich nur aus

161 S. Fn. 124.

162 *Kühling/Lieth*, Dogmatik und Pragmatik als leitende Parameter der Rechtsgewinnung im Gemeinschaftsrecht, *EuR* 2003, S. 371 (375 f.); *Gaitanides*, in: v. d. Groeben/Schwarze, 6. Auflage (2004), Art. 220 EG Rn. 53.

163 *EuGH*, Urt. v. 14. 12. 2004, Rs. C-210/03, *Slg.* 2004, I-11893 ff. – „*Swedish Match AB/ Secretary of State for Health*“ und *EuGH*, Urt. v. 14. 12. 2004, Rs. C-434/02, *Slg.* 2004, I-11825 ff. – „*Arnold André GmbH/Landrat des Kreises Herford*“.

164 Richtlinie 89/622/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen, *Abl.* 2001, Nr. L 194, S. 26 ff.

165 Richtlinie 89/622/EWG des Rates v. 13. 11. 1989 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen, *Abl.* 1989, L 359, S. 1 ff.; Richtlinie 92/41/EWG des Rates v. 15. 5. 1992 zur Änderung der Richtlinie 89/622/EWG, *Abl.* 1992, L 158, S. 30 ff.

dem historischen Kontext und der Reaktion des Gemeinschaftsgesetzgebers im Jahre 1992 erklären.

Es zeigt sich insgesamt sehr deutlich, dass die historische Konkretisierung ein „nötiges Mittel“¹⁶⁶ der Auslegung ist. Nationalrechtliche Vorgängervorschriften bzw. „Vorbildnormen“ können hingegen im autonomen Gemeinschaftsrecht keine Berücksichtigung finden.¹⁶⁷ Völkerrechtlichen Regelungen kann eine Indizfunktion beigemessen werden.¹⁶⁸

b) „Nachgängervorschriften“

Nur kurz soll erwähnt werden, dass Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlussanträgen die neuere Rechtsentwicklung des Öfteren heranzieht. Im Gegensatz zu den Vorgängervorschriften können diese „Nachgängervorschriften“ nicht zur Auslegung früherer Fassungen verwendet werden. Ihnen kann aber eine bestätigende Rolle zugeschrieben werden.¹⁶⁹

III. Begründungserwägungen

1. Literatur

Eine Untersuchung zu Urteilen des *EuGH* aus dem Jahre 1999 hat ergeben, dass die historische Argumentation zu 80 % aus der Heranziehung von sekundärrechtlichen Begründungserwägungen besteht.¹⁷⁰ Um diesem Umstand gerecht zu werden, werden im Folgenden die die Erwägungsgründe kennzeichnenden Eigenschaften sowie ihre Einordnung durch Literatur und Rechtsprechung getrennt von der genetischen Konkretisierung behandelt.

Die Begründungspflicht besteht gemäß Art. 253 EG nur für die in Art. 249 EG genannten verbindlichen Rechtsakte. Dies stellt einen Unterschied zum nationalen Recht dar, in welchem Normativakte zumeist gar keiner Begründungspflicht unterliegen.¹⁷¹ Seiner Begründungspflicht kommt der Rat regelmäßig in einer der Verordnung bzw. der Richtlinie vorangestellten Präambel nach. Somit sind die Erwägungsgründe wesentlicher Bestandteil des Rechtsaktes; sie gehören aber nicht zum Rechtstext und können somit keinen verbindlichen Maßstab für die Auslegung bilden.¹⁷²

166 *Lutter* (Fn. 44), S. 600.

167 Vgl. *EuGH*, Schlussantrag v. 8. 06. 2004, Rs. C-444/02, Slg. 2004, I-10549 ff. (Rn. 49) – „*Fixtures Marketing Ltd/OPAP*“.

168 Vgl. *EuGH*, Schlussantrag v. 8. 06. 2004, Rs. C-444/02, Slg. 2004, I-10549 ff. (Rn. 31 f., Rn. 136 ff.) – „*Fixtures Marketing Ltd/OPAP*“.

169 *EuGH*, Schlussantrag v. 16. 9. 2004, Rs. C-74/03 (Rn. 98 f.) – „*Commissioners of Customs/SmithKline Beecham plc*“; *EuGH*, Schlussantrag v. 8. 07. 2004, Rs. C-36/03, Slg. 2004, I-11583 ff. (Rn. 38 ff., 86) – „*Approved Prescription Services Ltd./Licensing Authority*“.

170 *Dederichs* (Fn. 79), S. 122.

171 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, 2. Auflage (2002), Art. 253 Rn. 21.

172 *Streinz*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den *EuGH*, ZEuS 2004, S. 387 (402); *Anweiler* (Fn. 15), S. 255.

Berücksichtigung können sie fernerhin nur finden, wenn das Kriterium des „Vor-rangs des Textes“ gewahrt wird. Das aus den Begründungserwägungen ermittelte Ergebnis darf nicht außerhalb des möglichen Wortlauts der in Frage stehenden Norm liegen.¹⁷³

Die Verwendung der Begründungserwägungen bei der Auslegung wird in der Litera-tur sowohl der historischen Auslegung¹⁷⁴ als auch der teleologischen Auslegung¹⁷⁵ zugeordnet. Eine Zuordnung kann anhand der Funktion der Begründungspflicht ge-troffen werden.

Der Gerichtshof führt – unter Berufung auf seine ständige Rechtsprechung – zu Art. 253 EG im Urteil zur Rechtssache „*Arnold André GmbH/Landrat des Kreises Herford*“ aus, dass die Begründung „die Überlegungen der Gemeinschaftsbehörde, die den betreffenden Rechtsakt erlassen hat, so klar und eindeutig erkennen lassen muss, dass die Betroffenen ihr die Gründe für die erlassene Maßnahme entnehmen können und der Gerichtshof seine Kontrolle ausüben kann“.¹⁷⁶ Dem hierin formu-lierten Rechtsschutzinteresse des Betroffenen sowie dem „öffentlichen Interesse an gerichtlicher Kontrolle“¹⁷⁷ entspricht eine Begründung, wenn sie zwei generellen Anforderungen genügt: In ihr müssen nachvollziehbare Ausführungen zur Sach- und Rechtslage gemacht werden, und es muss verständlich dargelegt werden, warum auf dieser Grundlage die konkrete Maßnahme beschlossen wurde.¹⁷⁸ Anhand dieser Kriterien lassen sich die Begründungserwägungen einteilen in eine Gruppe der Er-wägungen, die die Gesamtsituation zum Zeitpunkt des Erlasses darlegt und in eine Gruppe von Begründungserwägungen, die die allgemeinen Ziele benennt, die mit dem Rechtsakt erreicht werden sollen.

Diese Einteilung verdeutlicht die Ambivalenz der Begründungserwägungen: Sie be-ziehen sich auf Zielvorstellungen, die wiederum den Gesetzgeberwillen widerspie-geln. Aus diesem Grunde trifft die Formulierung, dass die Begründungserwägungen die teleologische Auslegung „stark subjektiv färben“,¹⁷⁹ diese Mehrdeutigkeit beson-ders gut.

Die Begründungserwägungen befinden sich in einem Grenzbereich, in welchem ihre Zuordnung mit entsprechenden Gründen sowohl zur historischen als auch zur teleo-

173 Vgl. o. S. 101 f.; *Potacs* (Fn. 13), S. 141, Fn. 390.

174 *Epiney*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, 7. Auflage (2006), § 9 Rn. 15; *Anweiler* (Fn. 15), S. 253; *Grundmann* (Fn. 17), S. 259 ff.

175 *Bleckmann*, Probleme der Auslegung von EWG-Richtlinien, RIW 1987, S. 929 (931); *Schmidt*, Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden, *RabelsZ* 59 (1995), S. 569 (579); *Kobler-Gehrig*, Europarecht und nationales Recht – Ausle-gung und Rechtsfortbildung, JA 1994, S. 807 (807); *Gaitanides*, in: *v. d. Groeben/Schwarze*, 6. Auflage (2004), Art. 220 Rn. 55.

176 *EuGH*, Urt. v. 14. 12. 2004, Rs. C-434/02, Slg. 2004, I-11825 ff. (Rn. 61) – „*Arnold André GmbH/Landrat des Kreises Herford*“.

177 *Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deut-schen Recht, 1990, S. 19 f.

178 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, 2. Auflage (2002), Art. 253 Rn. 11.

179 *Bleckmann* (Fn. 14), S. 1178.

logischen Methode erfolgen kann.¹⁸⁰ Der Verfasser ist der Ansicht, dass die besseren Gründe für die Zuordnung zur historischen Auslegung sprechen. Die Begründungserwägungen befassen sich immer mit den „historischen“ Umständen und versuchen eine Antwort auf eine bestimmte „geschichtliche“ Konstellation aus der Sichtweise der Gesetzgeber zu geben. Mit anderen Worten geben sie Aufschluss über die Absichten, d. h. die subjektive Zielsetzung, die der Urheber beim Erlass des Rechtssetzungsakts verfolgt hat.¹⁸¹ Die historische Auslegung sucht in den verschiedenen Materialien genau nach dem „Gesetzgeberwillen“, der in den Begründungserwägungen niedergelegt ist. Mit hin sind Begründungserwägungen Bestandteil der Entstehungsgeschichte der Norm und können als Auslegungsmittel im Rahmen der genetischen Konkretisierung berücksichtigt werden. Die Einteilung zur historischen Auslegung sollte gleichwohl nicht überbewertet werden, da die Ambivalenz der Begründungserwägungen es ermöglicht, die subjektiv auf den Zeitpunkt der Normgebung bezogenen Zielvorstellungen unter beiden Aspekten – historische und teleologische Auslegung – darzustellen.¹⁸²

2. Verwendung durch den EuGH

Die Begründungserwägungen werden in den Urteilen und Schlussanträgen besonders häufig verwendet. So wurden im Schlussantrag zur Rechtssache „*Fixtures Marketing Ltd/ Oy Veikkaus Ab*“¹⁸³ insgesamt 18 Mal Begründungserwägungen der Datenbankrichtlinie¹⁸⁴ herangezogen. Dass die Erwägungen derart im Vordergrund stehen, lässt sich damit erklären, dass die Richtlinien, mit Hilfe derer die Rechtsangleichung vorangetrieben wird, nach Art. 249 III EG nur hinsichtlich ihrer Ziele verbindlich sind.¹⁸⁵ Somit können für deren Auslegung insbesondere Argumente aus der gesetzgeberischen Zielsetzung – hierüber geben die Begründungserwägungen Aufschluss – und der objektiven Zielsetzung des Rechtsakts hilfreich sein.

Es verwundert demnach nicht, dass der Gerichtshof die Erwägungen im Rahmen der Ermittlung von Sinn und Zweck der Rechtsvorschriften verwendet. Die im Schlussantrag zur Rechtssache „*Heidelberger Bauchemie*“¹⁸⁶ anzutreffende Vorgehensweise kann auf sämtliche Urteile und Schlussanträge übertragen werden: Unter dem Titel „Zwecke der Richtlinie“ bilden die Begründungserwägungen den Ausgangspunkt für die Darlegung der der Richtlinie innewohnenden Ziele. Auch im Späteren wird dann in Einzelfragen immer wieder auf die Erwägungen zurückgegriffen.¹⁸⁷

180 Zum Meinungsstand vgl. Fn. 174, 175.

181 *Anweiler* (Fn. 15), S. 253.

182 *Grundmann* (Fn. 17), S. 259.

183 *EuGH*, Schlussantrag v. 8. 06. 2004, Rs. C-46/02, Slg. 2004, I-10365 ff. – „*Fixtures Marketing Ltd/ Oy Veikkaus Ab*“.

184 S. Fn. 124.

185 Vgl. *Bleckmann*, Probleme der Auslegung europäischer Richtlinien, ZGR 1992, S. 364 (365).

186 *EuGH*, Urt. v. 24. 6. 2004, Rs. C-49/02, Slg. 2004, I-6129 ff. (Rn. 69 ff.) – „*Heidelberger Bauchemie GmbH*“.

187 *EuGH*, Urt. v. 24. 6. 2004, Rs. C-49/02, Slg. 2004, I-6129 ff. (Rn. 77) – „*Heidelberger Bauchemie GmbH*“.

Bei den Begründungserwägungen ergibt sich insgesamt, dass der „Vorrang des Textes“ Beachtung finden muss. Außerdem sind sie eher zur genetischen Konkretisierung zu zählen, denn sie geben über die Hintergründe einer Regelung und über die mit dem Rechtsakt verfolgten gesetzgeberischen Absichten Aufschluss. Der Gerichtshof setzt sie nichtsdestotrotz im Rahmen der teleologischen Auslegung und nicht bei der genetischen Konkretisierung ein.

IV. Bestimmung eines Rangverhältnisses

Der historischen Auslegung wird in der Literatur eine sehr untergeordnete Rolle zugewiesen.¹⁸⁸ Das zur Begründung verwendete „Versteinerungsargument“, dass die historische Auslegung dem dynamischen Charakter des Gemeinschaftsrechts nicht entspreche,¹⁸⁹ ist jedoch unzulänglich im Hinblick auf das Sekundärrecht, wodurch die schnelle Aufeinanderfolge von Richtlinien die Zielvorstellungen des Gesetzgebers nicht notwendig als veraltet gelten können. Zwar lassen technischer und wissenschaftlicher Fortschritt manche Bestimmungen schnell veralten, das gleiche kann nicht von den den Richtlinien zugrunde liegenden Prinzipien gesagt werden. Dem „Versteinerungsargument“ stehen auch die untersuchten Urteile und Schlussanträge entgegen, in welchen des Öfteren Argumente aus historischen Materialien Verwendung finden. Dennoch ist die herrschende Meinung in der Literatur gegenüber der historischen Auslegung eindeutig ablehnend.

Im Gegensatz zur Literatur äußert sich der Gerichtshof nicht zur Frage der Hierarchie. Lediglich ein Indiz für die untergeordnete Rolle der historischen Auslegung kann dem Schlussantrag zur Rechtssache „*Björnekulla Frukting AB/Procordia Food AB*“¹⁹⁰ entnommen werden, in welchem ausgeführt wird: „*Im Einklang mit den Auslegungsmethoden des Gerichtshofes sind der Reihe nach der Wortlaut der Richtlinie (...), sowie ihre Systematik und ihre Ziele zu prüfen*“. Die historische Auslegung wird in dieser „Methodenliste“ ersichtlich nicht eingefügt.

Interessant erscheint in diesem Zusammenhang der Schlussantrag zur Rechtssache „*The Gillette Company/LA-Laboratoires Ltd.*“.¹⁹¹ In diesem wird zunächst das durch Wortlaut und Entstehungsgeschichte – anhand des ersten Richtlinienvorschlages¹⁹² – nahe gelegte Auslegungsergebnis festgestellt. Dieses Ergebnis wird jedoch durch „Sinn und Tragweite“ sowie „verfolgtes Ziel“ der Markenrichtlinie¹⁹³ aufgehoben: Die dritte Vorlagefrage betraf die Auslegung des Begriffs „notwendig“

188 Vgl. statt vieler: *Anweiler* (Fn. 15), S. 262 f.

189 *Gaitanides*, in: *v. d. Groeben/Schwarze*, 6. Auflage (2004), Art. 220 Rn. 57.

190 *EuGH*, Schlussantrag v. 13. 11. 2003, Rs. C-371/02, Slg. 2004, I-5791 ff. (Rn. 28) – „*Björnekulla Frukting AB/Procordia Food AB*“.

191 *EuGH*, Schlussantrag v. 9. 12. 2004, Rs. C-228/03 (Rn. 51 f.) – „*The Gillette Company/LA Laboratoires Ltd.*“.

192 Vorschlag einer ersten Richtlinie des Rates zur Angleichung des Markenrechts der Mitgliedstaaten v. 19. 11. 1980, Abl. 1980, C 351, S. 1 ff.

193 S. Fn. 109.

in Art. 6 I lit. c der Markenrichtlinie, wobei Wortlaut und Entstehungsgeschichte zunächst eine restriktivere, vom Kläger vertretene, Auslegung nahe legten. Auf diese Ausführungen folgte die Ermittlung der Ziele der fraglichen Norm durch einen Rückgriff auf zwei Urteile.¹⁹⁴ Die vom Generalanwalt zitierten Urteile gingen auf ein Urteil aus dem Jahre 1990¹⁹⁵ zurück, das seinerseits auf ein noch früheres Urteil¹⁹⁶ verwies, zu dessen Zeitpunkt die fragliche Norm noch gar nicht existierte. Dieser Rückgriff ist mithin ein gutes Beispiel dafür, wo das Ziel der Norm anhand der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes festgestellt wird. Der hierdurch ermittelte Sinn der Norm war bereits gegensätzlich zum Ergebnis von Wortlaut und Entstehungsgeschichte, Generalanwalt *Tizzano* ging aber auch auf die Systematik der Norm ein,¹⁹⁷ um das gefundene Ergebnis zu untermauern.

Im Ergebnis setzten sich im Schlussantrag zur Rechtssache „*The Gillette Company/LA-Laboratoires Ltd.*“ die ständige Rechtsprechung des *EuGH*, die auf teleologischen Erwägungen beruht, und die Systematik der Norm gegenüber Wortsinn und Entstehungsgeschichte durch. Anhand der untersuchten Urteile und Schlussanträge konnte jedoch nicht festgestellt werden, ob und inwieweit dieses Methodenverhältnis die Vorgehensweise des *EuGH* bestimmt.

Bei einer abstrakten Betrachtung der Auslegungsmethoden sollten nach Ansicht des Verfassers die normtextnäheren Argumente des Wortlauts und der Systematik im Zweifelsfall der historischen Auslegung vorgehen. Steht die Vorstellung des Gesetzgebers in einem deutlichen Widerspruch zu Wortlaut und Systematik, kann diese wegen des rechtsstaatlichen Gebots der Bindung an Gesetz und Recht, des Gebots der Normklarheit und der Rechtssicherheit keine Beachtung finden.¹⁹⁸ Diese Auffassung korrespondiert mit dem beim *EuGH* anzutreffenden Grundsatz des „Vorrangs des Textes“. Auch der Vorzug der Systematik im Schlussantrag in der Rechtssache „*The Gillette Company/LA-Laboratoires Ltd.*“ kann mit dieser „rechtsstaatlichen juristischen Methodik“¹⁹⁹ erklärt werden.

Steht jedoch der gesetzgeberische Wille nicht im Widerspruch zu Wortlaut und Systematik, soll bei fortbestehender Unklarheit die historische Auslegung als nächstes angewendet werden. Ihr Ergebnis sollte zuletzt – angesichts der verstrichenen Zeit und u.U. eingetretenen sozialen und technischen Wandels – kritisch anhand der objektiv-teleologischen Methode überprüft werden. Zwar wird, wie eben dargestellt, ein signifikanter sozialer oder technischer Wandel wegen des jungen Charakters des

194 *EuGH*, „*Gerolsteiner Brunnen*“ (Fn. 131) in Rn. 55 und *EuGH*, Urt. v. 23. 2. 1999, Rs. C-63/97, Slg. 1999, I-905 ff. – „*BMW AG/Ronald Deenik*“ in den Rn. 58–63 des hier behandelten Schlussantrages.

195 *EuGH*, Urt. v. 17. 10. 1990, Rs. C-10/89, Slg. 1990, I-3711 ff. (Rn. 14) – „*CNL-Sucal SA / HAG Gf AG*“.

196 *EuGH*, Urt. v. 23. 5. 1978, Rs. C-102/77, Slg. 1978, I-1139 ff. (Rn. 7) – „*Hoffman-La Roche AG/Centrafarm*“.

197 *EuGH*, Schlussantrag v. 9. 12. 2004, Rs. C-228/03 (Rn. 67–70) – „*The Gillette Company / LA-Laboratoires Ltd.*“.

198 *Müller/Christensen* (Fn. 3), S. 439.

199 *Müller/Christensen* (Fn. 10), S. 417.

sekundären Gemeinschaftsrechts in der Regel nicht eingetreten sein, dennoch sollte durch diese Vorgehensweise dem Vorwurf des „Versteinerungsarguments“²⁰⁰ entgegen gewirkt werden. Die Auseinandersetzung mit dem historischen Gesetzgeber sollte keine „Befolgungspflicht“ sondern eine „Konsultierungspflicht“ sein.²⁰¹

V. Zusammenfassung

Wird die Analyse der Urteile und Schlussanträge aus dem Jahre 2004 im Lichte der jetzt getroffenen Einordnung der historischen Auslegung betrachtet, ergibt sich folgendes Ergebnis: Im Bereich des Primärrechts kommt – gestützt auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs und die einhellige Meinung der Literatur – der historischen Auslegung keine Bedeutung zu. Was die Bedeutung und Häufigkeit der historischen Auslegung im Rahmen des Sekundärrechts anbetrifft, weicht der Standpunkt der Literatur an mehreren Stellen vom Ergebnis der vorliegenden Urteilsanalyse ab.

In den untersuchten Urteilen und Schlussanträgen kommt unter den genetischen Konkretisierungselementen den Protokollerklärungen des Rates und den Vorarbeiten zu den Richtlinien eine eigenständige Bedeutung zu. Ersteren ist jedoch angesichts ihrer seltenen Verwendung durch den Gerichtshof eine untergeordnete Rolle beizumessen. Als meist verwendete historische Materialien erweisen sich die Richtlinienvorschläge und die Gemeinsamen Standpunkte des Rates. In den insgesamt 43 Rechtssachen wurden diese in sieben Rechtssachen – des Öfteren mehrmals innerhalb einer Rechtssache – verwendet.²⁰² Angesichts der Tatsache, dass diese oft über eine bloß bestätigende Funktion hinaus als eigenständige Argumente benutzt wurden, ist es bemerkenswert, dass es in der Literatur, soweit ersichtlich, zu diesen Interpretationsquellen keine eingehenden Analysen gibt. Im Blickwinkel der Literatur stehen vielmehr die Auseinandersetzungen mit den verschiedenen Protokollerklärungen,²⁰³ die jedoch tatsächlich nur geringe Bedeutung,²⁰³ haben.

Im Gegensatz zu den anfangs vom Verfasser aufgestellten Prognosen,²⁰⁴ fanden die Stellungnahmen des Europäischen Parlaments keine Verwendung in den Urteilen des

200 *Schwarze*, in: *Schwarze*, 1. Auflage (2000), Art. 220 Rn. 28.

201 *Kramer* (Fn. 94), S. 123 f.

202 *EuGH*, Schlussantrag v. 10. 7. 2003, Rs. C-100/02, Slg. 2004, I-691 ff. – „*Gerolsteiner Brunnen GmbH/Putsch GmbH*“; *EuGH*, Schlussantrag v. 9. 12. 2004, Rs. C-228/03– „*The Gillette Company/LA-Laboratoires Ltd.*“; *EuGH*, Ur. v. 9. 11. 2004, Rs. C-203/02, Slg. 2004, I-10415 ff. – „*The British Horseracing Board Ltd./William Hill Organization Ltd.*“; *EuGH*, Ur. v. 9. 11. 2004, Rs. C- 444/02, Slg. 2004, I-10549 ff. – „*Fixtures Marketing Ltd./OPAP*“; *EuGH*, Schlussantrag v. 13. 11. 2003, Rs. C-371/02, Slg. 2004, I-5791 ff. – „*Björnekulla Fruktindustrier AB/Procordia Food AB*“; *EuGH*, Schlussantrag v. 25. 5. 2004, Rs. C-384/02 – „*Anklagemyndigheden/Knud Grøngaard*“; *EuGH*, Schlussantrag v. 8. 06. 2004, Rs. C-46/02, Slg. 2004, I-10365 ff. – „*Fixtures Marketing Ltd/ Oy Veikkaus Ab*“.

203 S. o. S. 101 ff.

204 S. o. S. 105.

EuGH. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend, denn die Stellungnahmen ergehen im Rahmen des Art. 251 EG vom Mitgesetzgeber. Wenig Beachtung fand auch das historische Konkretisierungselement, obwohl die in den Urteilen ausgelegten Richtlinien des Öfteren vor dem Hintergrund bereits mehrerer Vorgängerrichtlinien erlassen wurden. Das Potenzial ist mithin – entgegen vieler Behauptungen in der Literatur – zur historischen Auslegung gegeben. Dennoch findet die historische Auslegung sowohl in der Literatur als auch beim *EuGH*, abgesehen von den häufig verwendeten Begründungserwägungen,²⁰⁵ bisher wenig Beachtung. Die vorliegende Analyse könnte eine Anregung darstellen, die in der Literatur herkömmliche Betrachtungsweise über Gegenstand und Bedeutung der historischen Auslegung zu überdenken. Dadurch könnte der historischen Auslegung die ihr gebührende Beachtung zukommen.

205 Von der herrschenden Meinung in der Literatur werden die Begründungserwägungen jedoch zur teleologischen Auslegung zugerechnet, vgl. Fn. 175.

Aktuell zum Europarecht

Europarecht

Von Prof. Dr. Hans-Wolfgang Arndt, Mannheim. 8. Auflage 2006. XX, 329 Seiten. Mit CD-ROM. € 22,90 ISBN 978-3-8252-2238-1 (Schaeffers Grundriß des Rechts und der Wirtschaft, Bd. 32/1)

„Mittlerweile in der achten Auflage strahlt das Buch von Arndt inhaltliche und stilistische Gediegenheit aus.“ Gesamtbewertung: 1,0 Fachbuch Vergleichstest: Europarecht www.buecher.de, Mai 2006

„Das Gesamtpaket Europarecht bei UTB überzeugt vollauf.“ Stefanie Samland in: Jurawelt.com 10/2003

„Das Lehrbuch gehört zu dem Besten, was es zu diesem Gebiet gibt. Ein echtes Plus ist auch die beigefügte CD ... Wer sich schnell mit diesem äußerst komplexen Rechtsgebiet vertraut machen möchte, findet kaum etwas Besseres.“ Studium Nr. 70 SS 2002

Europarecht

20 Fälle mit Lösungen
Von Prof. Dr. Hans-Wolfgang Arndt, und Prof. Dr. Kristian Fischer, beide Mannheim. 5., neu bearbeitete Auflage 2006. XII, 182 Seiten. € 16,90 ISBN 978-3-8252-2396-0 (Schaeffers Rechtsfälle, Bd. 32/1)

„Die in jeder Hinsicht empfehlenswerte Fallbearbeitungslehre ... ist für die Examsvorbereitung besonders geeignet und verdient eingehende Betrachtung.“ juramail 12/1999

Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union

Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis
Von Prof. Dr. Klaus-Dieter Borchardt, Brüssel/Würzburg. 3., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2006. XXXIV, 549 Seiten. € 25,90 ISBN 978-3-8252-1669-6 (UTB M, Bd. 1669)

„Die hautnahe Vertrautheit mit der Materie, das Gespür für Relevantantes und weniger Wichtiges zeichnet das Werk besonders aus. ... Es ist der gesamten Gemeinde des Europarechts als gut verdaulich und inspirierend ans Herz zu legen, dem Anfänger als Vorspeise, dem Fortgeschrittenen als Dessert.“ Prof. Dr. Peter Schäfer in *Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter* 2/2004

„Unverzichtbar für Studenten der Fachrichtungen Jura, aber auch Politologie, Verwaltungswissenschaften und Wirtschaftswissenschaften sowie für Referendare, Anwälte und Verbandsjuristen, die sich in die hochkomplexe rechtliche Verfassung des gemeinsamen Europas einarbeiten wollen.“ Dipl. Pol. Henrik Flor in www.buchkatalog.de, Februar 2004

„Ein gelungenes Fachbuch, dem eine weite Verbreitung zu wünschen ist.“ Prof. Dr. J. Vahle in *Deutsche Verwaltungspraxis* 3/2004

Die Methodik-Beiträge der StudZR
können online leider nicht zur
Verfügung gestellt werden.
Die StudZR-Redaktion bittet
diesbezüglich um Ihr Verständnis.

Rechtsprechungsanalyse



Frank Theisen*

Das Vorkaufsrecht bei der Erbteilsveräußerung

Abstract

Das *Vorkaufsrecht* der Miterben wirft bei der Erbteilsveräußerung eine Vielzahl von Problemen auf, die Studierenden bekannt sein müssen. Das Erbrecht ist zwar nur in seinen Grundzügen Examensstoff. Das Vorkaufsrecht der Miterben ist aber auf das Engste mit dem Allgemeinen Teil des BGB sowie dem Schuld- und Sachenrecht verbunden. Die besonderen Schwierigkeiten zeigen sich vor allem beim Auseinanderfallen des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts. Dahingehend bietet ein neueres *BGH-Urteil* Aufschluss.

* Dr. Dr. Frank Theisen, M. A. ist wissenschaftlicher Assistent an der Juristenfakultät der Universität Leipzig. Er habilitiert zur Zeit bei Prof. Dr. Voss (Universität Osnabrück), dessen langjähriger wiss. Mitarbeiter er war, über das Thema „Die spätantike kaiserliche Erbpacht – Überlegungen anhand C. 11.62 –“.

I. BGH DNotZ 2002, 297 ff.

1. Der Sachverhalt

Der Entscheidung *BGH DNotZ 2002, 297 ff.* liegt folgender Sachverhalt zugrunde. Ein Miterbe veräußert seinen Erbteil an einen nicht der Erbengemeinschaft angehörigem Dritten. Innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Zwei-Monatsfrist üben die Miterben gegenüber dem verkaufenden Miterben und dem Notar ihr Vorkaufsrecht aus. Trotzdem übertrug der Miterbe seinen Erbteil dem Dritten.

Der *BGH* musste sich nun mit der Frage auseinandersetzen, ob eine dingliche Übertragung trotz Geltendmachung des Vorkaufsrechts seitens der Miterben nach dem Verstreichen der Zwei-Monatsfrist möglich ist.

2. Veräußerungsbefugnis des Miterben

Der Miterbe hat nach der Gesetzeslage eine Verfügungsmöglichkeit über seinen Teil am Nachlass. Das Gesetz flankiert das mit der Befugnis, dass der Miterbe die Erbaueinandersetzung verlangen kann.¹ Der Grund ist die Zufälligkeit der Erbengemeinschaft. Ein Erbe soll nicht unter Zwang verbleiben.²

Durch eine Veräußerung kann der Miterbe schneller zu einer wirtschaftlichen Verwertung kommen als über ein möglicherweise langwieriges Auseinandersetzungsverfahren.³ Eine Erbteilsveräußerung setzt sich aus dem Verpflichtungsgeschäft, §§ 2371 ff. BGB, anwendbar auf den Erbteilskauf durch § 1922 II BGB,⁴ und dem Verfügungsgeschäft nach § 2033 BGB zusammen. Beide Geschäfte sowie die damit verbundenen Nebenabreden bedürfen der notariellen Beurkundung.⁵ Die Formerfordernisse sind bei beiden Geschäften gleich. Das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft können in einer Urkunde vereint werden. Gegenstand der Veräußerung ist der Anteil am gesamten Nachlass. Der Miterbe kann nicht einen besonderen Nachlassgegenstand veräußern, auch wenn der Nachlass zum Beispiel nur aus einem Grundstück bestehen würde.⁶ Dieser Beitrag behandelt die reine Erbteilsveräußerung. Hinsichtlich einer besseren Verständlichkeit des Urteils ist es unumgänglich, sich mit den Voraussetzungen des Erbteilskaufs und des Vorkaufsrechts gegenüber dem Verkäufer auseinanderzusetzen.

1 Ähnlich *Harder/Kroppenberg*, Grundzüge des Erbrechts, 5. Aufl. 2002, Rn. 605.

2 So auch *M. Wolf*, in: *Soergel*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2033, Rz. 1; *Harder/Kroppenberg* (Fn. 1), Rn. 605.

3 *Staudinger/Werner*, BGB, 13. Aufl. 1996, § 2033, Rn. 2; *Lohmann*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, 2003, § 2033, Rn. 1; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2002, § 42 II 1.

4 *BGHZ* 25, 174 (180); *M. Wolf*, in: *Soergel*, (Fn. 2), § 2033, Rz. 1, 17.

5 *BGH NJW* 1967, 1129; *Keim*, Erbaueinandersetzung und Erbteilsübertragung, in: *RNotZ* 2003, S. 375 (382).

6 *BGH NJW* 1967, 200; *OLG München*, NJWE-FER 1999, 93 (93 f.); *Winkler*, Verhältnis von Erbteilsübertragung und Erbaueinandersetzung – Möglichkeiten der Beendigung der Erbengemeinschaft, *ZEV* 2001, S. 435/436; *Harder/Kroppenberg*, (Fn. 1), Rn. 607.

II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Erbteilskaufs

1. Verpflichtungsgeschäft

a) Allgemeine Voraussetzungen

Auf den Erbteilskauf sind die Vorschriften des Erbschaftskaufs, §§ 2371 ff. BGB, anzuwenden, § 1922 II BGB. Unabdingbar sind die §§ 2371, 2382, 2383, 2384 BGB.

Der Erbteilskauf ist ein Kaufvertrag im Sinne der §§ 433 ff., 453 I BGB. Die Regelungen des Kaufvertrags finden bei ihm Anwendung. Eingeschränkt wird das nur durch die zuvor genannten nicht dispositiven Regeln des Erbschaftskaufs. Der Kaufvertrag begründet die Verpflichtung zur Übertragung des Erbteils. Gemeint ist damit die Veräußerung eines Gesamtrechts oder eines Bruchteils dieses Rechts an dem Nachlass.⁷

Der Erbteilsverkauf umfasst nicht später noch anfallende Anteile an Erbschaften. Sie können durch Wegfall eines Miterben entstehen, § 2373 S. 1 BGB. Darüber kann der Miterbe gesondert verfügen. Das Verpflichtungsgeschäft und das Verfügungsgeschäft können zeitlich zusammen fallen. Der Miterbe veräußert seinen Erbteil mit sofortiger dinglicher Wirkung. Es handelt sich um eine dingliche Erbteilsabtretung. Besteht der Erbteil unter anderem aus einer Immobilie, muss gleichzeitig ein Antrag auf Grundbuchberichtigung gestellt werden.⁸ Fallen das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft zeitlich auseinander, stellt sich die Frage nach der zeitlichen Ausübung des Vorkaufsrechts der Miterben. Mit diesem besonderen Problem beschäftigt sich *BGH DNotZ* 2002, 297 ff.

b) Formbedürftigkeit des Verpflichtungsgeschäfts

Nach § 2371 BGB ist der Erbschaftskauf formgebunden. Diese Norm ist auch auf den Erbteilskauf anwendbar. Es stellt sich die Frage, ob ein formunwirksames Verpflichtungsgeschäft durch die Vornahme des Verfügungsgeschäfts heilbar ist. Das widerspricht dem Sinn und Zweck des § 2371 BGB. Der Normzweck des § 2371 BGB ist der sich aus der notariellen Beurkundung ergebende Schutz der Vertragsparteien.⁹ Durch die Formgebundenheit sollen die Parteien vor unüberlegtem Handeln geschützt werden. Ein formunwirksames Verpflichtungsgeschäft ist nicht durch eine analoge Anwendung von § 311 b I 2 BGB¹⁰ heilbar. Die Analogie scheitert an der

⁷ Ähnlich Staudinger/Werner, (Fn. 3), § 2033, Rn. 17.

⁸ BayObLG Rpfleger, 1982, 217 (218); J. Mayer, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2371, Rn. 5.

⁹ RGZ 72, 209 (210); 137, 171 (174); *BGH NJW* 1998, 1578; *Lange/Kuchinke*, (Fn. 3), § 45 II 1; *Musielak*, in: MünchKomm-BGB, 3. Aufl. 1997, § 2371, Rn. 1. A. A. Staudinger/Olshausen, 13. Aufl. 1997, § 2371, Rn. 4. Nach seiner Ansicht ist der Käufer über § 17 BeurkG geschützt.

¹⁰ A. A. *Damrau*, in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1992, § 2371, Rz. 22; Staudinger/Olshausen, (Fn. 9), § 2371, Rn. 27; *Habscheid*, Zur Heilung formnichtiger Erbteilskaufverträge. Kritische Bemerkungen zu *BGH III ZR* 193/64 vom 2. 2. 1967, *FamRZ* 1967, 445, *FamRZ* 1968, S. 13; *Schlüter*, Durchbrechung des Abstraktionsprinzips über § 139 BGB und Heilung eines formnichtigen Erbteilskaufs durch Erfüllung – *BGH NJW* 1967, 1128, in: *JuS* 1969, S. 10 (15 f.); *Ebenroth*, *Erbrecht*, 1992, S. 1198; *Keller*, Formproblematik der Erbteilsveräußerung, *Diss.* 1995, S. 117; *ders.*, Auskunftsansprüche gegenüber Vertragserben sowie gegenüber der

nicht vorhandenen Regelungslücke.¹¹ § 2371 BGB regelt eindeutig die Formgebundenheit des Erbschaftskaufs und damit auch des Erbteilskaufs. Für § 311 b I 2 BGB ist kein Platz.

Eine Heilung des Verpflichtungsgeschäfts würde auch nicht die Zusatz- oder Nebenabreden abdecken. Das wäre der Fall, wenn weitere Vereinbarungen seitens der Parteien getroffen würden, die mit der dinglichen Verfügung der Erbteilsübertragung nicht in Verbindung stünden.¹² Unterscheiden sich das Verpflichtungs- und das Erfüllungsgeschäft in ihrem Inhalt und ihrer Ausrichtung, könnte ein formloser Erbteilskauf mit der Übertragung nicht geheilt werden.

Die schuldrechtliche Vereinbarung sollte alle Abreden umfassen. Ist dies nicht der Fall, ist aufgrund des Formmangels das Verpflichtungsgeschäft nichtig, § 125 BGB. Die möglicherweise schon durchgeführte Verfügung bleibt aufgrund der Abstraktion wirksam, wobei es zu einem Anspruch aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB kommt. Die Durchsetzung eines solchen Anspruchs kann mit Nachteilen verbunden sein. Der Käufer kann sich auf eine Entreicherung berufen, § 818 III BGB. Es ist vorteilhaft, dass das schuldrechtliche und dingliche Geschäft übereinstimmen und alle von den Vertragsschließenden als erforderlich erachtenden schuldrechtlichen Abreden enthalten.¹³

Ebenfalls ist der Nachweis, wann bei einem Erbteilskauf die Übertragung stattgefunden hat, problematisch.¹⁴ Bei einer Erbteilsveräußerung kann das wirtschaftliche Ausmaß kaum übersehen werden, da keine bestimmten Einzelteile erworben werden. § 2380 BGB gilt nämlich auch für den Erbteilskauf.¹⁵ Die Abweichung zu § 446 BGB zeigt sich darin, dass der Erbteilskauf eine bestimmte Sachgesamtheit betrifft, nicht einen einzelnen Gegenstand („Gefahrtragung“). Es ist kaum feststellbar, wann überhaupt ein Besitzübergang erfolgt ist. Der Umfang ist folglich nur schlecht abzu- sehen. Auch aus § 17 BeurkG kann man keine Heilung eines formlosen Verpflichtungsgeschäfts herleiten. § 17 BeurkG regelt eine besondere Beratungs- und Prü-

Erblasser-Bank bei lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers, ZEV 1995, S. 433; *Damrau*, Die Abschichtung, ZEV 1996, S. 361 (364); *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 176 ff.; *Michalski*, BGB-Erbrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 1115 b; *Lange/Kuchinke*, (Fn. 3), § 45 II 4 m. w. N. aus der Literatur der ersten Hälfte des 20. Jhs.; *Keim*, (Fn. 5), S. 382. Zu der Problematik auch *Harke*, Formzweck und Heilungsziel, in: WM 2004, S. 357 (362).

11 RGZ 129, 122 (123); BGH NJW 1967, 1128 (1129); BGH MDR 1969, 649; BGH WM 1970, 1319; BGH DNotZ 1971, 37 (38); Staudinger/Werner, (Fn. 3), § 2033, Rn. 19; *Dütz*, in: MünchKomm-BGB, 3. Aufl. 1997, § 2033, Rn. 23; *Musielak*, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 9), § 2371, Rn. 7; *M. Wolf*, in: Soergel, (Fn. 2), § 2033, Rz. 17; *Palandt/Edenhofer*, 65. Aufl. 2006, § 2033, Rn. 9 und § 2371, Rn. 3; *Lohmann*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2033, Rn. 6; *J. Mayer*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2371, Rn. 3; *Leipold*, Erbrecht, 13. Aufl. 2000, Rz. 605; *Pohlmann*, Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, 1992, S. 211 ff.; *Eberl-Borges*, Die Erbauseinandersetzung, 2000, S. 262; *J. Mayer*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3) § 2371, Rn. 3.

12 Ablehnend auch Staudinger/Werner, (Fn. 3), § 2033, Rn. 19.

13 *Lohmann*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2033, Rn. 6.

14 A. A. *Eberl-Borges*, (Fn. 11), S. 262; *Keim*, (Fn. 5), S. 382.

15 Staudinger/Olshausen, (Fn. 10), § 2380, Rn. 3; *J. Mayer*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2380, Rn. 1.

fungspflicht¹⁶ des Notars. Der Notar soll ermitteln, ob der rechtliche Inhalt des Geschäfts dem wirklichen Willen der Beteiligten entspricht. § 17 BeurkG hat eine gewisse Schutz- und Warnfunktion und ergänzt § 2371 BGB.¹⁷ Eine Heilung ist damit nicht intendiert. Vielmehr muss der Notar auf das Vorkaufsrecht der Miterben¹⁸ und die Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten¹⁹ hinweisen.

2. Verfügungsgeschäft nach § 2033 BGB

a) Verfügung über den Nachlass

Der Miterbe kann nur über seinen Anteil am Nachlass verfügen. Die Möglichkeit besteht auch, wenn es zu einer teilweisen Auseinandersetzung gekommen ist. Durch die Verfügung werden die aus dem Erbteil herrührenden Rechte übertragen. Der Käufer erhält keine Erbenstellung. Er rückt jedoch in die Erbengemeinschaft als Mitglied ein.²⁰

Der Miterbe kann jemandem auch einen Nießbrauch an seinem Erbteil einräumen, §§ 1069, 2033 I BGB.²¹ Dabei handelt es sich um einen Rechtsnießbrauch. Anstelle des Miterben übt der Nießbrauchsberechtigte sein Recht nach §§ 2033, 1068 ff., 1066 I BGB aus.²² § 1066 BGB ist anwendbar, obwohl dort nicht von einem Gesamthandseigentum, sondern von einem Miteigentum gesprochen wird. Der Umfang seines sich aus § 1066 I BGB ergebenden Rechts ist die gemeinschaftliche Verwaltung des Nachlasses nach § 2038 BGB. Dem Nießbrauchsberechtigten steht unter anderem der Früchteanteil und die Gebrauchsbefugnis zu, § 2038 II i. V. mit § 743 BGB. Die Miterben können aber keinen Anspruch auf Beteiligung an den Kosten und Lasten nach § 2038 Abs. 2 i. V. mit § 748 BGB gegen den Anteilsnießbraucher durchsetzen.²³ Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 1066 Abs. 1 BGB. Der Nießbraucher übt die Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft ergeben.²⁴ § 1066 BGB spricht nur von Rechten und nicht von Lasten. Der Miterbe, der den Nießbrauch überträgt, bleibt weiterhin als Schuldner in der Miterbengemeinschaft. Er muss sich an den Kosten und Lasten beteiligen.

Ein Miterbe kann seinen Erbanteil auch verpfänden, §§ 1273 ff. BGB. Der Pfandgläubiger hat ein Pfandrecht an dem Nachlassanteil, nicht aber an bestimmten Gegen-

16 J. Mayer, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 17 BeurkG, Rn. 1. A. A. BGHZ 15, 106 = DNotZ 1955, 208.

17 J. Mayer, Soergel, (Fn. 16), § 17 BeurkG, Rn. 36 m. w. N.

18 BGH WM 1968, 1042 (1043) = MDR 1968, 1002.

19 BGH DNotZ 1965, 693 (694) = MDR 1965, 469.

20 Harder/Kroppenberg, (Fn. 1), Rn. 608.

21 RG 153, 29 (31 ff.).

22 OLG München, JFG 1921, 177.

23 BGH DB 1979, 545; Palandt/Bassenge, (Fn. 11), § 1066, Rn. 1; Wegmann, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 1066, Rn. 3.

24 Staudinger/J. Frank, BGB, 13. Aufl. 1994, § 1066, Rn. 6; Wegmann, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 1066, Rn. 3.

ständen des Nachlasses.²⁵ Es besteht nur die Möglichkeit einer Pfändung oder Zwangsvollstreckung in den Anteil, § 859 Abs. 2 ZPO i. V. mit § 857 ZPO.²⁶ Die Rechte des Pfandgläubigers bestimmen sich nach §§ 1273 II, 1258 BGB. Seine Befugnisse ergeben sich aus §§ 2038, 743, 745, 746 BGB. Grundlage dafür ist § 1258 I BGB. Die Verwaltung des Nachlasses und die Benutzung desselben stehen dem Pfandgläubiger zu. Im Gegensatz zum Nießbrauchsberechtigten, der dafür die Zustimmung des übertragenden Miterben benötigt, kann der Pfandgläubiger aber bei Pfandreife die Auseinandersetzung verlangen.²⁷ Er kann bei einer Verfügung oder Auseinandersetzung²⁸ über das Erbe mitwirken, §§ 2040, 2042 BGB.

b) Stellung des veräußernden Miterben

Der Veräußerer verliert nicht seine Stellung als Miterbe,²⁹ wie umgekehrt der Käufer nicht Miterbe werden kann. Aufgrund dessen kann der Verkäufer als Erbe eine letztwillige Verfügung anfechten oder andere Rechte aus seiner Erbenstellung wahrnehmen.³⁰

Der Verkäufer scheidet aus der Erbengemeinschaft aus, obwohl er bei einem Erbteilskauf neben dem Erwerber den Nachlassgläubigern gegenüber haftet, §§ 2382 Abs. 1 S. 1, 2385 BGB. Sie sind Gesamtschuldner, § 421 BGB. Möglich ist eine Haftungsbeschränkung nach § 2383 I BGB, wenn der Verkäufer schon beschränkt haftete, §§ 1975 ff. BGB.³¹ Er haftet allein, wenn der Kaufvertrag wegen eines Formmangels unwirksam ist.³² Das ist wiederum ein Argument gegen die Heilung. Die Haftungsübernahme besteht ab der schuldrechtlichen Einigung über die Veräußerung des Erbteils. Dieser Zeitpunkt sollte bestimmbar sein.

Der Verkäufer kann nach einer wirksamen Veräußerung kein Vorkaufsrecht nach § 2034 BGB geltend machen.³³ Er genießt nicht mehr den aus dem Vorkaufsrecht re-

25 BGH NJW 1968, 2060; BayObLG DB 1983, 708.

26 BGH 72, 39 (41); BayObLG DB 1983, 708; OLG Frankfurt Rpfleger 1979, 205; LG Stendal Rpfleger 1998, 122; Smid, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl. 2001, § 859, Rn. 21 f.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 62. Aufl. 2004, § 859, Rn. 6.

27 BGHZ 52, 99 (105); Dütz, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 11), § 2033, Rn. 33; Staudinger/Werner, (Fn. 3), § 2033, Rn. 30; Lohmann, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2033, Rn. 11.

28 BGHZ 52, 99 (104 ff.).

29 BGH NJW 1971, 1265; BGHZ 121, 47 (50 f.); BGH DNotZ 2002, 297 (298 f.); KG NJW-RR 1999, 880 (881); Staudinger/Werner, (Fn. 3), § 2033, Rn. 24; Dütz, in: MünchKomm-BGB (Fn. 11), § 2033, Rn. 27; Palandt/Edenhofer, (Fn. 11), § 2033, Rn. 7; Lohmann, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2033, Rn. 8.

30 Dütz, in: MünchKomm-BGB (Fn. 11), § 2033, Rn. 27; Staudinger/Werner, (Fn. 3), § 2033, Rn. 24; Dütz, in: MünchKomm-BGB (Fn. 11), (Fn. 3), § 2033, Rn. 8; Lange/Kuchinke, (Fn. 3), § 42 II 3.

31 Staudinger/Olshausen, (Fn. 9), § 2383, Rn. 6; Zimmermann, in: Soergel, (Fn. 16), § 2383, Rn. 1.

32 BGHZ 38, 187 (188); BGH NJW 1967, 1128 (1131); Staudinger/Olshausen, (Fn. 9), § 2382, Rn. 5; J. Mayer, Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2382, Rn. 3; a. A. Keller, (Fn. 10), S. 199 ff.

33 St. Rspr. seit BGH NJW 1971, 1264; zuletzt BGH DNotZ 2002, 297 (298 ff.); Staudinger/Werner, (Fn. 3), § 2034, Rz. 9; Dütz, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 11), § 2034, Rz. 23;

sultierenden Schutz, obwohl er weiterhin Miterbe ist.³⁴ § 2034 I BGB spricht von den „übrigen Miterben“, die eine Berechtigung zum Vorkauf haben. Gemeint sind damit die anderen Mitglieder der Erbengemeinschaft, außer dem, der seinen Erbanteil veräußert.³⁵ Die Miterben sollen unter sich bleiben können; der Veräußerer ist aus der Miterbengemeinschaft ausgeschieden. Er hat deswegen kein Interesse mehr, wer in die Miterbengemeinschaft eintritt.

c) Grundbuchberichtigung

Befindet sich im Nachlass ein Grundstück, so ist zunächst die Erbengemeinschaft nach dem Verstorbenen als Eigentümer einzutragen. Veräußert nun ein Miterbe seinen Erbteil, wird aufgrund des dinglichen Verfügungsgeschäfts das Grundbuch unrichtig. Der Erwerber wird als Mitglied der Erbengemeinschaft durch eine Grundbuchberichtigung eingetragen.³⁶ Die Berichtigung kann auf zwei Arten geschehen. Der Erbteilkäufer beantragt eine Grundbuchberichtigung materiellrechtlich nach § 894 BGB.³⁷ Das Recht, das er an dem Nachlass erworben hat, ist nicht im Grundbuch berücksichtigt. Daneben besteht die Möglichkeit einer Berichtigung nach § 22 I GBO.³⁸ Der Erwerber muss die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachweisen. Der Weg über § 22 GBO ist die einfachere und sichere Variante. Es reicht der Nachweis aus, dass die materielle, dingliche Rechtslage vom Grundbuchinhalt abweicht. Eine Unrichtigkeit im Sinne der §§ 892, 894 BGB wird vorausgesetzt. Ansonsten müsste der Käufer nach § 894 BGB die Eintragung auf dem Klageweg durchsetzen, was langwieriger ist. Ob ihm wegen § 22 GBO dann überhaupt ein Rechtsschutzbedürfnis zusteht, ist fraglich.³⁹ Auf jeden Fall muss die Erbengemeinschaft nach dem Erblasser im Grundbuch eingetragen sein.⁴⁰ Ansonsten ist das Grundbuch unrichtig.

M. Wolf, in: Soergel, (Fn. 2), § 2034, Rz. 8; Palandt/*Edenhofer*, (Fn. 11), § 2034, Rz. 5; *Schlüter*, in: Erman, 9. Aufl. 1993, § 2034, Rz. 4.

34 BGZ 121, 47 (50 f.).

35 BGHZ 121, 47 ff.; *Dütz*, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 11), § 2034, Rn. 22; Staudinger/*Werner*, (Fn. 3), § 2034, Rn. 9; *M. Wolf*, in: Soergel, (Fn. 2), § 2034, Rn. 8; Palandt/*Edenhofer*, (Fn. 9), § 2034, Rn. 3; *Lohmann*, in: Bamberger/Roth (Fn. 3), § 2034, Rn. 8. A. A. *Ebenroth*, (Fn. 10), Rz. 741; *Ann*, (Fn. 10), S. 221 f., die in der h. M. unter anderem eine zu große Einnengung des Wortlautes des § 2034 BGB sehen.

36 BGH NJW 1965, 862; NJW 1969, 92; *BayObLGZ* 30, 63; *BayObLG* NJW-RR 1987, 398; *OLG Köln* Rpfleger, 1993, 349; *M. Wolf*, in: Soergel, (Fn. 2), § 2033, Rn. 16; *Harder/Kroppenberg*, (Fn. 1), Rn. 607; *Lange/Kuchinke*, (Fn. 3), § 45 II 2 b).

37 RGZ 90, 232 (235).

38 *BayObLG* Rpfleger 1982, 217; *BayObLGZ* 1986, 493; *BayObLGZ* 1994, 158; *OLG Hamm*, *OLGZ* 1977, 419/424; *OLG Köln* Rpfleger 1993, 349 (350); *Kregel*, in: RGRK, BGB, 12. Aufl. 1974, § 2033, Rn. 3; *Dütz*, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 11), § 2033, Rn. 12; Staudinger/*Werner*, (Fn. 3), § 2033, Rn. 20; *M. Wolf*, in: Soergel, (Fn. 2), § 2033, Rn. 16; *Lohmann*, in: Bamberger/Roth (Fn. 3), § 2033, Rn. 7; *Harder/Kroppenberg*, (Fn. 1), Rn. 607.

39 *Budde*, in: Bauer/v. Oefele, GBO, 1999, § 22, Rn. 31 ff.; *Kössinger*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 894, Rn. 9 und 26; Palandt/*Bassenge* (Fn. 11), § 894, Rn. 1.

40 *BayObLG* FamRZ 1995, 12; Staudinger/*Werner*, (Fn. 3), § 2033, Rn. 26.

d) Formgebundenheit der Erbteilsübertragung

Auch das Verfügungsgeschäft bedarf der notariellen Beurkundung, § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Nichtigkeit folgt nach § 125 BGB. Damit wird eine Beweiserleichterung geschaffen. Der Verkäufer soll vor einer Übereilung geschützt werden.⁴¹

III. Vorkaufsrecht

1. Allgemeines

Das Vorkaufsrecht der Miterben, Erben und Erbeserben⁴² oder einer Untererbengemeinschaft⁴³, die das Vorkaufsrecht gesamthänderisch ausübt, beruht auf der Freiwilligkeit und Gültigkeit des Erbteilskaufvertrags, § 2371 BGB. Für das Ausüben des Vorkaufsrechts muss das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft wirksam sein. Bei einer Nichtigkeit wegen eines Formmangels bleibt nur die Rückabwicklung über § 812 I 1, 1. Alt. BGB.

Auf das Vorkaufsrecht der Miterben sind die allgemeinen Regeln der §§ 463 ff. BGB soweit anwendbar, wie sich aus den Spezialvorschriften der §§ 2034, 2035, 2037 BGB nichts anderes ergibt. Die Miterben können das gesetzliche Vorkaufsrecht erst ausüben, wenn der Miterbe mit einem Dritten einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, § 463 BGB. Ein Vorkaufsrecht besteht nicht, wenn ein Miterbe ein Anteil eines anderen Miterben übernehmen möchte, § 2034 BGB.⁴⁴ Gleiches gilt bei einer Verschenkung des Anteils⁴⁵, bei einer Verpfändung, einer Sicherungsübereignung⁴⁶, einer Nießbrauchüberlassung und einem Tausch⁴⁷. Es muss das kaufvertragliche Element, die Freiwilligkeit und Dauerhaftigkeit der Veräußerung vorhanden sein.⁴⁸ Bei der Verpfändung fehlt zudem oftmals schon das Motiv einer freiwilligen Übertragung wie beim Kauf. Kommt es beispielsweise zur Pfandreife oder zu einer Zwangsvoll-

41 Protokolle, V, 839; *BGH* NJW 1989, 1558; *M. Wolf*, LM § 2042 BGB Nr. 7. A. A. *Eberl-Borges*, (Fn. 11), S. 276.

42 *BGH* NJW 1966, 2207; NJW 1969, 92; *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2034, Rz. 6; *Dütz*, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 11), § 2034, Rz. 16; *M. Wolf*, in: *Soergel*, (Fn. 2), § 2034, Rz. 6; *Palandt/Edenhofer*, (Fn. 11), § 2034, Rz. 2; *Schlüter*, in: *Erman*, (Fn. 33), § 2034, Rz. 2; *Johannsen*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Erbrechts, in: *WM* 1970, 738 (746); *Ann.*, (Anm.10), S. 230.

43 *Sievekling*, Problemfälle aus der Prozesspraxis. Die Bindung an den PKH-Beschluß im Festsetzungsverfahren, *MDR* 1989, S. 225; *Ann.*, (Fn. 10), S. 218 f.

44 Ähnlich § 470 BGB.

45 Dazu *Knüferrmann*, Das Miterbenvorkaufsrecht, 1970, S. 27 ff.; *Ann.*, (Fn. 10), S. 240.

46 *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2034, Rn. 5; *M. Wolf*, in: *Soergel*, (Fn. 2), § 2034, Rn. 2; *Palandt/Edenhofer*, (Fn. 11), § 2034, Rn. 7; *Lohmann*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3), § 2034, Rn. 2; *Ann.*, in: *AnwKomm-BGB*, 2004, § 2034, Rn 7; *Lange/Kuchinke*, (Fn. 3), § 42 III 2 a).

47 A. A. *Ann.*, (Fn. 10), S. 239; einschränkender *Diedenhofen*, Das Vorkaufsrecht der Miterben, 1992, S. 58; *Brox*, Erbrecht, 18. Aufl. 2000, Rn. 459 wenn die Lieferung der Tauschsache den Miterben möglich ist.

48 *BGH* NJW 1977, 37 (38) = *JR* 1977, 282 m. Anm. Schubert; *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2034, Rn. 4; *Ann.*, (Fn. 10), S. 242.

streckung in den Nachlassanteil, ist ein Vorkaufsrecht nicht gegeben. Das Berufen auf § 2034 BGB scheitert daran, dass bei der Verpfändung keine endgültige Übertragung gewollt ist. Ein Verkauf findet nicht statt. Daher ist kein Vorkaufsrecht bei der Sicherungsübereignung⁴⁹ gegeben. Die Sicherungsübereignung eines Erbteils kann ein Vorkaufsrecht der Miterben aber auslösen, wenn klar ist, dass die gesicherte Forderung nicht mehr zurückgewährt werden kann. Sie ist praktisch ausgeschlossen.⁵⁰

Anders verhält es sich bei der Leistung an Erfüllungs Statt, da es sich faktisch um einen Erbteilsverkauf handelt.⁵¹ Das Übertragen des Erbteils ist die Gegenleistung. Bedeutsam ist dabei, wie der Hauptvertrag, für den der Miterbe und Schuldner nunmehr als Leistung seinen Erbanteil erbringt, ausgestaltet ist.

Problematischer ist die gemischte Schenkung.⁵² Sie umfasst ebenfalls Übergabeverträge, wenn sie eine künftige Erbfolge vorwegnehmen.⁵³ Die neuere Forschung⁵⁴ vertritt hinsichtlich der Einordnung einer gemischten Schenkung die Zweckwürdigkeitstheorie. Sie unterscheidet nach dem Vertragszweck und dem Überwiegen von Unentgeltlichkeit oder Entgeltlichkeit, welche Regelungen (Kauf oder Schenkung) Vorrang haben. Übertragen auf den Fall der Erbanteilsübertragung ergibt sich daraus, dass das Vorkaufsrecht der Miterben ausgelöst wird, wenn der entgeltliche Teil überwiegt.

Nach einer anderen Ansicht⁵⁵ soll, wenn der unentgeltliche Teil nur eine Nebenabrede eines ansonsten quantifizierbaren entgeltlichen Teils ist, ein Ausgleich analog § 466 BGB stattfinden. Der Vorkaufsberechtigte führt in diesen Fällen einen Ausgleich für den unentgeltlichen Nebenzweck.

49 Staudinger/Werner, (Fn. 3), § 2034, Rn. 5; M. Wolf, in: Soergel, (Fn. 2), § 2034, Rn. 2; Palandt/Edenhofer, (Fn. 9), § 2034, Rn. 7; Lohmann, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2034, Rn. 2; Ann, in: AnwKomm-BGB, (Fn. 46), § 2034, Rn. 7; Lange/Kuchinke, (Fn. 3), § 42 III 2 a).

50 BGHZ 25, 174 (179 ff.) = LM § 2035 Nr. 2 m. Anm. Johannsen; Staudinger/Werner, (Fn. 3), § 2034, Rn. 5; Lohmann, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2034, Rn. 2; Palandt/Edenhofer, (Fn. 11), § 2034, Rz. 2. A. A. Ann, (Fn. 10), S. 241 f.

51 BGH LM § 2034 Nr. 10; Dütz, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 11), § 2034, Rn. 11, Staudinger/Werner, (Fn. 3), § 2034, Rn. 5; Lange/Kuchinke, (Fn. 3), § 44 III 2 a). Nach dieser Meinung soll das Vorkaufsrecht bei einer Leistung an Erfüllungs Statt für eine Geldschuld angewendet werden. Weitergehender Ann, (Fn. 10), S. 240, der auf den Grundvertrag sowie auf die Ersetzbarkeit der Leistung abstellt, und nicht nur, wenn eine Forderung auf Geld festgelegt war.

52 BGH LM § 2034 Nr. 8; Dütz, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 11), § 2034, Rn. 7; Schlüter, in: Erman, (Fn. 33), § 2034, Rn. 2; Lohmann, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2034, Rn. 2; Lange/Kuchinke, (Fn. 3), § 44 III 2 a); a. A. Ann, (Fn. 10), S. 241 f.

53 BGHZ 107, 159 = NJW 1989, 2122; BGH NJW 1995, 1350.

54 Kollhoser, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2004, § 516, Rn. 29 ff.; Mühl/Teichmann, in: Soergel, 12. Aufl. 1998, § 516, Rn. 23; Seiler, in: Erman, (Fn. 33), § 516, Rn. 16; Gehrlein, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 516, Rn. 13; Larenz/Canaris, Schuldrecht II, 2, 13. Aufl. 1994, § 63 III 1; Medicus, Besonderes Schuldrecht, Rn. 380 f.

55 Schurig, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, 1975, S. 138; Ann, (Fn. 10), 241; Ann, in: AnwKomm-BGB, (Fn. 46), § 2034, Rn. 7.

Die Zweckwürdigkeitstheorie kommt dem Normzweck des § 2034 BGB, ein Eindringen Dritter in die Erbengemeinschaft möglichst zu verhindern, näher. Sie beschränkt den Sinn der Norm nicht formalistisch. Zudem sind bei ihr keine großen Wert- und Ausgleichsberechnungen notwendig. Eine Feststellung des Erbteilwertes ist nur schwer möglich, da der Nachlass oftmals durch Verbindlichkeiten und Ausgleichspflichten belastet wird.⁵⁶ Die Festlegung einer Ausgleichssumme ist ungleich schwieriger als die bloße Feststellung, ob ein entgeltlicher Teil den unentgeltlichen Teil überwiegt. Es kommt darauf an, wie das Verpflichtungsgeschäft ausgestaltet ist. Die §§ 2034 f. BGB sind nicht nur auf den eigentlichen Erbteilskaufvertrag anwendbar, sondern auf Verträge mit einem vergleichbaren Erfolg einer freiwilligen, dauerhaften Übertragung, verbunden mit einem überwiegenden Teil einer Gegenleistung.

2. Vorkaufsrecht

Für die Ausübung des Vorkaufsrechts ist das dingliche Verfügungsgeschäft von Bedeutung. Die Miterben oder die, die nicht darauf verzichtet haben, müssen das Vorkaufsrecht gegenüber dem Veräußerer vor Übertragung geltend machen, § 464 I 1 BGB. Gegenüber dem Dritten kann es erst nach der Übertragung ausgeübt werden. Das ergibt sich aus dem spezielleren § 2035 BGB. Ausreichend ist die Mitteilung vom Abschluss des Kaufvertrags, so § 469 BGB und nicht erst die von der Übertragung, § 2034 II BGB.⁵⁷ Ab diesem Zeitpunkt haben die Vorkaufsberechtigten nach dem Gesetz zwei Monate Zeit, das Vorkaufsrecht auszuüben. Da die §§ 2034, 2035 BGB ein Eindringen Dritter in eine Erbengemeinschaft möglichst unterbinden wollen, erfolgt eine formlose Benachrichtigung des Verkaufs an jeden Miterben. Liegt zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und der dinglichen Übertragung ein längerer Zeitraum, so soll ein gegenüber dem Veräußerer rechtzeitig ausgeübtes Vorkaufsrecht auch gegenüber dem Käufer analog § 2035 BGB wirken.⁵⁸ Ansonsten könnten die Vertragsparteien mit der dinglichen Übertragung die 2-Monatsfrist umgehen. Diese Regelungslücke war vom Gesetzgeber⁵⁹ nicht beabsichtigt. Aufgrund von § 2035 BGB wollte der Gesetzgeber nach der dinglichen Übertragung auf den Käufer die Erbengemeinschaft vor einem Eindringen Dritter schützen. Das ergibt sich aus § 2037 BGB. Die analoge Anwendung des § 2035 BGB ist sinnvoll: Die zuvor aufgezeigte Regelungslücke wird ausgefüllt. Nach einer späteren dinglichen Übertragung ist im Fall der Geltendmachung des Vorkaufsrechts der Käufer Anspruchsgegner. Er kann sich dagegen schützen, indem er bei dem Verkäufer oder dem Notar nachfragt, ob das Vorkaufsrecht ausgeübt worden ist, wenn die dingliche Übertragung noch nicht stattgefunden hat. § 469 I 1 BGB legt eine Mitteilungspflicht fest.⁶⁰

56 Ähnlich auch *Ann*, in: *AnwKomm-BGB*, (Fn. 46), § 2033, Rn. 31.

57 *BGHZ* 23, 348; *BGH WM* 1979, 1067; *BGH DNotZ* 2002, 301.

58 *BGH DNotZ* 2002, 301; *OLG Schleswig*, *NJW-RR* 1992, 1160; *Dütz*, in: *MünchKomm-BGB*, (Fn. 9), § 2035, Rn. 7; *M. Wolf*, in: *Soergel*, (Fn. 2), § 2035 Rn. 3; a. A. *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2037, Rn. 4.

59 Prot. V, 580.

60 So auch *BGH DNotZ* 2002, 297 (301 f.).

IV. Sicherungsprobleme

1. Allgemeines

Bei einem Erbteilskauf besteht die Möglichkeit, dass das Recht schon übertragen ist, der Kaufpreis jedoch nicht gezahlt wird. Beispielsweise wird der Käufer insolvent oder verfügt dinglich über den Anteil. Dasselbe kann dem Käufer passieren, wenn der Verkäufer noch vor der Übertragung seinen Anteil verpfändet oder einem anderen Dritten veräußert. Der Erbteilsveräußerer steht oftmals vor dem Problem, dass der Käufer den vereinbarten Kaufpreis beim notariellen Beurkundungstermin nicht leisten kann oder will. Dagegen sollten sich die Vertragsparteien weitestgehend absichern.

2. Sicherung des Erbteilsveräußerers

a) Sicherung unter der *aufschiebenden* Bedingung einer Kaufpreiszahlung

Als Sicherungsmittel des Verkäufers empfiehlt sich die Übertragung des Erbteils unter einer aufschiebenden Bedingung⁶¹ der vollständigen Kaufpreiszahlung.

In dem notariell zu beurkundenden Vertrag über die Erbteilsveräußerung kann, wie oben schon dargelegt, das Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zusammen in eine Urkunde aufgenommen werden. Die dingliche Übertragung erfolgt unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung, dem Bedingungseintritt, § 158 I BGB. Dem steht § 925 II BGB nicht entgegen, selbst wenn sich im Nachlass nur Immobilien befinden. Beim Erbteilskauf wird ein Recht an einem Teil des Nachlasses veräußert, nicht aber der Anteil an einem bestimmten Gegenstand. In den Fällen, in denen der Nachlass nur aus Immobilien besteht, wird die Erbteilsveräußerung zunächst unter der Verfügungsbeschränkung (§ 161 BGB) der Kaufpreiszahlung ins Grundbuch eingetragen.⁶² Dadurch erhält der Verkäufer eine Sicherung der Gegenleistung. Problematisch ist beim Eintreten des Bedingungsfalls die offensichtliche Unrichtigkeit des Grundbuchs. Es bedarf des Nachweises, dass die Bedingung, beispielsweise die vollständige Kaufpreiszahlung, eingetreten ist. Der Nachweis muss in einer öffentlich beglaubigten Urkunde oder einer öffentlichen Form erfolgen, § 29 Abs. 1 GBO.⁶³ Die Vorlage der Ausfertigung oder der Abschrift der Erbteilsübertragung reicht keinesfalls aus. Es handelt sich nicht um öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden. Die Vertragsparteien können die Schwierigkeiten umgehen: 1. Der Bedingungseintritt erfolgt mit der Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift der Erbteilsübertragung für den Grundbuchberichtigungsantrag. Der Käufer erhält mit Nachweis der vollständigen Kaufpreiszahlung die Ausfertigung.⁶⁴

61 *Bengel/Reimann*, in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, Rn. 240; *J. Mayer*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2371, Rn. 6.

62 LG Nürnberg-Fürth, MittBayNotV 1982, 21; *J. Mayer*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2371, Rn. 6.

63 *Bengel/Reimann*, (Fn. 61), Rn. 240; *Keim*, (Fn. 5), S. 384.

64 *Bengel/Reimann*, (Fn. 61), Rn. 240.

2. Bei vollständiger Zahlung des Preises bewilligt der Verkäufer die Berichtigung nach § 19 GBO. Die Parteien nehmen die Verpflichtung zur Abgabe der Bewilligung in den Vertrag auf. Durch eine solche Bewilligung nach § 19 GBO bedarf es keines Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs.⁶⁵ Die Eintragung des wahren Berechtigten, hier des Erbteilkäufers, kann erfolgen. Wird einer solchen Bewilligung nicht zugestimmt, ist der Käufer dahingehend gesichert, dass die Berichtigungsbewilligung durch ein Urteil ersetzt werden kann. Der Erbteilsveräußerer wird zur Abgabe der formellrechtlichen oder materiellrechtlichen Grundbuchberichtigungserklärung nach § 894 BGB verurteilt. Die rechtskräftige Verurteilung ersetzt die Willenserklärung, § 894 I 1 ZPO.⁶⁶ Sie steht in einer Abhängigkeit von der Gegenleistung der Kaufpreiszahlung. Stimmt der Verkäufer freiwillig nicht zu, so tritt die Fiktionswirkung des § 894 I 1 ZPO erst ein, wenn der Käufer als Gläubiger seine Leistung erbracht hat. Zudem muss er dies in einem nicht nur vorläufig vollstreckbaren Titel nachweisen, § 894 I 1 ZPO i. V. mit § 726 II ZPO. Die Vorleistung kann der Käufer hinnehmen, da durch den Titel die Wirkung des § 894 I 1 ZPO eintritt.⁶⁷ Die Grundbuchberichtigung kann der Käufer auch nicht einfacher über § 22 GBO herbeiführen. Das ansonsten eingeschränkte Rechtsschutzbedürfnis ist daher gegeben.⁶⁸

Die aufschiebende Bedingung, die gemäß § 159 BGB ohne Rückwirkung ist, lässt das Rechtsgeschäft erst bei der vollständigen Kaufpreiszahlung wirksam werden. Der veräußernde Miterbe ist abgesichert, weil das Recht an dem Erbteil erst mit dem Bedingungseintritt auf den Käufer übergeht. Auch ergeben sich aufgrund der Herausgabepflicht des Verkäufers nach § 2374 BGB keine Nachteile durch eine Verzögerung des Eintritts in die Erbengemeinschaft.

Derartige Vereinbarungen sind für beide Parteien interessengerecht. Sie sind hinsichtlich ihrer gegenseitigen Ansprüche abgesichert

b) Verfügungen während des Schwebezustands

Sichern sich die Parteien hinsichtlich ihrer Leistungen mit einer aufschiebenden Bedingung ab, bleibt das Problem offen, wie sich Verfügungen während der Schwebezeit bis zum Bedingungseintritt auswirken. Der bedingt Berechtigte, in diesem Fall der Käufer, ist jedoch durch § 161 I 1 BGB geschützt. Verfügungen während der Schwebezeit sind unwirksam, wenn sie den Bedingungseintritt vereiteln würden.

Die daraus resultierende Verfügungsbeschränkung ist mit § 137 BGB konform.⁶⁹ Zu-

65 *Kohler*, in: Bauer/von Oefele, (Fn. 39), § 22, Rn. 7 ff.; *Kössinger*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 894, Rn. 8.

66 *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO, (Fn. 26), § 894, Rn. 12 f.

67 *Ebd.*, Rn. 18.

68 *Kössinger*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 894, Rn. 9, 20, 25.

69 *BGHZ* 134, 182 (186); *Staudinger/Kohler*, 14. Bearb. 2003, § 137, Rn. 23; *Mayer-Maly/Armbrüster*, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2004, § 137, Rn. 4; *Wendland*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 137, Rn. 8; *Timm*, Außenwirkungen vertraglicher Verfügungsverbote, *JZ* 1989, S. 13 (18 f.). Ähnlich für einen bedingten Auflassungsanspruch *BayObLG DNotZ* 1989, 373 (375).

dem impliziert dies keine Umgehung des § 137 BGB.⁷⁰ Der Verkäufer bleibt der Berechtigte. Er hat die Verfügungsgewalt.⁷¹ Veräußert der Verkäufer während der Schwebezeit dennoch den Erbteil erneut und tritt die Bedingung ein, so hat der Dritte gegen ihn nur einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 I 1, 280 III, 283 BGB. Das Rechtsgeschäft, durch das der Dritte den Erbteil erwirbt, bleibt vom Abschluss bis zum Bedingungseintritt wirksam. Der Dritte könnte seinerseits den Erbteil weiterveräußern. Nach einer Ansicht im Schrifttum⁷² sind die Geschäfte aus der Schwebezeit für diesen Zeitraum auch nach Bedingungseintritt weiterhin wirksam. Im Gegensatz zu § 182 BGB⁷³ erfolgt bei den Geschäften, die unter einer Bedingung abgeschlossen werden, keine Rückwirkung.⁷⁴ Ein Gutgläubenserwerb nach § 161 III BGB ist bei Forderungen und Rechten nach § 413 BGB nicht möglich.⁷⁵ Bei dem Erbteil handelt es sich um ein Recht, das unter § 413 BGB und nicht unter § 892 I BGB fällt.⁷⁶ Gleiches gilt, wenn zum Erbteil ein Grundstück gehört.⁷⁷ Ein gutgläubiger Erwerb ist nur an einzelnen Sachen möglich, wenn ein Miterbe über Nachlassgegenstände verfügt. In diesen Fällen greift aber § 935 BGB aufgrund des Mitbesitzes aller Erben ein.

Damit Berechtigte den Erbanteil während des Schwebezustands nicht an einen Dritten veräußern und übereignen, sollten die Parteien die Verfügungsbeschränkung durch eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung sichern, § 938 II ZPO.⁷⁸ Sie verhindert eine beeinträchtigende oder vereitelnde Verfügung seitens des Verkäufers im Schwebezustand.

70 BGHZ 40, 115 (117); Mayer-Maly/Armbrüster, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 69), § 137, Rn. 15.

71 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, 4. Aufl. 1992, § 39, 3 b; Larenz/Wolf, Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 1997, § 50, Rn. 65; Berger, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 172.

72 Berger, (Fn. 71), S. 172. Für eine anfängliche Unwirksamkeit der *Zwischenverfügung* (nicht jedoch im Hinblick auf die Wirksamkeit der von der Bedingung abhängig gemachten Verfügung) M. Wolf, in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1987, § 161, Rn. 1.

73 Finkenauer, in: HKK, 2003, §§ 158–163, Rn. 5 ff.

74 M. Wolf, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 1999, § 161, Rn. 1; Flume, (Fn. 71), § 40 2 a); Larenz/Wolf, (Fn. 71), § 50, Rn. 48; a. A. Brox, Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers, JuS 1984, S. 657 (658); Eichenhofer, Anwartschaftslehre und Pendenztheorie – Zwei Deutungen von Vorbehaltseigentum –, AcP 185 (1985), S. 162 (192 ff.); Kohler, Vormerkbarkeit eines durch abredewidrige Veräußerung bedingten Rückerwerbsanspruchs, DNotZ 1989, S. 339 (344).

75 M. Wolf, in: Soergel, (Fn. 74), § 161, Rn. 11; H. P. Westermann, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2001, Rn. 20; Rövekamp, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 161, Rn. 13.

76 KG KGJ 1940, 167; Rohe, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 413, Rn. 5.

77 M. Wolf, in: Soergel, (Fn. 2), § 2033, Rn. 25.

78 BGHZ 134, 182 (187) = LM § 883, Nr. 24 m. Anm. Stürner/Bruns; Flume, (Fn. 71), § 39 3. c); Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl. 1999, § 20, Rn. 68; Mayer-Maly/Armbrüster, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 69), § 137, Rn. 15. A. A. Staudinger/Kohler, (Fn. 69), § 137, Rn. 39.

c) Sicherung unter der *auflösenden* Bedingung eines Zahlungsverzugs

Die Parteien können den Erbteilskauf ebenfalls mit einer auflösenden Bedingung sichern.⁷⁹ Der Fortbestand des Vertrages hängt von dem Eintritt des zukünftigen Ereignisses ab. Der Verkäufer ist vor Verfügungen des Käufers in der Schwebezeit nach § 161 II i. V. mit 161 I 1 BGB gesichert. Auch ein gutgläubiger Zwischenerwerb scheidet aus, da § 161 III BGB keine Wirkung entfaltet. Er schränkt die Sicherung nicht ein. Verfügt der Erbteilkäufer, was er nur zusammen mit den Miterben kann, während der Schwebezeit über bestimmte Gegenstände des Nachlasses, dann ist der gutgläubige Erwerber nach § 161 III BGB geschützt. Diese Folge können die Parteien verhindern, indem sie bei der Übertragung eine Verfügungsbeschränkung eintragen lassen.⁸⁰ Tritt die Bedingung ein, so sind die Leistungen vom Verkäufer mit dem Kondiktionsanspruch (§ 812 I 2, 2. Alt. BGB) herauszuverlangen.⁸¹

Der Vorteil der Sicherung mittels einer auflösenden Bedingung liegt darin, dass die Parteien das Verpflichtungsgeschäft und die dingliche Übertragung zusammen vornehmen können.

d) Zusammenfassung

Je nach Fallgestaltung sollten die Parteien den Erbteilskauf unter eine aufschiebende oder eine auflösende Bedingung stellen, die sie mit einer einstweiligen Verfügung absichern. Der Verfügungsgrund ist die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Verpflichtung zur Verfügung über den Erbteil. Der Verfügungsanspruch ergibt sich bei einem Vertrag unter einer auflösenden Bedingung für den Verkäufer aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB und bei einem Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung aus §§ 433 II BGB. Damit ist eine dingliche Wirkung wie bei §§ 135, 136 BGB⁸² verknüpft.

79 Muster, in: Münchener Vertragshandbuch/Nieder, BGB, IV/2, Formular XX § 8. Vgl. *Staudenmeyer*, Die Vorbereitung auf die Prüfung der öffentlichen Notare, BWNotZ 1959, S. 151 f.; *N. Mayer*, Sicherungsprobleme beim Erbteilskauf, ZEV 1997, S. 105 f.; *Bengel/Reimann*, (Fn. 61), Rn. 241; *J. Mayer*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3), § 2371, Rn. 6.

80 *Staudenmeyer*, (Fn. 79), S. 191; *Bengel/Reimann*, (Fn. 61), Rn. 241; *Keim*, (Fn. 5), S. 384.

81 *BGH* MDR 1959, 658 (658 f.); *H. P. Westermann*, in: *MünchKomm-BGB*, (Fn. 75), § 159, Rn. 3; *M. Wolf*, in: *Soergel*, (Fn. 74), § 159, Rn. 2. A. A. *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 2002, Rn. 840. Nach seiner Ansicht wandelt sich das Rechtsgeschäft nach Bedingungeintritt in ein Rückgewährschuldverhältnis um. So auch *Palandt/Heinrichs*, (Fn. 11), § 159, Rn. 1; *Rövekamp*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3), § 159, Rn. 7.

82 *BGH* LM Nr. 2 zu § 137 BGB; *BGHZ* 134, 182 (187); *BayObLG* NJW 1978, 700 (701); *Musielak*, in: *MünchKomm-BGB*, (Fn. 9), § 2286, Rn. 12; *M. Wolf*, in: *Soergel*, (Fn. 2), § 2286, Rn. 5; *Mayer-Maly/Armbrüster*, in: *MünchKomm-BGB*, (Fn. 69), § 137, Rn. 31. A. A. *Staudinger/Kohler*, (Fn. 69), § 137, Rn. 39; *Dorn*, in: *HKK*, (Fn. 73), § 137, Rn. 53; *Kohler*, (Fn. 74), S. 342; *Berger*, (Fn. 71), S. 123.

3. Sicherung des Käufers

Der Käufer muss damit rechnen, dass der Erbteilsveräußerer erneut über den Erbteil verfügt. Er wäre auf Kondiktionsansprüche angewiesen. Daher bedarf es auch von seiner Seite einer Sicherung gegenüber dem Verkäufer.

Der Käufer kann sich durch eine Bedingung nach §§ 160 ff. BGB absichern. Wird das Eintreten der Bedingung seitens des Verkäufers verhindert, so gilt sie als eingetreten.

Durch die Festlegungen von § 161 I 1 und 2 BGB sind seitens des Veräußerers und Miterben Verpfändungen oder Übereignungen an Dritte faktisch nur noch bedingt möglich. Gleiches gilt für eine Zwangsvollstreckung in den Erbanteil des Veräußerers bei einer auflösenden Bedingung nach § 161 I und I BGB und bei der aufschiebenden Bedingung nach § 161 II BGB. Daraus resultiert ein weitgehender Schutz des bedingt berechtigten Erwerbers.

Demnach ist es für den Erbteilkäufer rechtlich vorteilhaft, dass er den Vertrag durch eine auflösende oder aufschiebende Bedingung sichert. Eine einstweilige Verfügung auf Erlass eines Verfügungsverbots schützt den Käufer vor Beeinträchtigungen seines Rechts. Zu empfehlen wären noch Verzichtserklärungen der Miterben auf die Ausübung ihres Vorkaufsrechts.

4. Sicherung der Miterben

a) Erwirken eines Veräußerungsverbots

In dem *BGH DNotZ* 2002, 297 ff. zugrunde liegenden Fall wurde nach Ausübung des Vorkaufsrechts gegenüber dem Veräußerer der Erbteil nach Verstreichen der 2-Monats-Frist dinglich übertragen. Neben dem Erbteilsveräußerer und dem Käufer bedürfen die Miterben einer Sicherung. Die vorkaufsberechtigten Miterben können ihren schuldrechtlichen Anspruch nicht durch eine Vormerkung absichern,⁸³ auch wenn der Nachlass nur aus Immobilien besteht. Sie haben keine Möglichkeit, dass ein Vorkaufsrecht nach den §§ 1094 ff. BGB eingetragen wird.⁸⁴ Ein Antrag auf Verwahrung und Hinterlegung bei beweglichen Sachen⁸⁵ ist nicht statthaft. Da der Miterbe nur einen ideellen Teil und nicht bestimmte Nachlassgegenstände veräußert, fällt die Verwahrung oder Hinterlegung als Sicherungsmittel weg.

Es besteht die Möglichkeit, dass die Miterben im Rahmen eines Antrags auf eine einstweilige Verfügung ein vorläufiges Veräußerungsverbot des Erbteils durchsetzen, § 938 II ZPO.⁸⁶ Das Gesetz lässt die Möglichkeit zu. Das ergibt sich aus dem „auch“

83 *M. Wolf*, in: Soergel, (Fn. 2), § 2034, Rn. 12.

84 *LG München II*, *MittBayNotV* 1986, 179; *J. Mayer*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3) vor § 2371, Rn. 4.

85 Ansonsten bei beweglichen Sachen die rechtlich vorteilhaftere Maßnahme, siehe nur *Heinze*, in: *MünchKomm-ZPO*, (Fn. 26), § 938, Rn. 30; *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, *ZPO*, 22. Aufl. 2002, § 938, Rn. 25.

86 *M. Wolf*, in: Soergel, (Fn. 2), § 2034, Rn. 12.

und dem „sowie“. Die Norm führt Beispiele für eine einstweilige Verfügung auf. Sie sind nicht enumerativ.

Ein Veräußerungsverbot aufgrund einer einstweiligen Verfügung ist im Rahmen des Erbteilsverkaufs ein praktikierbarer Weg zur Sicherung. Die an sich damit verbundenen Nachteile⁸⁷, wie beispielsweise der Gutgläubenserwerb nach § 135 BGB, sind beim Erbteilskauf gering. Wie oben dargestellt, gibt es beim Erbteilskauf keinen Gutgläubenserwerb.⁸⁸

Fallen das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft und das dingliche Übertragungsgeschäft bei der Erbteilsveräußerung auseinander, wie bei *BGH DN*otZ 2002, 297 ff., ist ein Antrag auf Erlass eines Veräußerungsverbots mittels einer Sicherungsverfügung⁸⁹ gegen den veräußernden Miterben sinnvoll.⁹⁰

Zur Sicherung des Anspruchs aus dem geltend gemachten Vorkaufsrecht ist gegenüber dem Käufer auch ein Erwerbsverbot möglich. Ein solches Erwerbsverbot⁹¹ ist mittels einer einstweiligen Verfügung durchsetzbar. Das Grundbuchamt muss die einstweilige Verfügung als Eintragungshindernis berücksichtigen. Das Erwerbsverbot entfaltet nur gegenüber dem Schuldner Wirkung. Daraufhin kann keine Eintragung ins Grundbuch erfolgen. Dem Käufer wird untersagt, beim Grundbuchamt einen Antrag auf Eintragung des Erbteilerwerbs zu stellen. Der Fall ist von Relevanz,⁹² wenn die Miterben, die das Vorkaufsrecht geltend machen, in das schuldrechtliche Grundgeschäft eintreten wollen. Dadurch wird ein Rechtserwerb verhindert.

Der Verfügungsgrund⁹³ liegt darin, dass die Verwirklichung des Anspruchs auf Übertragung des verkauften Miterbenanteils zu den Bedingungen des Erbteilskauf-

87 *Heinze*, in: MünchKomm-ZPO, (Fn. 26), § 938, Rn. 30; *Grunsky*, in: Stein/Jonas, (Fn. 85), § 938, Rn. 25.

88 *Kohler*, Das Verfügungsverbot gemäß § 938 Abs. 2 ZPO im Liegenschaftsrecht, 1984, S. 24 ff.; *Huber*, in: Musielak, ZPO, 3. Aufl. 2002, § 938, Rn. 8; *Heinze*, in: MünchKomm-ZPO, (Fn. 26), § 938, Rn. 30; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, (Fn. 26), Rn. 26.

89 Zu den Systematisierungen und Unterteilungen der einstweiligen Verfügung seit *Jauernig*, Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZZZ 79 (1966), S. 321, 323 ff.; vgl. nur *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 12. Aufl. 1990, Rn. 304 ff.; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. 1997, § 76 II; a. A. *Heinze*, in: MünchKomm-ZPO, (Fn. 26), § 938, Rn. 10.

90 Zweckentsprechend nur, wenn beispielsweise bei Grundstücken keine Vormerkung möglich ist: RGZ 67, 39 (42); *Heinze*, in: MünchKomm-ZPO, (Fn. 26), § 938, Rn. 30; *Grunsky*, in: Stein/Jonas, (Fn. 85), § 938, Rn. 25.

91 RGZ 117, 287 (290); 120, 118 (119 f.); *BayObLG* Rpfleger 1982, 14; 1997, 304 = MDR 1997, 595; *Heinze*, in: MünchKomm-ZPO, (Fn. 26), § 938, Rn. 32; *Grunsky*, in: Stein/Jonas, (Fn. 85), § 938, Rn. 26; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl. 2003, § 938, Rn. 8; *Habscheid*, Richterliches Erwerbsverbot und Grundbuchrecht, Fs. Schiedermaier, 1976, S. 245 (247 f.); *Foerste*, Grenzen der Durchsetzung von Verfügungsbeschränkung und Erwerbsverbot im Grundstücksrecht, 1986.

92 *Heinze*, in: MünchKomm-ZPO, (Fn. 26), § 938, Rn. 33 zur Anwendung bei der Nichtigkeit des zugrunde liegenden Geschäfts.

93 *Habscheid*, (Fn. 91), 252.

vertrags vereitelt oder erschwert wird. Die Vorkaufsberechtigten müssen dies glaubhaft machen. Der dingliche Erwerb des Erbteils ist nicht möglich. Der Verfügungsanspruch gegen den Käufer ergibt sich aus der Ausübung des Vorkaufsrechts als Folge von §§ 463, 464 BGB. Die Übertragung des Erbanteils erfolgt Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises.

Auf diese Weise können die Miterben gegen den Erbteilkäufer vorgehen, um eine mögliche Weiterveräußerung an einen Dritten zu verhindern. Voraussetzung ist jedoch, dass die dingliche Übertragung schon stattgefunden hat.

b) Geltendmachung des Vorkaufsrechts

Wird ein Kaufvertrag über ein Erbteil unter einer Bedingung abgeschlossen, so können die Miterben schon zu diesem Zeitpunkt ihr Vorkaufsrecht geltend machen.⁹⁴ Die Gegenmeinung stellt auf den Bedingungseintritt ab.⁹⁵ Diese Ansicht widerspricht einerseits dem Wortlaut, andererseits dem Sinn und Zweck der § 463 BGB und § 2034 I BGB. Nach beiden Normen können Vorkaufsberechtigte von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machen, wenn ein Kaufvertrag vorliegt. Von einer Einschränkung, falls der Kaufvertrag unter einer Bedingung steht, ist nicht die Rede. Das widerspricht dem Sinn des Vorkaufsrechts. Die Berechtigten sollen so früh als möglich ihr Vorkaufsrecht geltend machen können. Auf diese Weise können sie missliebige Folgen wie eine Übertragung des Erbteils nach Bedingungseintritt verhindern.

Üben die Miterben in der Schwebezeit das Vorkaufsrecht aus, kommt es zwischen den vorkaufsberechtigten Miterben und dem Verpflichtetem nur zu einem aufschiebend bedingten Vertrag.

c) Drittwirkung des Vorkaufsrechts

aa) Auslegung von § 2035 I 1 BGB

Der historische Gesetzgeber war der Ansicht, dass das Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft beim Erbschafts- und Erbteilskauf meistens zusammenfallen.⁹⁶ Daher regelt er in § 2035 I 1 BGB nur den Fall, dass der Erbteil schon dem Käufer, dem Dritten, übertragen worden war. Zur Übertragung des Erbanteils ist der Miterbe, wie zuvor dargestellt, berechtigt, § 2033 I BGB. Nicht geregelt wird der Fall, dass zwischen dem Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft das Vorkaufsrecht gegenüber dem Verkäufer ausgeübt wird und es trotzdem zur Übertragung des Erbteils kommt. Eine zusätzliche Problematik ist dahingehend gegeben, auf welchen Zeitpunkt bei der Zwei-Monatsfrist zur Ausübung des Vorkaufsrechts abzustellen ist. Im Schrifttum⁹⁷ findet sich die Ansicht, es handele es sich um eine Regelungslücke. Ansonsten

94 Mot. II, 346; BGHZ 139, 31 (33); BGH NJW 1998, 2352; BGH DNotZ 2002, 297 (300 f.); Staudinger/Mader, 13. Bearb. 1995, § 504, Rn. 29; Faust, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 463, Rn. 2; Palandt/Putzo, (Fn. 11), § 463, Rn. 5.

95 Grunewald, in: Erman, 11. Aufl. 2004, § 504, Rn. 13.

96 Prot. V, 840.

97 Klinke, Das Vorkaufsrecht der Miterben 1995, S. 136 ff. m. w. N.; Lange/Kuchinke, (Fn. 3), § 42 III 3 c.

könnten die §§ 2034 ff. BGB, die ein Eindringen Dritter in eine Erbengemeinschaft einschränken, umgangen werden.

bb) Die Entscheidung in *BGH DNotZ* 2002, 297 ff.

Der *BGH* stellt in seinem Urteil zunächst darauf ab, gegenüber wem die Miterben ihr Vorkaufsrecht geltend machen können. Bis zur Übertragung des Erbteils geschieht dies gegenüber dem Verkäufer, § 464 I 1 BGB. Ab der Übertragung muss das Vorkaufsrecht der Miterben nach der spezielleren Vorschrift gegenüber dem Käufer ausgeübt werden, § 2035 I BGB. Wie der *BGH* zu Recht ausführt, wollte der Gesetzgeber die vorkaufsberechtigten Miterben auch für den Fall der Übertragung des Erbanteils auf den Käufer schützen. Das entspricht dem Sinn und Zweck des § 2034 BGB. Die Vertragsparteien sollen das Vorkaufsrecht der Miterben nicht umgehen.⁹⁸ § 2035 I 1 BGB legt eine Drittwirkung des Vorkaufsrechts der Miterben fest, jedoch nur für den Fall, dass der Erbanteil schon übertragen ist. Die Ausübung des Vorkaufsrechts ist auch gegenüber dem Käufer und weiteren Erwerbern nach §§ 2035 I 1, 2037 BGB möglich. Aufgrund dieser gesetzlichen Vorgabe soll die Rechtsfolge, die sich aus dem gegenüber dem Verkäufer geltend gemachten Vorkaufsrecht ergibt, erst recht gegen den Käufer richten. Die Rechtsfolge der Rückübertragung des Erbteils ergibt sich aus der Ausübung des Vorkaufrechts.

Wichtig ist an dem Urteil weiterhin die Klarstellung, dass die Zwei-Monatsfrist keine zeitliche Begrenzung der Rechtsstellung der Miterben bedeutet, wenn sie innerhalb dieser Frist ihr Vorkaufsrecht geltend gemacht haben. Üben die Miterben ihr Vorkaufsrecht bei einem Kaufvertrag aus, ist es dafür verbraucht. Es kann nicht mehr bei einer später erfolgten Übertragung erneut verwandt werden.⁹⁹ Das Vorkaufsrecht wirkt gegenüber dem Käufer. Es verpflichtet ihn, falls er den Erbteil übertragen erhalten hat, zur Rückübertragung an die Miterben. Die Miterben müssen ihr Vorkaufsrecht nach der Mitteilung des Vertragsabschlusses gegenüber dem Verkäufer innerhalb von zwei Monaten ausüben. Der Dritte kann sich nach einer später vollzogenen dinglichen Übertragung nicht darauf berufen, dass die Miterben nicht rechtzeitig ihr Vorkaufsrecht gegenüber ihm ausgeübt hätten.

cc) Ergebnis

Der *BGH* hat hier folgerichtig die planwidrige Regelungslücke des § 2035 I 1 BGB durch eine Analogiebildung beseitigt. Sie wird dem Sinn und Zweck der Norm gerecht, eine Erbengemeinschaft vor dem Eindringen Dritter zu schützen. Ein gegenüber dem Verkäufer geltend gemachtes Vorkaufsrecht wirkt demnach auch auf das möglicherweise zeitlich spätere Verfügungsgeschäft, die Eintragung, durch. Der Käufer wird darüber informiert, ob ein Vorkaufsrecht ausgeübt worden ist oder nach dem Vorliegen der Mitteilungen an die Miterben innerhalb von zwei Monaten erfolgen kann.

⁹⁸ *BGH DNotZ* 1971, 744 (746).

⁹⁹ A. A. M. Wolf, in: Soergel, (Fn. 2).

Auf diese Weise lassen sich unliebsame Überraschungen vermeiden, wenn dem Käufer die Drittwirkung eines gegenüber dem Verkäufer erklärten Vorkaufsrechts dargelegt wird. Durch die neuere Rechtsprechung und die h. M. im Schrifttum erhält der Notar beim Erbteilskauf eine noch wichtigere Beratungsfunktion. Dem Käufer muss klar sein, dass er sich nach der Ausübung des Vorkaufsrechts im eigenen Interesse erkundigen muss.

V. Ergebnis

Das Urteil *BGH DNotZ* 2002, 297 ff. ist zu begrüßen. Der *BGH* hat sich für die analoge Anwendung des § 2035 BGB stark gemacht. Diese Analogiebildung stimmt mit dem Sinn und Zweck der Norm, ein Eindringen Dritter in die Erbengemeinschaft zu verhindern, überein. Mit einem Hinauszögern des Verfügungsgeschäfts über die Zwei-Monatsfrist hinaus könnten die Vertragsparteien das Vorkaufsrecht der Miterben umgehen. Ein gegenüber dem Verkäufer geltend gemachtes Vorkaufsrecht greift daher gegenüber dem Käufer durch, wenn der dingliche Erwerb nach der Zwei-Monatsfrist stattfindet. Der Käufer muss auch danach mit dem Verlust des dinglich erworbenen Anteils rechnen.

Neben dieser durch den *BGH* klargestellten Regelung ist bei dem Erbteilskauf immer auf die gegenseitige Sicherung zu achten. Das ist je nach Fallgestaltung mit einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung sinnvoll.

Die neuen Schellhammer!

Erbrecht nach Anspruchsgrundlagen

Von Kurt Schellhammer, Präsident des LG Konstanz
a.D. 2., neu bearbeitete Auflage 2006.
XLV, 538 Seiten. € 70,- ISBN 3-8114-5158-8
(Recht in der Praxis)

„Die Lektüre lohnt sich während der gesamten juristischen Ausbildung und bietet gerade in den examensrelevanten Bereichen eine optimale Basis für den Lernerfolg.“ StudJur-Online.de 9/04

Familienrecht nach Anspruchsgrundlagen samt Verfahren in Familien-, Kindschafts- und Betreuungssachen

Von Kurt Schellhammer, Präsident des LG Konstanz
a.D. 4., neu bearbeitete Auflage 2006. Ca. 850 Seiten.
Ca. € 78,- ISBN 3-8114-5159-6 (Recht in der Praxis)

„Insgesamt kann das Werk jedem in der Ausbildung befindlichen Juristen, der sich für das Familienrecht entscheidet, ebenso empfohlen werden wie Familienrichtern und Anwälten, die in der Materie einsteigen wollen oder müssen, aber auch erfahrenen Praktikern. Sie werden alle ihre Freude bei der Lektüre dieses Werkes haben.“

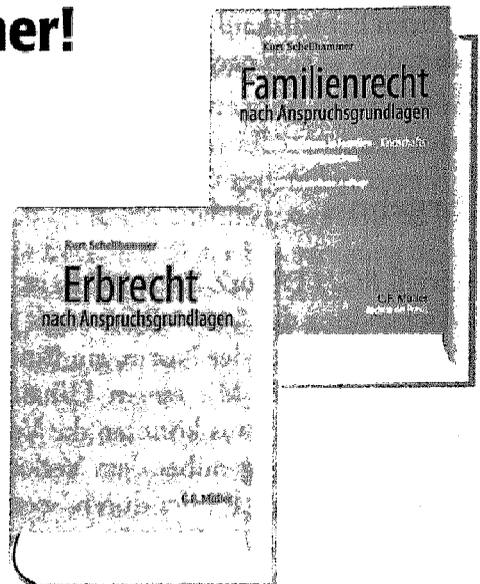
RA und FA für Familienrecht Dr. Lothar Müller in:
FamRZ Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 8/05

Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil

Von Kurt Schellhammer, Präsident des LG Konstanz
a.D. 6. neu bearbeitete Auflage. 2005.
LVII, 1.116 Seiten. € 88,- ISBN 3-8114-3114-5
(Recht in der Praxis)

„... Fazit: Ein perfektes Handbuch für den Referendar und Rechtsanwalt, um bei Bedarf gezielt Kenntnisse aufzufrischen.“ K.Damrow in referendar.net 7/05

C.F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, Im Weiher 10, 69121 Heidelberg
Kundenbetreuung München: Bestell-Tel. 089/54852-8178, Bestell-Fax 089/54852-8137
E-Mail: kundenbetreuung@hjr-verlag.de. Internet: www.cfmueller-campus.de



Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen samt Wohnungseigentums- und Grundbuchrecht

Von Kurt Schellhammer, Präsident des LG Konstanz
a.D. 2., neu bearbeitete Auflage. 2005. LIV, 678 Seiten.
€ 76,- ISBN 3-8114-3116-1 (Recht in der Praxis)

„Fazit: Ob für Referendare oder junge Berufsanfänger. Dieses Werk von Schellhammer ist für jeden, der sich einen soliden Einblick in das 'Recht in der Praxis' verschaffen will, unentbehrlich.“

A. Morgendahl in jumag 7/2002

Zivilprozess

Gesetz – Praxis – Fälle

Von Kurt Schellhammer, Präsident des LG Konstanz
a.D. 11., neu bearbeitete Auflage. 2004.
LXXV, 1.020 Seiten. Gebunden. € 88,-
ISBN 3-8114-3112-9 (Recht in der Praxis)

*„Mit diesem umfangreichen Werk lässt sich fast jede Fragestellung aus dem Zivilprozessrecht lösen.“
justament 3/2004*



Moritz Lange*

Der Fall Mangold – Das Verbot der Altersdiskriminierung im Europarecht

Abstract

Die Umsetzung des europäischen Antidiskriminierungsrechts sorgt in Deutschland für viele Diskussionen. Beginnend mit einem Gesetzesentwurf vom 10. 12. 2001 bedurfte es bis zum Inkrafttreten des „Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes“ am 18. 8. 2006 eines langwierigen Prozesses. In der Rechtssache „Mangold“ (EuZW 2006, S. 17–20) setzte der *Europäische Gerichtshof* – unter Inkaufnahme weitreichender Konsequenzen – ein Zeichen gegen die zögerliche deutsche Umsetzungspraxis: Durch die Schaffung eines gemeinschaftsrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung beförderte er den Inhalt einer europäischen Antidiskriminierungsrichtlinie auf die Ebene des Primärrechts und sorgte so für eine Verstärkung der Richtlinienwirkung. Die Urteilsanalyse untersucht die methodische Richtigkeit dieses Vorgehens und versucht, die neuen Ansätze des *EuGH* in seine bisherige Rechtsprechung einzupassen.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im 7. Fachsemester an der Universität Heidelberg.

A. Sachverhalt

In der Rechtssache „Mangold“ hatte der *EuGH* über folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Ein Rechtsanwalt hatte im Juni 2003 mit dem 56jährigen Herrn *Mangold* einen befristeten Arbeitsvertrag geschlossen. Die Befristung wurde im Vertrag ausdrücklich auf § 14 Abs. 3 S. 4 i. V. m. S. 1 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) gestützt. Diese Vorschrift erlaubt es, Arbeitnehmer, die älter als 52 Jahre sind, befristet einzustellen, ohne dass es eines sachlichen Grundes für die Befristung bedürfte. Schon wenige Wochen nach Vertragsschluss rief Herr *Mangold* das *Arbeitsgericht München* an und beantragte festzustellen, dass die Befristungsabrede unwirksam sei und deshalb ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bestehe. Da das Gericht Zweifel an der Vereinbarkeit des § 14 Abs. 3 TzBfG mit dem Gemeinschaftsrecht hatte, setzte es das Verfahren aus und stellte dem *EuGH* mehrere Fragen zur Vorabentscheidung (Art. 234 EG). Diese bezogen sich darauf, ob § 5 und § 8 der Richtlinie 1999/70/EG¹ (im Folgenden: Befristungsrichtlinie) sowie Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG² (im Folgenden: Gleichbehandlungsrichtlinie) so auszulegen sind, dass sie einer Regelung wie § 14 Abs. 3 TzBfG entgegenstehen. Des Weiteren fragte das Gericht, welche Folgen eine bejahende Antwort für die Anwendbarkeit der in Rede stehenden nationalen Vorschrift habe.³

Der *EuGH* sprach die Unanwendbarkeit von Vorschriften wie § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG mit einer Begründung aus, die Auswirkungen auf das gesamte europäische Antidiskriminierungsrecht haben dürfte.

B. Konstruierter Fall

Bereits die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens war umstritten: Denn es bestand der Verdacht, dass die Parteien den Rechtsstreit bloß konstruiert hatten, um dem *Arbeitsgericht München* Gelegenheit zur Überprüfung des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG zu geben. Für die Begründetheit eines solchen Verdachts sprach insbesondere eine Vertragsklausel, in der die Parteien ihre Einigkeit darüber erklärten, dass § 14 Abs. 3 S. 4 i. V. m. S. 1 TzBfG der *einzig*e Befristungsgrund, auf den die Befristungsabrede gestützt werde, sei. Dies erschien angesichts der Existenz anderer möglicher Befristungsgründe (z. B. § 14 Abs. 2 TzBfG), die für eine Aufrechterhaltung des Vertrags trotz einer etwaigen Unanwendbarkeit des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG hätten sorgen können, auffällig. Hinzu kam die Behauptung der Bundesregierung, die Parteien des Ausgangsrechtsstreits seien hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung des Streitgegen-

1 Richtlinie des Rates vom 28. 6. 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. EG Nr. L 175 vom 10. 7. 1999, S. 43.

2 Richtlinie des Rates vom 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG Nr. L 303 vom 2. 12. 2000, S. 16.

3 *ArbG München*, NZA-RR 2005, S. 43.

stands einer Meinung; insbesondere habe der Rechtsanwalt zuvor auf politischer Ebene vergeblich gegen § 14 Abs. 3 TzBfG gekämpft.

Der *EuGH* sah in dem Verdacht der Konstruiertheit des Falls jedoch keinen hinreichenden Grund, das Vorabentscheidungsersuchen als unzulässig zurückzuweisen. Zwar verlange der im Vorabentscheidungsverfahren vorherrschende „Geist der Zusammenarbeit“, dass das nationale Gericht die Handlungsfähigkeit des *EuGH* nicht durch Anforderung von Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen beeinträchtige; in offensichtlichen Fällen sei daher eine Abweisung des Ersuchens möglich. Da der streitige Arbeitsvertrag aber tatsächlich durchgeführt worden sei und sich in diesem Rahmen Fragen nach der Auslegung des Gemeinschaftsrechts ergäben, ließe sich das Bestehen eines objektiven Bedürfnisses nach Klärung der Vorlagefragen nicht in Abrede stellen.

Diese Begründung erscheint fragwürdig, da es wohl nicht allein auf den tatsächlichen Abschluss eines Vertrages und dessen Durchführung durch die Vertragsparteien ankommen kann. Vielmehr muss gefragt werden, ob die hierauf gestützte Klage mit den Grundsätzen von Treu und Glauben zu vereinbaren ist bzw. ob für sie überhaupt ein Rechtsschutzbedürfnis besteht.⁴ Dies wäre im Fall einer bloßen „Künstlichkeit“ des Streits in der Regel zu verneinen, da es den Parteien in Wirklichkeit gar nicht um die Entscheidung eines Rechtsstreits, sondern um die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage geht, für welche die Rechtsordnung keine Klagemöglichkeit vorsieht.

Im Ergebnis ist die Linie des *EuGH*, die Zulässigkeit von Vorabentscheidungsersuchen lediglich in offensichtlichen Fällen zu verneinen und sich ansonsten auf die Einschätzung der vorlegenden Gerichte zu verlassen, allerdings sinnvoll. Die Versagung von Rechtsschutz aufgrund des Vorwurfs der Konstruiertheit des Streits ist ein schwerwiegender Eingriff, der durch einen bloßen Missbrauchsverdacht nicht gerechtfertigt werden kann. Ob aber ein Missbrauch tatsächlich vorliegt und damit auch die Frage, ob die Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens notwendig ist, kann das nationale Gericht aufgrund seiner unmittelbaren Sachverhaltskenntnis in der Regel besser beurteilen, als der *EuGH* es könnte.

C. Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Befristungsrichtlinie (1999/70/EG)

In materieller Hinsicht hatte sich der *EuGH* zuerst mit der Vereinbarkeit von Regelungen wie § 14 Abs. 3 TzBfG mit der Befristungsrichtlinie zu beschäftigen. Die Befristungsrichtlinie dient der Durchführung (Art. 139 Abs. 2 EG) einer Rahmenvereinbarung, die von den auf Gemeinschaftsebene tätigen Arbeitnehmer- und Arbeitgebervereinigungen geschlossen wurde, und übernimmt die Rahmenvereinbarung zu diesem Zweck wörtlich. Die Rahmenvereinbarung sieht vor, dass unbefristete Ar-

⁴ So z. B. die Haltung des *BVerwG* zu sog. „Sperrgrundstücksklagen“ gegen Planfeststellungsbeschlüsse, *BVerwGE* 112, 135 (137 f.); kritisch auch *Streinz*, *JuS* 2006, S. 357, 358.

beitsverträge die übliche Form von Beschäftigungsverhältnissen sein sollen. Eine Befristung von Arbeitsverträgen ist danach nur in Ausnahmefällen zulässig.

Das Arbeitsgericht fragte den *EuGH*, ob die Regelung des § 5 Nr. 1⁵ der Befristungsrichtlinie so auszulegen sei, dass sie einer Vorschrift wie § 14 Abs. 3 TzBfG entgegenstehe. Diese Frage konnte der *EuGH* jedoch ohne größeren Begründungsaufwand unbeantwortet lassen, weil § 5 Nr. 1 der Richtlinie nur den Missbrauch von *Kettenarbeitsverträgen* verhindern will: Da der in Rede stehende Arbeitsvertrag nicht mit weiteren nachfolgenden Verträgen verknüpft war, war § 5 Nr. 1 der Richtlinie offensichtlich nicht einschlägig.

Der zweite Teil der ersten Frage bezog sich auf die Auslegung des § 8 Nr. 3 der Richtlinie. Diese Vorschrift will im Sinne eines „Verschlechterungsverbots“ verhindern, dass die Umsetzung der von den Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden geschlossenen Vereinbarung als Rechtfertigung für die Senkung des allgemeinen Niveaus des Arbeitnehmerschutzes dient. Derartige Klauseln finden sich häufig in sozialrechtlichen Richtlinien der Gemeinschaft.

Im deutschen Recht ist das Mindestalter für die uneingeschränkte Zulässigkeit von befristeten Arbeitsverträgen in der Vergangenheit mehrmals herabgesetzt worden: Während ursprünglich eine Befristung von Arbeitsverträgen uneingeschränkt erst ab dem vollendeten 60. Lebensjahr des Arbeitnehmers zulässig war, wurde dieses Alter gemeinsam mit der Umsetzung der Befristungsrichtlinie im Jahr 2000 auf 58 und 2002 nochmals im Zuge der Hartz-Gesetzgebung auf 52 Jahre gesenkt. Herr *Man-gold* betrachtete diese Absenkungen als Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot.

Der *EuGH* teilte diese Auffassung in seiner Antwort auf die entsprechende Frage des Arbeitsgerichts nicht. Zwar sei der von § 8 Nr. 3 der Richtlinie verwendete Begriff der „Umsetzung“, in deren Rahmen das Verschlechterungsverbot Beachtung finden muss, weit auszulegen: So erfasse der Begriff nicht nur die ursprüngliche Umsetzung (dies meinte das vorliegende Gericht und beschränkte seine Frage daher auf die Absenkung im Jahr 2000), sondern auch spätere Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Der Anwendungsbereich des Verschlechterungsverbots erstreckte sich allerdings nur auf solche Maßnahmen, die der Erreichung des Richtlinienziels dienen sollen. Diese Abgrenzung hatte deutlicher noch der Generalanwalt *Tizziano* in seinen Schlussanträgen dargelegt: Bei Verschlechterungsverboten handele es sich nicht um „Stillhalte-klauseln“, sondern um „Transparenzklauseln“.⁶ Eine Verminderung des bestehenden nationalen Standards ist danach trotz Verschlechterungsverbots auch in dem von einer Richtlinie erfassten Bereich ohne Weiteres möglich, vorausgesetzt der Mitgliedstaat beruft sich zu deren Rechtfertigung nur nicht auf die Richtlinie. Letztlich haben Verschlechterungsverbote damit keinen echten materiellen Gehalt, sondern dienen einerseits der Eigenständigkeit nationaler Entscheidungsvorgänge, andererseits der

5 Der hier relevante Teil der Vorschrift lautet: „Um Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden, ergreifen die Mitgliedstaaten (...), wenn keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsverhinderung bestehen, (...) eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen: (...)“

6 Rn. 61 f. der Schlussanträge.

Pflege des Images der Gemeinschaft, die nicht grundlos für Verschlechterungen sozialer Standards verantwortlich gemacht werden will. Der deutschen Regierung gelang es – obwohl die Senkung auf 58 Jahre in dem der Umsetzung der Befristungsrichtlinie dienenden TzBfG erfolgt war – schlüssig darzulegen, dass nicht die Richtlinie Rechtfertigung für die Ausweitung der Befristungsregelungen gewesen sei. Der *EuGH* ließ sich überzeugen, dass vielmehr die eigenständige nationale Zielsetzung, die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer in Deutschland zu fördern, Anlass zur Herabsetzung des maßgeblichen Alters gegeben hatte, und verneinte daher einen Verstoß gegen das in der Richtlinie enthaltene Verschlechterungsverbot.

D. Verbot der Altersdiskriminierung

Das *Arbeitsgericht München* hatte weiterhin die Vereinbarkeit des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG mit der Gleichbehandlungsrichtlinie bezweifelt und dem *EuGH* eine entsprechende Frage zur Auslegung der Richtlinie gestellt. Bei der Beantwortung dieser Frage stellte der *EuGH* in dogmatisch zweifelhafter Weise einen bisher nicht gekannten allgemeinen Rechtsgrundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung auf. Die Gemeinschaftsrechtskonformität von Regelungen wie § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG lehnte er wegen Verstoßes gegen diesen neuen Rechtsgrundsatz ab.

Bevor er aber darauf einging, widmete er sich der Auslegung der Gleichbehandlungsrichtlinie.

I. Vereinbarkeit des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG mit der Gleichbehandlungsrichtlinie (2000/78/EG) und dem gemeinschaftsrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung

1. Gleichbehandlungsrichtlinie

Diese Rahmenrichtlinie, die auf Art. 13 EG beruht, soll der Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf dienen. Dazu zählt sie in ihrem Art. 1 verschiedene Merkmale – darunter auch das Alter – auf, deretwegen, wie Art. 2 festlegt, weder unmittelbar noch mittelbar diskriminiert werden darf. Art. 4 und 6 sehen Ausnahmen vor. Nach Art. 6 Abs. 1 ist eine Ungleichbehandlung wegen des Alters dann keine Diskriminierung, wenn sie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt und zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich ist. Deutschland hatte die Richtlinie infolge einer Fristverlängerung bis zum 2. 12. 2006 umzusetzen.

Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden.⁷ Daher begründet die Regelung des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG, die es erlaubt, dass mit Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, uneingeschränkt befristete Arbeitsverträge geschlossen werden, eine unmittelbar auf dem

⁷ Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, 2. Auflage (2002), Art. 6 EU Rn. 174.

Alter beruhende Ungleichbehandlung. Allerdings bestimmt schon Art. 6 Abs. 1 der Gleichbehandlungsrichtlinie ausdrücklich, dass Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarkt zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen wegen des Alters geeignet sind. Das vom deutschen Gesetzgeber verfolgte Ziel der Förderung der beruflichen Eingliederung älterer Arbeitnehmer erkennt der *EuGH* daher grundsätzlich als einen die Ungleichbehandlung rechtfertigenden Grund an. Dagegen hält er eine Regelung wie § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG nicht für „angemessen und erforderlich“. Denn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei nur gewahrt, wenn Ausnahmen von einem Individualrecht so weit wie möglich mit den Erfordernissen des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Einklang gebracht werden. Dies sei aber dadurch, dass § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG die Befristung von Arbeitsverträgen unabhängig von der persönlichen Situation des Arbeitnehmers und der Struktur des Arbeitsmarkts unter ausschließlicher Anknüpfung an das Alter für zulässig erklärt, nicht gewährleistet. Denn es sei nicht nachgewiesen, dass die Festlegung einer Altersgrenze unabhängig von anderen Erwägungen objektiv erforderlich sei, um das angestrebte beschäftigungspolitische Ziel zu erreichen. Dies überzeugt: Die pauschale schwerwiegende⁸ Benachteiligung älterer Arbeitnehmer ist angesichts komplexer Arbeitsmarktstrukturen nicht das relativ mildeste Mittel. Zwar hat die Regelung des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG möglicherweise den „Charme“ der Einfachheit. Sie erfasst aber nicht nur Arbeitslose, denen sie die Wiedereingliederung in das Berufsleben ermöglichen soll, sondern z. B. auch solche Personen, die aus einem ungekündigten Arbeitsverhältnis eine neue Stellung suchen. Worin der Sinn liegen könnte, diese Personen in befristete Arbeitsverhältnisse zu drängen, ist nicht ersichtlich.⁹ Konsequenterweise stellte der *EuGH* daher fest, dass eine Regelung wie § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG nicht durch Art. 6 der Gleichbehandlungsrichtlinie gerechtfertigt werden kann.

Er hatte jedoch noch zu begründen, warum dieser Feststellung¹⁰ nicht entgegensteht, dass die Frist zur Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinie noch nicht abgelaufen war. Zu diesem Zweck beruft er sich auf seine Rechtsprechung¹¹ zur Vorwirkung von Richtlinien, die es den Mitgliedstaaten verbietet, während der Umsetzungsfrist Vorschriften zu erlassen, die geeignet sind, die Erreichung des in der Richtlinie vorgeschriebenen Ziels ernstlich in Frage zu stellen. Obwohl § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG – wie die Vorschrift selbst anordnet – seine Gültigkeit am 31. 12. 2006 verlor, wird man mit

8 Faktisch bewirkt die Regelung, dass Arbeitnehmern bereits ab dem 50. Lebensjahr (vgl. § 14 Abs. 2 i. V. m. Abs. 3 S. 2 TzBfG) der gesetzliche Befristungsschutz verweigert wird.

9 Ob diese Personen, wie *Bauer/Arnold*, auf „Junk“ folgt „Mangold“ – Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht, NJW 2006, S. 6, 8, annehmen, unter Geltung des § 14 Abs. 3 TzBfG tatsächlich die Wahl haben, sich auf befristete Angebote bei einem neuen Arbeitgeber nicht einzulassen, erscheint zweifelhaft, vgl. *Schiek*, Grundsätzliche Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote nach der Entscheidung *Mangold*, AuR 2006, S. 145, 147.

10 Genau genommen steht der *Feststellung* der Richtlinienwidrigkeit auch vor Ablauf der Umsetzungsfrist nichts entgegen, vgl. *Jarass/Beljin*, Grenzen der Privatbelastung durch unmittelbar wirkende Richtlinien, EuR 2004, S. 714, 716. Problematisch ist allein, ob der Richtlinienverstoß zu diesem Zeitpunkt schon Rechtsfolgen nach sich ziehen kann.

11 *EuGH* Rs. C-129/96, Slg. 1997, I-7411, Rn. 45 ff. – *Inter-Environnement Wallonie*.

dem *EuGH* vertreten können, dass er die Erreichung des Richtlinienziels ernstlich gefährdete. Denn immerhin wurden durch ihn bestimmte Jahrgänge endgültig vom gesetzlichen Befristungsschutz ausgeschlossen. Zur Begründung, dass § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG bereits zum Entscheidungszeitpunkt gegen Gemeinschaftsrecht verstieß, argumentierte der *EuGH* weiterhin damit, dass der Bundesrepublik in Art. 18 Abs. 2 der Gleichbehandlungsrichtlinie aufgegeben wird, die Kommission jährlich über die bei der Umsetzung der Richtlinie erzielten Fortschritte zu informieren. Daraus schließt er unter Verweis auf den Grundsatz des „*effet utile*“, dass es dem Mitgliedstaat verwehrt ist, während der Umsetzungsfrist Maßnahmen zu erlassen, die mit dem Richtlinienziel unvereinbar sind. Diese Rechtsprechung ist in der Literatur kritisiert worden: Die Mitgliedstaaten, denen der *EuGH* auf dem Gebiet der Arbeitspolitik einen weiten Ermessensspielraum zugesteht¹², dürften auch während der Umsetzungsfrist einer arbeitsrechtlichen Richtlinie nicht daran gehindert werden, befristete Experimentierklauseln wie § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG zu erlassen.¹³

2. Gemeinschaftsrechtliches Verbot der Altersdiskriminierung

Aber auch dem *EuGH* selbst scheinen die eigenen Argumente nicht schlagkräftig genug zu sein. Denn er stellt weiterhin fest, dass der „Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“ und darin enthalten auch das „Verbot der Diskriminierung wegen des Alters“ nicht in der Gleichbehandlungsrichtlinie selbst verankert, sondern ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, d. h. Bestandteil des Primärrechts, sei. Dies ergebe sich aus den Begründungserwägungen der Gleichbehandlungsrichtlinie, wonach das Verbot der in der Richtlinie genannten Formen der Diskriminierung seinen Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten habe. Die Wahrung dieses allgemeinen Grundsatzes könne nicht vom Ablauf der Umsetzungsfrist einer Richtlinie abhängen. Da eine Vorschrift wie § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG nicht mit dem Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung vereinbar sei, müsse das nationale Gericht sie aus Gründen der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts unangewendet lassen.

II. Herleitung und Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung

1. Herleitung des neuen Altersdiskriminierungsverbots

Die knappe Begründung, die der *EuGH* zur Herleitung des von ihm gefundenen Grundsatzes gibt, trägt kaum.

Er leitet das Verbot der Altersdiskriminierung aus völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ab. Dies entspricht

12 Siehe Rn. 63 des Urteils.

13 *Bauer/Arnold* (Fn. 9), S. 8 f.

zwar methodisch der bekannten Praxis des Gerichts¹⁴, Rechtsgrundsätze der Gemeinschaft im Wege der Rechtsvergleichung zu ermitteln. Betrachtet man aber die in Bezug genommenen völkerrechtlichen Verträge, so ergibt sich, dass in keinem von ihnen das Alter ausdrücklich als Kriterium für ein Diskriminierungsverbot genannt ist.¹⁵ Auch unter den Mitgliedstaaten findet sich ein Verbot der Altersdiskriminierung nur in der finnischen und der portugiesischen Verfassung.¹⁶ In Art. 3 Abs. 3 GG ist das Alter zum Beispiel nicht genannt. Der Verweis darauf, dass die vom *EuGH* angestellte Rechtsvergleichung einen wertenden Charakter habe und deshalb hauptsächlich maßgeblich sei, ob sich der jeweilige Rechtsgrundsatz in die Ziele und Strukturen des Gemeinschaftsrechts einfüge, kann nicht über das Fehlen völker- und verfassungsrechtlicher Traditionen hinweghelfen.¹⁷ Mag die Entwicklung von europäischen Rechtsgrundsätzen auch ein autonomer Vorgang¹⁸ sein, so kann eine „wertende Rechtsvergleichung¹⁹“ doch nicht nur aus Wertungen bestehen. Zudem verstößt die Annahme eines in primärrechtlichem Range stehenden Verbots der Altersdiskriminierung in systematischer Hinsicht gegen Art. 13 EG, der nur eine Ermächtigung zum Erlass von Maßnahmen gegen Altersdiskriminierung enthält, dem nach nahezu einhelliger Ansicht aber keine unmittelbare Wirkung zukommt.²⁰

2. Inhalt des primärrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung und Einpassung in die bisherige Gleichheitsrechtsprechung des *EuGH*

a) Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen Älterer

Fiel die Begründung für die Gewinnung des Verbots der Altersdiskriminierung kurz aus, so verzichtet der *EuGH* gänzlich auf eine Erläuterung des Inhalts dieses neuen Grundsatzes.

Eine solche wäre aber angesichts der Unsicherheiten, die sich bereits jetzt im Umgang mit der europäischen Gleichheitsrechtsprechung ergeben, sinnvoll gewesen. So

14 Siehe z. B. *EuGH* Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 Rn. 13 – *Nold*; Rs. C-299/95, Slg. 1997, I-2629 Rn. 14 – *Kremzow*.

15 *Preis*, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall „Mangold“ und die Folgen, NZA 2006, S. 401, 406 f. Ein ausdrückliches Verbot der Altersdiskriminierung enthalten lediglich Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union – ABl. EG Nr. C 364 v. 18. 12. 2000, S. 1 ff. – und Art. II-21 des Entwurfs des Vertrages über eine Verfassung für Europa. Diese sind aber nicht rechtlich verbindlich und stellen daher keine Rechtserkenntnisquellen im Rahmen des Art. 6 Abs. 2 EU dar.

16 *Richter/Bouchouaf*, Das Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts – der Beginn eines umfassenden europäischen Antidiskriminierungsrechts?, NVwZ 2006, S. 538, 539 f.

17 So aber ebd., S. 540.

18 *Streinz*, Europarecht, 7. Auflage (2005), Rn. 761.

19 Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die europäische Rechtssetzung heben *Hilf/Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band I, Stand: Juni 2006, Art. 6 EUV Rn. 50, hervor.

20 *Reich*, EuZW 2006, S. 20, 21; vgl. auch *Richter/Bouchouaf*, Reichweite und Grenzen des Art. 13 EGV – unmittelbar anwendbares Diskriminierungsverbot oder lediglich Kompetenznorm?, Jura 2006, S. 651, 654 f.

ist schon bisher unklar, wie Ungleichbehandlungen, die gegen den vom *EuGH* bereits seit langem anerkannten allgemeinen Gleichheitssatz verstoßen, zu rechtfertigen sind. Wann in diesem Zusammenhang eine Willkürprüfung genügt und wann eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen ist, ist aus der bisherigen Rechtsprechung nicht hinreichend deutlich geworden.²¹ Die Verwirrung verstärkt sich dadurch, dass der *EuGH* dazu neigt, die besonderen Gleichheitssätze des Primärrechts (z. B. Art. 12 EG, Art. 141 EG) als Ausfluss des allgemeinen Gleichheitssatzes zu bezeichnen und oft im Unklaren lässt, aus welcher dieser Garantien er seine Aussagen ableitet.²²

Auch wenn der *EuGH* den von ihm gefundenen Grundsatz nicht ausdrücklich erläutert, lässt sich der Entscheidung aber doch eine Aussage über die Schranken des Verbots der Altersdiskriminierung entnehmen. Denn der *EuGH* geht nach der Ablehnung der Vereinbarkeit von Regelungen wie § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG mit der Gleichbehandlungsrichtlinie ohne weitere Begründung auch von einer Unvereinbarkeit solcher Vorschriften mit dem Verbot der Altersdiskriminierung aus. Daraus kann geschlossen werden, dass sich die an eine Rechtfertigung eines Verstoßes gegen das Verbot der Altersdiskriminierung zu stellenden Anforderungen der Gleichbehandlungsrichtlinie entnehmen lassen.²³ Davon, dass das neu geschaffene Diskriminierungsverbot strengere Anforderungen an eine Rechtfertigung stellt oder sogar ein absolutes Verbot ist, kann nicht ausgegangen werden, da ansonsten Art. 6 der Gleichbehandlungsrichtlinie mit dem Verbot der Altersdiskriminierung unvereinbar wäre. Demnach ist eine Ungleichbehandlung gegenüber dem Altersdiskriminierungsverbot gerechtfertigt, wenn mit ihr ein legitimes Ziel verfolgt wird und die Ungleichbehandlung zur Erreichung des Ziels verhältnismäßig ist.

Angesichts dieser Beschränkbarkeit des Verbots der Altersdiskriminierung stellt sich die Frage, welche eigenständige Bedeutung dem Verbot gegenüber dem gemeinschaftsrechtlich anerkannten allgemeinen Gleichheitssatz zukommt. Wie bereits erwähnt, stellt der *EuGH* im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes bei der Überprüfung der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen häufig eine Verhältnismäßigkeitsprüfung an. Die Bedeutung des Diskriminierungsverbots wegen des Alters kann sich daher nicht in der Festlegung des Erfordernisses der Verhältnismäßigkeit einer Ungleichbehandlung erschöpfen, wenn man ihm nicht einen Großteil seiner eigenständigen Bedeutung absprechen will. Auch wenn der *EuGH* es nicht ausdrücklich ausspricht, gibt er dem Altersdiskriminierungsverbot seine besondere Bedeutung dadurch, dass er – ähnlich der älteren deutschen Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 3 GG²⁴ – eine Differenzierung *allein wegen* des Alters niemals als gerechtfertigt ansieht. Eine Ungleichbehandlung ist danach nur dann gerechtfertigt, wenn andere

21 Verhältnismäßigkeitsprüfung z. B. in *EuGH* Rs. 245/81, Slg. 1982, 2745 Rn. 13 – *Edeka*; Willkürprüfung z. B. in *EuGH* Rs. 106/81, Slg. 1982, 2885 Rn. 22 – *Kind*.

22 *Kischel*, Zur Dogmatik des Gleichheitssatzes in der Europäischen Union, EuGRZ 1997, S. 1, 3 f.

23 *Richter/Bouchouaf* (Fn. 16), S. 540.

24 *BVerfGE* 57, 335 (342); *BGHZ* 11, Anh. 34 (59 f.).

Gründe als das Alter zu ihrer Rechtfertigung angeführt werden können und die Ungleichbehandlung in Anbetracht dieser Gründe verhältnismäßig ist. Dass der *EuGH* diesem Schema folgt, ergibt sich daraus, dass er grundsätzlich bereit war, die beschäftigungspolitischen Gründe der Bundesregierung als Rechtfertigung für die Schlechterstellung älterer Arbeitnehmer zu akzeptieren. Da ihm aber die pauschale Differenzierung des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG auch angesichts dieser beschäftigungspolitischen Zielsetzung zu weit ging, sah er die Ungleichbehandlung als nicht gerechtfertigt an. Im Vergleich zur aktuellen Rechtsprechung des *BVerfG*, das besondere Diskriminierungsverbote grundsätzlich als „Anknüpfungsverbote“²⁵ versteht, ist die Sichtweise des *EuGH* zum Verbot der Altersdiskriminierung nicht sehr streng. Die praktische Relevanz des neuen Rechtsgrundsatzes dürfte sich daher und insbesondere angesichts des schon seit langem auf Gemeinschaftsebene bestehenden allgemeinen Gleichheitssatzes in überschaubaren Grenzen halten.

b) Drittwirkung des primärrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung

Sehr bedeutsam wäre die Einführung des Verbots der Altersdiskriminierung – auch gegenüber dem allgemeinen Gleichheitssatz – allerdings dann, wenn das Verbot Drittwirkung entfalten würde, sich also ein Arbeitnehmer gegenüber einem Arbeitgeber direkt auf dieses berufen könnte. Der allgemeine Gleichheitssatz entfaltet eine solche Wirkung in der Regel nicht, sondern bindet nur den Staat.²⁶ Dass für das Verbot der Altersdiskriminierung anderes gelten soll, ließe sich möglicherweise den Leitsätzen²⁷ des Urteils entnehmen, in denen das Verbot der Altersdiskriminierung mit dem in der Gleichbehandlungsrichtlinie enthaltenen Gleichbehandlungsgrundsatz gleichgesetzt wird: Denn das Gleichbehandlungsgebot der Richtlinie soll den Arbeitgeber binden.²⁸ Wäre eine Drittwirkung des neuen Rechtsgrundsatzes zu bejahen, so hätte dies weitreichende Konsequenzen für den Privatrechtsverkehr.²⁹ Dies gilt umso mehr, als zu erwarten ist, dass sich die anderen in Art. 1 der Gleichbehandlungsrichtlinie genannten Merkmale in gleicher Manier wie das Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeine Rechtsgrundsätze auf die Ebene des Primärrechts heben

25 *BVerfGE* 85, 191 (206); 89, 276 (288); 97, 35 (43).

26 Eine den Arbeitgeber unmittelbar verpflichtende Wirkung entfaltet aber das in Art. 141 EG verankerte Verbot von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, *EuGH* Rs. C-43/75, Slg. 1976, 455 Rn. 38/39 – *Defrenne*. Ob dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG Drittwirkung zukommt, ist streitig; dafür *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201, 235 f.

27 Siehe Leitsatz Nr. 2 S. 1.

28 Auch der Generalanwalt gibt in seinen Schlussanträgen (Rn. 84) Hinweise auf eine Drittwirkung. Diese beziehen sich allerdings auf den von ihm als Prüfungsmaßstab herangezogenen allgemeinen Gleichheitssatz. Er behauptet – über die bisherige Rechtsprechung des *EuGH* hinausgehend –, dass allgemeine Rechtsgrundsätze des Primärrechts im Horizontalverhältnis immer Drittwirkung entfalten, wenn sie nur hinreichend eindeutig und unbedingt sind.

29 Ob der neue Rechtsgrundsatz auf Beschäftigung und Beruf begrenzt ist, geht aus dem Urteil nicht deutlich hervor. Für einen darüber hinausgehenden Anwendungsbereich spricht Rn. 75 des Urteils, wo das Diskriminierungsverbot als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts bezeichnet wird, ohne dass eine Einschränkung gemacht wird.

lassen. Diese Merkmale, z. B. sexuelle Orientierung, Weltanschauung und Behinderung, erfüllen durch ihre Verankerung in der Gleichbehandlungsrichtlinie jedenfalls dieselben nach der Rechtsprechung des *EuGH* dafür offenbar maßgeblichen Voraussetzungen wie das Merkmal des Alters.

Das Szenario, dass ein Arbeitnehmer von nun an unter Berufung auf den neuen primärrechtlichen Grundsatz der Altersdiskriminierung direkt auf den Lohn des älteren Kollegen klagen kann, erscheint aber doch eher fernliegend.³⁰ Andere Anhaltspunkte als die missverständlichen Leitsätze des Urteils gibt es dafür nämlich nicht. Der *EuGH* charakterisiert das Verbot der Altersdiskriminierung als Ausfluss des nicht mit Drittwirkung ausgestatteten allgemeinen Gleichheitssatzes.³¹ Er hätte daher den drittwirkenden Gehalt des neuen Rechtsgrundsatzes besonders begründen müssen. Dies hat er aber nicht getan. Dass die in dem Urteil unter Berufung auf das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung ausgesprochene Rechtsfolge der Unanwendbarkeit von Vorschriften wie § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG auch Auswirkungen auf einen zwischen Privatpersonen geschlossenen Vertrag hat, ist eher zufällig und ändert daran nichts.

III. Horizontale Richtlinienwirkung

1. Begründung der Unanwendbarkeit nationaler Normen mit unmittelbar wirkender Richtlinie

Eine wichtige Folge der Mangold-Entscheidung besteht darin, dass sich ein nationaler Arbeitgeber von nun an beim Abschluss von Arbeitsverträgen nicht mehr auf die für ihn günstige Vorschrift des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG berufen kann. Soweit der *EuGH* dies mit dem neuen Verbot der Altersdiskriminierung begründet, stellt das keine Besonderheit dar. Denn dass allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die im Rang dem Primärrecht gleichstehen, Anwendungsvorrang gegenüber nationalen Vorschriften zukommt, ist anerkannt. Zur Begründung der Unanwendbarkeit der nationalen Vorschrift beruft der *EuGH* sich aber zusätzlich auf deren Unvereinbarkeit mit der Gleichbehandlungsrichtlinie. Dies wird in der Literatur teilweise als Verabschiedung der bisherigen ablehnenden Rechtsprechung des *EuGH* zur unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien in Horizontalverhältnissen gedeutet.³² Bisher wurde, unter anderem unter Berufung auf den Wortlaut des Art. 249 Abs. 3 EG, eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien nur dann für zulässig gehalten, wenn diese lediglich eine Verpflichtung des Staates mit sich bringt, nicht aber den Bürger verpflichtet.³³ In der Mangold-Entscheidung hat es den Anschein, als könnten Richtlinien, ohne in natio-

30 *Thüsing*, Europarechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz als Bindung des Arbeitgebers?, ZIP 2005, S. 2149, 2150.

31 Siehe Rn. 76 des Urteils.

32 *Gas*, Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien zu Lasten Privater im Urteil „Mangold“, EuZW 2005, S. 737.

33 *EuGH*, Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325 Rn. 20 ff. – *Faccini Dori*.

nales Recht umgesetzt zu sein – ja sogar ohne dass die Umsetzungsfrist abgelaufen wäre –, nun auch eine den Privaten, hier den Arbeitgeber, verpflichtende Wirkung entfalten.

2. Vorliegen einer unzulässigen horizontalen Richtlinienwirkung

Ob in der beschriebenen Wirkung der Gleichbehandlungsrichtlinie – Unanwendbarkeit des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG – allerdings tatsächlich eine nach der bisherigen Rechtsprechung unzulässige horizontale Richtlinienwirkung liegt, erscheint fraglich. Bei der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien kann zwischen einer („negativen“) Verbots- und einer („positiven“) Gestaltungswirkung unterschieden werden.³⁴ Im Fall Mangold entfaltet die Gleichbehandlungsrichtlinie lediglich eine Verbotswirkung, indem sie die Anwendbarkeit einer nationalen Vorschrift ausschließt. An die Stelle der unanwendbaren nationalen Vorschrift treten nicht die Regelungen der Richtlinie, sondern andere nationale Vorschriften; im Fall Mangold sind dies die allgemeineren Regelungen des § 14 Abs. 1 und 2 TzBfG. Dies führt zu einer Belastung des Arbeitgebers, der sich zur Begründung der Rechtmäßigkeit des von ihm geschlossenen Arbeitsvertrags nicht auf § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG berufen kann.

Bisher hatte der *EuGH* die Unanwendbarkeit nationaler Vorschriften in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten, soweit ersichtlich, nur im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen die „Richtlinie über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften“³⁵ ausgesprochen.³⁶ In den entsprechenden Urteilen³⁷ stellte er fest, dass der Verstoß gegen Verfahrensvorschriften dieser Richtlinie beim Erlass nationaler Rechtsvorschriften einen „wesentlichen Verfahrensfehler“ darstelle, der die Unanwendbarkeit der jeweiligen nationalen Vorschrift nach sich ziehe.³⁸ In der *Unilever*-Entscheidung führte er aus, dass seine Rechtsprechung zur horizontalen Direktwirkung auf diese Fälle keine Anwendung finde.³⁹ Denn es sei nicht die Richtlinie, die den materiellen Inhalt der Norm festlege, auf deren Grundlage das nationale Gericht den Rechtsstreit zu entscheiden habe. Die Richtlinie begründe dadurch, dass sie eine nationale Vorschrift unanwendbar mache, keine Rechte und Pflichten für Einzelne.

34 *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, Diss. Bayreuth 2002, S. 77 f.

35 Richtlinie 83/189/EWG vom 28. 3. 1983, ABl. EG Nr. L 108 vom 26. 4. 1983, S. 8; ersetzt durch die Richtlinie 98/34/EG vom 22. 6. 1998, ABl. EG Nr. L 204 vom 21. 7. 1998, S. 37.

36 Es gibt allerdings eine Vielzahl von Entscheidungen des *EuGH*, in denen er die Unanwendbarkeit nationalen Rechts nicht ausdrücklich erklärte, letztlich dem nationalen Gericht aber keine andere Wahl ließ, als eine nationale Vorschrift in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten unangewendet zu lassen. Einen Überblick geben die Schlussanträge des Generalanwalts *Colomer* vom 27. 4. 2004 zu den verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835 Rn. 31 ff. – *Pfeiffer*.

37 *EuGH*, Rs. C-194/94, Slg. 1999, I-2201 – *CIA Security*; Rs. C-443/98, Slg. 2000, I-7535 – *Unilever*.

38 Siehe Rn. 54 bzw. Rn. 49 der in Fn. 37 genannten Urteile.

39 Rs. C-443/98, Slg. 2000, I-7535, Rn. 50.

3. Abgrenzung zulässiger von unzulässiger horizontaler Richtlinienwirkung

In der Literatur sind als Reaktion auf diese Rechtsprechung verschiedene Ansätze entwickelt worden, die eine unzulässige von einer zulässigen horizontalen Richtlinienwirkung abgrenzen sollen. Unter anderem wird in enger Anlehnung an die bisherigen *EuGH*-Fälle vertreten, eine belastende Wirkung von Richtlinien in Horizontalverhältnissen sei immer dann zulässig, wenn in dem Verstoß gegen die Richtlinie ein „wesentlicher Verfahrensverstoß“ liegt und die Lücke, die durch die Unanwendbarkeit einer nationalen Vorschrift entsteht, nicht durch die Richtlinie, sondern durch anderes nationales Recht gefüllt wird.⁴⁰ Andere Ansichten halten in verschiedenen Nuancen beiläufige Belastungen, die durch die unmittelbare Geltung von Richtlinien in Horizontalverhältnissen bewirkt werden, immer für zulässig.⁴¹ Der wohl am weitesten gehende Ansatz erkennt eine unmittelbare negative Wirkung von Richtlinien stets an.⁴² Danach soll jegliches nationale Recht – auch in Privatrechtsverhältnissen – unanwendbar sein, wenn es gegen die Vorgaben einer Richtlinie verstößt.

Welchem dieser Modelle der *EuGH* folgt, ist bisher nicht deutlich geworden. Auch aus der Mangold-Entscheidung kann man zur Lösung der Problematik keine eindeutigen Schlüsse ziehen. Die in der Literatur vorgeschlagene Abgrenzung zwischen unzulässiger und zulässiger belastender horizontaler Richtlinienwirkung danach, ob ein wesentlicher Verfahrensfehler vorliegt, könnte nach diesem Urteil kaum Bestand haben, da der *EuGH* die Unanwendbarkeit von Vorschriften wie § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG nicht mit einem Verfahrensverstoß begründet. Auch stellt die Unanwendbarkeit des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG für den Arbeitgeber nicht lediglich einen beiläufigen belastenden Effekt dar. Das mit der Beiläufigkeit der Belastung operierende Modell ist für Dreieckskonstellationen entwickelt worden, in denen die Anwendung einer Richtlinie durch den Staat einen Bürger begünstigt, einen anderen aber belastet. Zwar liegt eine solche Dreieckskonstellation auch vor, wenn sich – wie hier – ein Bürger auf die Unanwendbarkeit einer nationalen Vorschrift gegenüber einem staatlichen Gericht beruft und die Unanwendbarkeit der Vorschrift zu Lasten des Prozessgegners geht. Die Folge, dass der Gegner aufgrund der Unanwendbarkeit der ihm günstigen Vorschrift den Prozess verliert, wird man aber kaum noch als bloß beiläufigen Rechtsreflex einstufen können.⁴³ Überhaupt stellt die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen beiläufigen und nicht beiläufigen Belastungen eine Schwäche dieses Abgrenzungsmodells dar.⁴⁴ Die Mangold-Entscheidung deutet daher, wie auch schon

40 *Jarass/Beljin* (Fn. 10), S. 722 f.

41 *Craig/de Búrca*, EU Law, 3. Auflage (2003), S. 220; *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 249 Rn. 118.

42 *Streinz* (Fn. 18), Rn. 450; *Herrmann* (Fn. 34), S. 78 ff. In diese Richtung argumentieren auch einige Generalanwälte, vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts *Alber* zur Rs. C-343/98, Slg. 2000, I-6659 Rn. 29 f. – *Collino*, und des Generalanwalts *Saggio* zu den verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, Slg. 2000, I-4941 Rn. 30 ff. – *Quintero*.

43 *Herrmann* (Fn. 34), S. 65.

44 *Jarass/Beljin* (Fn. 10), S. 719.

frühere Entscheidungen des *EuGH*⁴⁵, in die Richtung, dass der Gerichtshof eine Verbotswirkung von Richtlinien unbeschränkt anerkennt. Offenbar unterscheidet er, allgemeiner gesagt, zwischen einer den Privaten bloß *belastenden* Richtlinienwirkung, die er in Horizontalverhältnissen⁴⁶ für zulässig hält, und einer *verpflichtenden* Richtlinienwirkung, die unzulässig ist.⁴⁷ Der Entscheidung ließe sich weiterhin entnehmen, dass Richtlinien diese negative unmittelbare Wirkung entfalten können, ohne dass die Frist für ihre Umsetzung abgelaufen ist.⁴⁸ Denn dies war zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichtshofs noch nicht geschehen.

4. Keine hinreichend klare Äußerung des *EuGH* in der Sache *Mangold*

Allerdings bewegt man sich bei all diesen Schlussfolgerungen aus dem Urteil auf unsicherem Boden. Dies liegt daran, dass der *EuGH* sein Ergebnis der Unanwendbarkeit von Vorschriften wie § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG im Wege einer Doppelbegründung nicht allein auf die Richtlinie, sondern auch auf das von ihm gefundene primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung stützt. Es bleibt unklar, aus welchem der beiden Argumentationsstränge er letztlich die entscheidenden Schlüsse zieht. Versteht man die Entscheidung so, dass die Gleichbehandlungsrichtlinie lediglich eine Konkretisierung des Verbots der Altersdiskriminierung darstellt, so wäre es nichts Neues, dass das Verbot der unmittelbaren horizontalen Richtlinienwirkung in dieser Konstellation nicht gilt. Dass der *EuGH* zur Erreichung dieses Ergebnisses in eher fernliegender Weise einen neuen allgemeinen Rechtsgrundsatz erfindet, deutet darauf hin, dass er genauere Aussagen zum Umfang der unmittelbaren Richtlinienwirkung in Horizontalverhältnissen nach Möglichkeit vermeiden will.

Anders als von manchen Autoren⁴⁹ angenommen wird, stellt das Urteil somit keinen „Dammbruch“ in der Rechtsprechung zur horizontalen Richtlinienwirkung dar, der die Unterschiede zwischen Verordnung und Richtlinie möglicherweise sogar völlig einebnet. Dafür, dass der *EuGH* das Verbot der horizontalen Richtlinienwirkung komplett hat aufgeben wollen, finden sich in der Entscheidung keine hinreichenden Anhaltspunkte.

45 Siehe die Äußerungen des *EuGH* (oben bei Fn. 39) in der Rechtssache *Unilever*. Danach kann die Nichtanwendung einer nationalen Vorschrift nie eine unzulässige horizontale Richtlinienwirkung sein.

46 In umgekehrt-vertikalen Verhältnissen, in denen der Staat an den Bürger unter Berufung auf eine Richtlinie herantritt, lässt der *EuGH* eine belastende Wirkung nicht zu, vgl. *Herrmann*, Die unmittelbare Wirkung von Richtlinien in horizontalen Rechtsverhältnissen, *EuZW* 2006, S. 69 f., mit Verweis auf *EuGH*, verb. Rs. C-387/02, C-391/02, C-403/02, *EuZW* 2005, 369 Rn. 74 – *Berlusconi*, in der der Gerichtshof die Unanwendbarkeit einer nationalen Strafvorschrift wegen Richtlinienwidrigkeit verneint (wobei allerdings auch Besonderheiten des Strafrechts – *nulla poena sine lege* – eine Rolle gespielt haben könnten).

47 *Streinz* (Fn. 18), Rn. 450. Soweit ersichtlich, hat der *EuGH* bisher nie ausgesprochen, dass eine *belastende* horizontale Richtlinienwirkung unzulässig sei.

48 Dezidiert gegen eine solche Wirkung, ohne dass die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie vorliegen, *Jarass/Beljin* (Fn. 10), S. 723 ff.

49 *Gas* (Fn. 32), S. 737; *Bauer/Arnold* (Fn. 9), S. 10.

E. Schluss

Der *EuGH* eröffnet einen weiten Gerichtszugang, indem er sich trotz deutlicher Hinweise auf eine Konstruiertheit des zugrundeliegenden Rechtsstreits an den Vorlagebeschluss des nationalen Gerichts gebunden sieht. Die in europäischen Richtlinien häufig enthaltenen Verschlechterungsverbote interpretiert er restriktiv als bloße Transparenzklauseln. Während diese Aussage von Zurückhaltung zeugt, bewegt sich der *EuGH* mit der überraschenden Schaffung eines neuen allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Verbots der Altersdiskriminierung nahe an einer Kompetenzüberschreitung. Da der neue Rechtsgrundsatz aber keine unmittelbare Drittwirkung entfaltet und auch kein absolutes Verbot von Ungleichbehandlungen wegen des Alters enthält, halten sich die Folgen seiner Einführung in Grenzen.

Jura mit Köpfchen:

Recht clever Strafrecht AT

Spielend leicht gelernt

„Recht Clever – Strafrecht AT“ ist ein Spiel für 2 bis 6 Jurastudierende.

Zugleich kann es auch zum klassischen Karteikarten-Lernen genutzt werden.

Mit 454 Fragen wird das Themengebiet umfassend abgedeckt. Der behandelte Stoff ist in 8 Themengebiete gliedern: Tatbestandsmäßigkeit, Täterschaft und Teilnahme, Rechtswidrigkeit, Unterlassungsdelikt, Schuld, Versuch und Rücktritt, Irrtümer & Konkurrenzen, und fahrlässiges und erfolgsqualifiziertes Delikt.

Recht Clever – Strafrecht AT

Das Lernspiel

Herausgegeben von Jonas Fischer und Valentin Pfisterer

Spielinhalt: 454 Fragekarten, 24 Spielfeldkarten, 12 Spielfiguren, 10 Karrierepläne,

1 Spielanleitung, 58 unbeschriftete Fragekarten zur eigenen Erweiterung. € 29,-

ISBN 978-3-8114-4321-1

Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH
Im Weiher 10, 69121 Heidelberg
Tel.: 06221/489-555, Fax: -410
E-Mail: kundenservice@hjr-verlag.de



C.F. Müller

www.cfmueller-verlag.de

80113047

Buchrezension

zu Ulrich Haltern Europarecht. Dogmatik im Kontext (2005, UTB Mohr Siebeck)

Ulrich Haltern gebührt aus studentischer Sicht der höchste Dank. Mit dem Buch „Europarecht. Dogmatik im Kontext“ ist es ihm gelungen, ein völlig neuartig ausgerichtetes Europarechtslehrbuch auf den Markt zu bringen, das der studentischen Leserschaft viel abverlangt und zutraut. Dabei hat *Haltern* ein gutes Näschen bewiesen: Ja, wir (Studierende) „wollen nicht ausschließlich Schemata auswendig lernen. Wir wollen verstehen, kritisch und informiert denken, Kontexte kennen und uns auch mal irritieren lassen.“ Diese Wünsche hatte *Haltern* in seinem Vorwort den Studierenden noch unterstellt. Er lag damit völlig richtig.

Wer sich als Student eingehend dem Europarecht widmet, der will Zusammenhänge und Kontexte verstehen. Gewiss sind eine Einführung in die Entstehungsgeschichte von Gemeinschaften und Union, die Darstellung der europäischen Institutionen, der Rechtsquellen und Grundprinzipien sowie die Wiedergabe klassischer Urteile des EuGH unerlässlich. Sie vermitteln ein für den Europarechtler notwendiges Grundwissen. Ein tieferes Verständnis für das Europarecht kann aber nur durch die Vermittlung von Kontexten erlangt werden. Nur wer Kontexte versteht und Zusammenhänge begreift, kann aus einer Fülle von Informationen auch Erkenntnisse gewinnen. *Haltern* ist nicht der erste, der das erkannt hat; er ist aber der erste, der sich dies beim Verfassen eines an Studierende gerichteten Lehrbuchs zu Herzen nimmt, indem er die Vermittlung von Kontexten in den Mittelpunkt seines Werkes stellt.

Der besondere Mehrwert des Buches von *Haltern* lässt sich exemplarisch an der Darstellung und Analyse der allseits bekannten *Keck*-Rechtsprechung des EuGH im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit verdeutlichen (des Weiteren besonders hervorzuheben sind die Ausführungen zum Vorabentscheidungsverfahren (S. 188–230), zur Haftung bei judikativem Unrecht (S. 342–360), sowie zum Mehrebenengrundrechtsschutz (S. 445–460)).

Gewöhnlich erfährt der Student in Lehrbüchern über die *Keck*-Rechtsprechung dasjenige, was ohnehin im Urteil zu finden ist: Der EuGH schränkte die weite *Dassonville*-Formel ein, indem er nichtdiskriminierende Bestimmungen über Verkaufsmodalitäten aus dem Anwendungsbereich des Art. 28 EGV herausnahm. Reicht die bloße Kenntnis dieser *Keck*-Formel aus? Für welchen Adressaten? Für den Klausurschreiber womöglich, für den Europarechts-Wahlfachler wohl kaum, für den interessierten Studierenden keinesfalls.

In welchem zeitlichen und politischen Kontext hat der EuGH mit seiner *Keck*-Entscheidung den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit verkürzt? Weshalb bestand ein Bedürfnis, Art. 28 EGV in seinem Schutzbereich zu beschränken? Welche Auswirkungen hat *Keck* auf den Anwendungsbereich der Gemeinschaftsgrundrechte? Und welche Konsequenzen ergeben sich in Folge der Entscheidung für die

Gemeinschaftskompetenzen? All dies sind Fragen, die einer Antwort bedürfen, um ein Kontextverständnis für eine der Grundsatzentscheidungen des EuGH zu entwickeln. *Haltern* nimmt sich dieser Fragen an. Dass er sich insgesamt lediglich der Warenverkehrsfreiheit zuwendet, die übrigen Grundfreiheiten also unerwähnt bleiben, sollte nicht zu kritisch bewertet werden. Es ist weitaus sinnvoller, ein grundsätzliches und tiefes Verständnis für die Dogmatik der Grundfreiheiten zu vermitteln, welche sich letztlich an der Dogmatik zur Warenverkehrsfreiheit orientiert, als Definitionen und Schemata zu jeder Grundfreiheit einzeln und losgelöst darzustellen. Trotz seiner exemplarischen Vorgehensweise ist das Buch also durchaus für die Examensvorbereitung geeignet; ein alle Materien des Europarechts abdeckendes Nachschlagewerk ist es gleichwohl nicht.

In seinem Buch gelingt es *Haltern*, die teils eigenen, teils in der wissenschaftlichen Diskussion bereits wohl bekannten Ansichten verständlich und in angemessenem Umfang zu präsentieren. Der Studierende hat damit ein juristisches Lehrbuch vor sich, das er auch einmal über mehrere Seiten einfach lesen (!) kann. Die ausgeführten Argumente und Analysen *Halterns* erschließen sich aufgrund der spannenden und sprachlich prägnanten Darstellung auch jüngeren Semestern ohne weiteres. Dass *Haltern* mit seinen eigenen Thesen nicht zurückhält (insb. „Doppelbödigkeit der Grundrechte“, S. 523 ff.), sollte den studentischen Leser nicht beunruhigen. Man muss dem Buch nicht in allem folgen. Das liegt sicher auch nicht im Interesse des Autors. Es ist vielmehr das Anregen zum Nachdenken, das „Irritieren“ wie *Haltern* es nennt, was er mit seinen gelegentlich provokanten Thesen bezweckt.

Sehr geehrter *Herr Professor Haltern*: Irritieren Sie uns Studierende bitte auch künftig mit neuen Ideen und Ansätzen und weiteren Auflagen Ihres Buches „Europarecht. Dogmatik im Kontext“!

Nicolas Nohlen

Rezension

Recht Clever, Strafrecht AT. Das Lernspiel, 2006, Valfish/C. F. Müller

„Ein Glas Wein und ein bisschen Strafrecht“ – so lautete der Betreff der E-Mail, die an einem trüben Tag unverhofft zum Spielabend einlud. Es galt, das Lernspiel „Recht clever“ zum Allgemeinen Teil des Strafrechts zu erproben.

Mit dem Spiel, initiiert und entwickelt von einem Kommilitonen aus Tübingen und einem Mannheimer Studenten der Digitalen Medien (BA) mit Unterstützung von Prof. Dr. Dr. Kristian Köhl, wird der mutige Versuch unternommen, das juristische Lernen mit Spielspaß zu verbinden. Ein durchaus gewagtes Unterfangen. Schon allein deshalb gebührt den Autoren ein besonderes Lob für ihren Mut und ihren Tatenrang. „Recht clever“ ist aber mehr als bloß eine gute Idee. Gleich zu Beginn offenbart sich den Spielern – in unserem Falle vier Heidelberger Jurastudierenden aus unterschiedlichen Semestern –, dass man es mit einer professionell umgesetzten und wohl durchdachten Spielkonzeption zu tun hat.

Das Spiel gewinnt, wer seinen „Karriereplan“ zuerst erfüllen kann. Hierfür muss man verschiedene „Kompetenzen“ aus den acht großen Themengebieten des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Tatbestandsmäßigkeit, Täterschaft und Teilnahme, Rechtswidrigkeit, Unterlassungsdelikt, Schuld, Versuch und Rücktritt, Irrtümer und Konkurrenzen, fahrlässiges und erfolgsqualifiziertes Delikt) durch die Beantwortung von Fragen erwerben. Zur Verfügung stehen insgesamt 454 Fragekarten (und zusätzlich 58 unbeschriftete Fragekarten zur eigenen Erweiterung), die dafür sorgen, dass auch nach vielen Spielrunden keine Langeweile aufkommt. Die Spieler müssen also Fähigkeiten auf allen Gebieten des Allgemeinen Teils aufbieten können, um am Ende des Abends auf dem Siegereppchen zu landen.

Wagemutig und gespannt begannen wir also, uns auf den Allgemeinen Teil des Strafrechts zu stürzen. Nach etwa 90 Minuten Spielzeit und ein paar Gläsern Wein war dann nicht nur ein Gewinner ermittelt, wir waren auch um eine interessante Erkenntnis reicher: Das Spiel macht Spaß! So musste das Fazit jedenfalls in unserer Runde lauten. In der netten und unverkrampften Atmosphäre hatte „Recht clever“ durchaus Unterhaltungswert. Eine Drucksituation, wie man sie sich auch hätte vorstellen können, kam nicht auf. Allen künftigen Spielern sei allerdings empfohlen, das Spiel mit der nötigen Lockerheit anzugehen. Falscher Ehrgeiz und übertriebene Genauigkeit würden wohl zu Lasten der Spielfreude gehen. Schließlich sind es die Mitspieler selbst, die darüber zu befinden haben, ob sich eine Antwort noch im Rahmen des von den Spielkarten Geforderten befand.

Neben dem Faktor Spaß bringt das Spiel aber auch einen tatsächlichen Lerneffekt mit sich. Dies ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass man die zumeist kurz abgefassten Musterantworten nicht auf Anhieb im Kern erfasst, sondern sich diesen größtenteils nach und nach erst annähert (wozu auch der Tipp und das Beispiel, die

auf jeder Fragekarte enthalten sind, beitragen können): Juristische Argumentation, sprachliche Präzision und Rhetorik werden dadurch geschult. Sind die Fragen doch zum Teil recht abstrakt (zum Beispiel: „Welche zwei Komponenten bilden den Unrechtstatbestand einer Tat?“), ist gerade dies eine gute Vorbereitung auf das Examen. Der Spieler lernt, mit dem juristischen Frage-Antwort-System, wie es für die mündliche Examensprüfung typisch ist, in kurzer Zeit umzugehen.

Wer Lust hat, in lockerer Atmosphäre dem Allgemeinen Teil des Strafrechts ein wenig auf das Zahnfleisch zu fühlen, dem sei ein Spielabend mit diesem Strafrechtsspiel wärmstens zu empfehlen. „Recht clever (Strafrecht AT)“ ist beim Druck- und Medienunternehmen KONKORDIA (Bühl, Baden) erschienen, das – in Anlehnung an die Namen der Autoren des Spiels (*Valentin Pfisterer* und *Jonas Fischer*) – den gesonderten Geschäftsbereich „Valfish“ für den Bereich der Lernspiele gegründet hat. Weitere Informationen zum Spiel sind auf www.recht-clever.de oder auf www.cf-mueller-campus.de zu finden.

Katharina Priebisch