ISSN 1864-371X

Bucerius Law Journal

November 2007 Heft 3/2007 Seiten 102 – 151

Gastkommentar

Hans-Joachim Priester · Die GmbH-Reform durch das geplante MoMiG 102

Aufsätze

Maximilian Brambring · Schadensersatzhaftung für fehlerhafte Finanzanalysen 104

Patrick Hofmann · Der WTO-Streitbeilegungsmechanismus – Formalisiertes Verhandlungsforum oder Gerichtsverfahren? 112

Lars Kettner · Unter Piratenflagge – Strafbarkeit der privaten Einfuhr gefälschter Markenartikel... 117

Hans Kudlich · Erosion des Hauptverhandlungsprotokolls durch den Bundesgerichtshof? 125

Marco Hartmann-Rüppel und Peter Philipp Engelhoven · Amtshaftung der Kommission im Fusionskontrollverfahren (Besprechung *Schneider Electric*) 131

International

Edward J. Eberle · Religious Freedom: Viewed From the Perspective of an Individual or the Community? 133

Streitgespräch

Klaus Bepler, Ulrich Fischer, Thomas Ubber · Tarifverträge im Wettbewerb – Das Ende der Tarifeinheit im Betrieb? 139

Rezensionen

Alan Dershowitz: Blasphemy; Thomas Vesting: Rechtstheorie; Florian Felix Weyh: Die letzte Wahl *(Aaron Voloj Dessauer und Johannes Gerberding)* 148

Klassiker der juristischen Literatur – Niccolò Machiavelli: Il Principe. Der Fürst (*Anna Bodemann*)

www.law-journal.de

Schriftleitung

Sascha Arnold
Cathrin Bauer
Anna Bodemann
Brian Buzby
Kelley Day
Hendrik Doobe
Stefan Frick
Johannes Gerberding
Heiner Kahlert
Jan Krauß
Christopher Krois
Benedikt Laudage
Carsten Lindner
Sebastian Schneider
Jan Sturm

Redaktionelle Mitarbeit

Lars Holst
Sebastian Pläster
Simon Schönleber
Till Soyka
Birga Tanneberg
Julia Weingart

Korrespondierender Beirat

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

Bucerius Law Journal
November 2007 Heft 3/2007 Seiten 102 – 151

Impressum

© Bucerius Law Journal e.V. i.G., Hamburg

Bucerius Law Journal
c/o Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg

ISSN 1864-371X

Urheberrechte: Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt; die Rechte hierfür liegen bei den jeweiligen Autoren oder dem Bucerius Law Journal. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Bucerius Law Journals genutzt oder verwertet werden. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den persönlichen, nichtgewerblichen Gebrauch.

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

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

Covergestaltung: gürtlerbachmann Werbung GmbH

Bucerius Law Journal

Schriftleitung: Sascha Arnold, Cathrin Bauer, Anna Bodemann, Brian Buzby, Kelley Day, Hendrik Doobe, Stefan Frick, Johannes Gerberding, Heiner Kahlert, Jan Krauß, Christopher Krois, Benedikt Laudage, Carsten Lindner, Sebastian Schneider, Jan Sturm.

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

Heft 3/2007
Seiten 102 – 151
1. Jahrgang
5. November 2007

Professor Dr. Hans-Joachim Priester, Hamburg*

Gastkommentar: Die GmbH-Reform durch das geplante MoMiG

Die GmbH ist eine deutsche Erfolgsstory. Sie wurde bekanntlich ohne historische Vorläufer im Jahre 1892 vom Gesetzgeber „erfunden“ und hat einen wahren Siegeszug angetreten, übrigens auch international: Rund hundert Länder haben sie zum Vorbild für entsprechende Gesellschaftstypen genommen. Ihre Verbreitung in Deutschland ist enorm, wir haben heute etwa eine Million GmbH. Man kann die GmbH mit Fug und Recht als das „Arbeitspferd“ unter unseren Rechtsformen bezeichnen.

Während es seit Schaffung der GmbH zwei durchgreifende Reformen des Aktienrechts gegeben hat (1937 und 1965), ist das GmbH-Gesetz in seinem Text weitgehend unverändert geblieben. Die Rechtsfortbildung wurde von Rechtsprechung und Schrifttum besorgt. Eine eher bescheidene Novelle 1980 hat daran letztlich nichts Entscheidendes geändert.

Jetzt ist der Gesetzgeber mobil geworden. Den Grund dafür bildet recht eigentlich die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes, die ausländischen Gesellschaften, in praxi allen voran der englischen Limited, die Türen nach Deutschland geöffnet hat. Im Schrifttum ist das zum Anlass genommen worden, die Kompliziertheit des geltenden GmbH-Rechts zu beklagen. Viele der von der Rechtsprechung entwickelten Regeln seien so ausdifferenziert, dass die Kaufleute ihnen ohne spezialisierten Rechtsrat („Fachanwalt für Eigenkapitalersatzrecht“) gar nicht entsprechen könnten. In ihrer heutigen Form sei die GmbH in Europa nicht mehr wettbewerbsfähig. Sie müsse dringend dereguliert werden. Weitere Motivationen waren zunehmende Missbrauchsfälle in Gestalt von gläubigerschädigenden „Bestattungen“ notleidender GmbH sowie – ein anderes Kapitel – der Wunsch, Existenzgründungen im Kleid der GmbH zu fördern.

Nach einer gescheiterten Einzelaktion im Jahre 2005 – schlichte Herabsetzung des Mindeststammkapitals auf 10.000 Euro – hat uns Berlin dann 2006 den (Referenten-) Entwurf eines „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“ beschert. Seine Schwerpunkte waren zunächst Gründungsvereinfachungen. Neben Technikalien wie dem Verzicht auf Vorlage behördlicher Genehmigungen war wiederum ein Mindeststammkapital von 10.000 Euro vorgesehen. Zugelassen hat man erstmals auch einen ausländischen Verwaltungssitz. Weiterhin gab es Neuregelungen zu den Geschäftsanteilen: Untergrenze 1 Euro, beliebig viele je Gesellschafter. Ermöglicht wurde ein gutgläubiger Erwerb der Anteile.

Vor allem aber enthielt der Entwurf wesentliche Änderungen im Bereich der Kapitalerhaltung. Das Cash Pooling sollte durch Rückkehr zur sog. bilanziellen Betrachtungsweise (vollwertige Forderungen gegen den Gesellschafter lassen das Stammkapital unberührt) erleichtert werden. Ferner wurden die Eigenkapitalersatzregeln abgeschafft: Die einschlägigen §§ 32a, 32b GmbHG wurden gestrichen und die von der Rechtsprechung entwickelten Instrumente des Rückzahlungsverbots bei Unterbilanz und der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung ausdrücklich untersagt. Die Gesellschafterdarlehen wurden in das Insolvenzrecht verlagert. Sie sollten immer nachrangig und Rückzahlungen innerhalb eines Jahres vor Insolvenzeröffnungsantrag anfechtbar sein. Das sollte für alle Gesellschafterdarlehen gelten, unabhängig davon, ob sie im bisherigen Sinne eigenkapitalersetzend sind. Verschärft wurde die Haftung der Geschäftsführer für „aus-

* Der Autor ist Notar a.D. und Honorarprofessor an der Universität Hamburg.

plündernde“ Zahlungen an Gesellschafter. Der Bekämpfung von Missbräuchen sollte eine Erweiterung der Ausschlussgründe vom Geschäftsführeramt dienen. Den „Bestattungen“ wurde mit Zustellungserleichterungen zu Leibe gerückt und Gesellschafterpflichten bei „führungsloser“ Gesellschaft, vor allem zur Stellung eines Insolvenzantrags.

Inzwischen liegt der Regierungsentwurf vom Mai 2007 vor. Er präsentiert uns weitere Neuerungen: Als erstes das Angebot einer Standardsatzung mit „Gründungsset“. Sehr viel wichtiger ist eine Einstiegs-Variante zur GmbH, die „Unternehmergesellschaft/UG (haftungsbeschränkt)“, die das Mindeststammkapital bis auf 1 Euro unterschreiten darf. Der Bundesrat will sie deshalb „GmbH o. M.“ (ohne Mindeststammkapital) nennen. Sie muss eine gesetzliche Rücklage bilden und darf ihren Zusatz „o.M.“ streichen, wenn sie ihr Kapital auf das Normal-Minimum erhöht hat. Im übrigen wird sie aber wie jede GmbH behandelt. Daneben führt der RegE im Bereich der Kapitalaufbringung zu einem deutlichen Kurswechsel: Bareinlagen sollen künftig auch dann erfüllt sein, wenn sie sofort als Darlehen an einen – solventen – Gesellschafter wieder zurückfließen. Die verdeckte Sacheinlage soll dadurch entschärft werden, dass den Inferenten wie bei offener Sacheinlage lediglich eine Differenzhaftung trifft, wenngleich mit Beweislast bei ihm. Das Haftungsmodell des Kommanditisten – Prüfung der Einlageleistung erst in einem späteren Haftungsprozess – ist da nahe.

Die Entwürfe haben – wen wird das wundern – ein unterschiedliches Echo gefunden. Wer eine „Entrümpelung“ unseres GmbH-Rechts verlangt, fordert allenfalls weitergehende Maßnahmen. Genannt wird insbesondere der völlige Verzicht auf ein gesetzliches Mindeststammkapital sowie auf die Registerprüfung von Sacheinlagen. Die Befürworter des Regierungsentwurfs haben nicht zuletzt die Entschärfung der Rechtsfolgen von verdeckten Sacheinlagen positiv aufgenommen. Auf diese Weise werde die bisherige „Überreaktion des Rechts“ beseitigt, die im wirtschaftlichen Ergebnis nicht selten zu einer doppelten Einlageleistung geführt habe. Zutreffend sei auch die Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise.

Die Gegenseite differenziert. Sie begrüßt eine Reihe von Einzelregelungen, etwa den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen. Für verfehlt halten dagegen viele die Unternehmergesellschaft. Sie bilde einen Fremdkörper im GmbH-Recht und biete zudem – vielleicht weil mit heißer Nadel genäht – eine Reihe von legislatorischen Angriffspunkten. Gewarnt wird sodann vor einer weiteren Verschärfung der Geschäftsführerhaftung. Es gehe nicht an, ihnen ein ständig wachsendes Maß an Risiken aufzubürden. Vor allem aber richten sich die Einwände gegen eine Preisgabe des bisherigen Kapitalschutzsystems. Insoweit sei der Entwurf weder Fisch noch Fleisch: Einerseits solle an unserem – ausdrücklich als „bewährt“ bezeichneten – System festgehalten werden, andererseits werde die Eigenbeteiligung der Gesellschafter am Unternehmensrisiko durch eine Senkung des Mindeststammkapitals deutlich verringert und die Beachtung der Einlageregeln zu guten Teilen in ihr Belieben gestellt. Hinsichtlich der Kapitalerhaltung werden zwar die Vereinfachungen begrüßt, jedoch nicht ohne Hinweis auf einen künftig später eingreifenden Schutz.

Der Verfasser zählt sich zur Fraktion der kritischen Betrachter. Das Prinzip: Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung als Preis der Haftungsbeschränkung hat sich im Grundsatz bewährt. Seine Regeln sind für die große Mehrzahl der praktischen Anwendungsfälle nicht so kompliziert, dass man sie nicht einhalten könnte. Ihnen kommt durchaus eine präventive Funktion zu. Vor die Gerichte gelangen nur die kranken Fälle und – Insolvenzen wird es immer geben. Das MoMiG bringt hier zumindest starke Einschränkungen. Wenn stattdessen die Haftung beim Scheitern der Gesellschaft ausgebaut wird, ersetzt man – angelsächsischem Vorbild folgend – Prävention durch Reaktion. Vorsorge erscheint jedoch besser als Nachsorge.

Wer speziell etwas für Existenzgründer tun will oder eine „deutsche Limited“ erforderlich findet, sollte eine selbständige neue Rechtsform schaffen. Das mag mehr Zeit kosten, würde sich aber lohnen: Den Wünschen der Deregulierer, die sich an dem Projekt ja beteiligen könnten, wäre Genüge getan und unsere gestandene GmbH bliebe unbeschädigt.

Interessant sein wird die Reaktion der Praxis: Werden sich die Unternehmergesellschaften dauerhaft etablieren können? Wird es zu Prestigeverlusten bei der „normalen“ GmbH kommen? Werden wir einen Boom der „kleinen“ AG erleben? Für Spannung scheint gesorgt. ■

Maximilian Brambring, LL.B., Hamburg*

Schadensersatzhaftung für fehlerhafte Finanzanalysen

A. Einleitung

Die Fälle *Henry Blodget*, *Jack Grubman* und *Eric Hecht* haben nicht nur in den USA für Furore gesorgt.[1] So hatte etwa der (ehemalige) Staranalyst *Henry Blodget* in einer Finanzanalyse die Aktie eines von seinem Arbeitgeber *Merrill Lynch* betreuten Unternehmens zum Kauf empfohlen, die in internen Mails als „such a piece of crap" bezeichnet wurde.[2] Mit dem Bekanntwerden der bezeichneten Skandale geriet der Berufsstand der Finanzanalysten international ins Zwielicht. Den Finanzanalysten wurde mangelnde Objektivität infolge der Beeinflussung durch Fremdinteressen ihres institutionellen Umfeldes vorgeworfen.[3] Ob das vor allem strukturell bedingte Risiko für interessenbeeinflusste Anlageempfehlungen Anlass zu Generalunterstellungen bietet, sei hier dahingestellt. Jedenfalls hielt es auch der deutsche Gesetzgeber bereits im Rahmen des 4. Finanzmarktförderungsgesetzes vom 21.6.2002[4] für notwendig, potentiellem Missbrauch durch die Schaffung des mittlerweile mehrfach überholten § 34b WpHG und der Finanzanalyseverordnung (FinAnV)[5] zu begegnen. Haftungsrechtliche Sanktionen für den Verstoß gegen die darin enthaltenen Wohlverhaltenspflichten für Finanzanalysten sah er indessen nicht vor, was zu einer lebhaften Diskussion um die Frage führte, ob sich eine solche mit bestehenden Haftungsinstrumenten begründen lässt. Der Beitrag wird sich auf diese Frage konzentrieren und anhand des aktuellen Standes der Diskussion im Einzelnen darlegen, unter welchen Voraussetzungen eine Haftung für fehlerhafte Finanzanalysen nach geltendem Recht in Betracht kommt.

B. Das Problem interessenkonfliktärer Finanzanalysen

I. Die Bedeutung der Finanzanalyse für den Kapitalmarkt

Als diskontierte Hoffnungen und abgezinste Versprechungen gehören Wertpapiere – zentraler Handelsgegenstand am Kapitalmarkt – zu den sog. Vertrauensgütern.[6] Ein rational handelnder Anleger wird sie nur erwerben, wenn er hinreichende Information über die Geschäftstätigkeit und die Glaubwürdigkeit der Emittenten besitzt.[7] In einem streng informationseffizienten Markt würden sich alle verfügbaren kursrelevanten Informationen bereits im Börsenkurs widerspiegeln (sog. *efficient capital market hypothesis*[8]). Eine Erzielung von Überrenditen durch Informationsvorsprung wäre ausgeschlossen.[9] In der Realität spiegeln die Börsenpreise von Wertpapieren aber nur die öffentlich verfügbaren Informationen, z.T. sogar nur historische Informationen wider.[10]

Dies bedeutet zum einen, dass Anleger ihre Anlageentscheidung zwar aufgrund möglichst breiter und akkurater Information treffen wollen, weil sie sich davon die Erzielung von Überrenditen versprechen.[11] Hierzu müssen sie Informationskosten aufwenden.[12] Zum anderen besteht aber zwischen Kapitalnehmern und Investoren ein strukturelles Informationsgefälle (Informationsasymmetrie).[13] Zu dessen Abbau sind neben den gesetzlichen Publizitätsvorschriften[14] sog. „Informationsintermediäre"[15] berufen.[16] Finanzanalysten im Speziellen selektieren zu diesem Zwecke aus einer Fülle unternehmens- und marktspezifischer Daten die bewertungserheblichen Informationen, bewerten diese unter Verwendung verschiedener Methoden zukunftsorientiert und geben den so geschaffenen Mehrwert an Information in kompakter, anlegergerechter Form als Anlageempfehlung weiter.[17] Zudem tragen sie zur Senkung der beschriebenen Informationskosten bei, denn ihre Spezialisierung[18] ermöglicht die Wiederverwertung von einmal akkumulierten Markt- oder Brancheninformationen und etablierten Informationskanälen (sog. *temporal reusability*).[19] Bei mehrfacher Verwendung von Finanzanalysen durch eine Vielzahl von Investoren können die Kosten der Informationsproduktion aufgeteilt werden.[20]

Schließlich dienen Finanzanalysten – so zumindest die Leitidee – den Anlegern als unabhängige Prüfinstanz für die Handlungsweise des Managements.[21] In den USA wurden und werden sie daher vielfach zu den sog. *gatekeepers*, den

---

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

1 Eine Kurzdarstellung dieser Fälle findet sich bei *Richter*, Die Leistung von Aktienanalysten aus Anlegersicht, 2005, S. 14 ff. Zu weiteren Fallbeispielen s. *Choi/Fisch*, 113 Yale L.J. 269, 289 f.

2 *Seibt*, ZGR 2006, 501 f.; ferner zu den Vorgängen bei *Merrill lynch Hillenbrand*, Spiegel online v. 15.04.2002, abrufbar unter: http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,191950,00.html (Stand: 13.08.2007).

3 Vgl. *Pfüller/Wagner*, WM 2004, 253.

4 Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland, BGBl. I 2002, S. 2010.

5 Verordnung über die Analyse von Finanzinstrumenten, BGBl. I 2004, S. 3522.

6 Zur Klassifizierung der Güterkategorien *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 118 ff.

7 *Fleischer*, Empfiehlt es sich, im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland das Kapitalmarkt- und Börsenrecht neu zu regeln?, Gutachten für den 64. Deutschen Juristentag Berlin 2002, Kapitalmarktrechtliches Teilgutachten F, 2002, S. 23.

8 Dazu *Fama*, 25 J. Fin. 383ff. (1970); aus dem deutschen juristischen Schrifttum ausführlich *Steinhauer*, Insiderhandelsverbot und *Ad-hoc*-Publizität, 1999, S. 62 ff. und *von Klitzing*, Die *Ad-hoc*-Publizität zwischen europäischer Vorgabe und nationaler Umsetzung und zwischen Kapitalmarktrecht und Gesellschaftsrecht, 1999, S. 13 ff.

9 Statt vieler *Richter* (Fn. 1), S. 28.

10 Man spricht von „halbstrenger" bzw. „schwacher" Kapitalmarkteffizienz. Zur Unterscheidung der verschiedenen Effizienzformen vgl. grundlegend *Fama*, 25 J.Fin. 383 ff. (1970); Überblicke bei *Adams/Runkle*, 145 U. Pa. L. Rev. 1097, 1110 ff. und *Veil*, ZHR 167 (2003), 365, 377 f.

11 *Vogler*, Schadensersatzhaftung des Wertpapierdienstleistungsunternehmens für fehlerhafte Aktienanalysen, 2005, S. 41; vgl. zur Rolle von Finanzanalysten bei der Anlageentscheidung *Richter* (Fn. 1), S. 36 f.

12 Zur Bedeutung der Informationskosten für die Markteffizienz *Gilson/Kraakman*, 70 Va. L. Rev. 549, 593 ff.

13 Vgl. *Hax*, Informationsintermediation durch Finanzanalysten, 1998, S. 48; *Kamp/Ricke*, BKR 2003, 527 ff.; *Fleischer* (Fn. 1), S. 23, bezeichnet dieses Gefälle als kapitalmarktlichen „Urkonflikt".

14 Vgl. §§ 15, 15a, 25 WpHG; § 10 WpPG; §§ 53 ff. BörsZulV.

15 Zum Begriff ausführlich *Hax* (Fn. 13), S. 41 ff.

16 *Breuer*, Finanzintermediation im Kapitalmarktgleichgewicht, 1992, S. 98 ff.; *Hax* (Fn. 13), S. 48.; *Schilder*, Die Verhaltenspflichten von Finanzanalysten nach dem Wertpapierhandelsgesetz, 2005, S. 43.

17 *Vogler* (Fn. 11), S. 39; zu den Stufen der Informationsverarbeitung vgl. *Hax* (Fn. 13), S. 11 und *Coffee*, 70 Va. L. Rev. 717, 723 f.

18 Zur Spezialisierung von Finanzanalysten *Fisch/Sale*, 88 Iowa L. Rev. 1035, 1042; *Wichels*, Gestaltung der Kapitalmarktkommunikation mit Finanzanalysten, 2002, S. 33 f.

19 *Coffee*, 70 Va. L. Rev. 717, 724 und 726; *Wichels* (Fn. 18), S. 29.

20 Dies kann durchaus im Interesse der Investoren liegen, wenn diese aufgrund von Liquiditäts-, Leerverkaufs- oder anderen Anlagebeschränkungen den gesamten Informationsvorsprung gar nicht ausnutzen können, vgl. *Löffler*, Der Beitrag der Finanzanalysten zur Informationsverarbeitung, 1998, S. 11.

21 Siehe nur *Vogler* (Fn. 11), S. 46 und *Richter* (Fn. 1), S. 39 f. jeweils m.w.N.

Torhütern, die zwielichtige Gestalten vom Kapitalmarkt fernhalten sollen, gezählt.[22] Das gleiche Leitbild des unabhängigen und im Anlegerinteresse agierenden Finanzanalysten, der etwaige Interessenkonflikte offenbart, liegt auch der gesetzlichen Regelung in § 34b WpHG zugrunde.[23] Anleger werden daher häufig darauf vertrauen, von den Analysten eine unabhängige und kritische Prüfung der Geschäftstätigkeiten eines Emittenten beziehen zu können.

II. Konfligierende Interessen

Bei der Ausübung ihrer Tätigkeit sind Finanzanalysten allerdings nicht immer frei.[24] Die jüngere juristische und informationsökonomische Literatur hat sich ausführlich der Erfassung des dichten Netzes verschiedener auf sie einwirkender Interessen und der daraus resultierenden Konflikte gewidmet.[25] So ist die überwiegende Zahl der Analysten in der Praxis bei Wertpapierdienstleistungsunternehmen angestellt – sog. *sell-side-analysts*.[26] Ihre Anlageempfehlungen werden meist den Investmentkunden des Arbeitgebers zugänglich gemacht und häufig auch veröffentlicht.[27] Dieser Gruppe von Analysten wird vielfach vorgeworfen, durch die Arbeitgeberinteressen am hauseigenen Investmentgeschäft beeinflusst zu sein.[28] Denn positive Analyseergebnisse können der Investmentabteilung als Verkaufsargument bei der Platzierung von Neuemissionen[29] und als Marketinginstrument im Wettbewerb um Emissionsmandate dienen.[30] Zudem drohen schlechte Analyseergebnisse die gerade im deutschen Universalbankensystem häufig umfangreichen Geschäftsbeziehungen zu Großkunden zu belasten.[31] Wird die Analyseabteilung zudem noch durch Beteiligungen an Provisionsgewinnen von der Investmentabteilung querfinanziert[32] und erhalten Analysten bei positiven Analyseergebnissen häufig bessere Karrierechancen[33], scheint die Verknüpfung der Arbeitgeberinteressen mit den Eigeninteressen der Analysten auf der Hand zu liegen und droht eine potentielle Beeinflussung von Analyseergebnissen durch diese Interessenlage.

Für die – hier nur skizzenhaft angedeutete – „zentrale Rolle“[34] der Finanzanalyse zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts ist es aber von entscheidender Bedeutung, dass Anleger auf die Unabhängigkeit und Integrität von Analysten vertrauen können.[35] Denn ein ungenügendes Informationsangebot, insbesondere der mangelnde Abbau der beschriebenen Informationsasymmetrien, würde zu Misstrauen der Anleger führen, das wiederum Marktversagen nach sich ziehen kann.[36]

C. Grundstrukturen der Regulierung

I. Pflichtensystem des § 34b WpHG und der FinAnV

Der gesetzgeberische Regelungsansatz in § 34b WpHG[37] lässt sich im Kern als ein dreigliedriges Pflichtensystem zeichnen: Zunächst soll durch die in § 34b V WpHG normierten Organisationspflichten verhindert werden, dass Interessenkonflikte überhaupt entstehen können. Soweit dies nicht möglich ist, wird auf der zweiten Pflichtenebene durch Wohlverhaltens- und Sorgfaltspflichten versucht, der Auswirkung bestehender Interessenkonflikte auf Inhalt und Ergebnis von Finanzanalysen entgegenzuwirken: So verpflichtet § 34b I 1 WpHG den Ersteller von Finanzanalysen zu „der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit“. Mit diesem Gebot der Gewissenhaftigkeit und dem in § 5 I 1 FinAnV ergänzten Gebot der Unvoreingenommenheit ist eine infolge sachfremder Interessen verfälschte Analyse unvereinbar. Daneben darf eine Finanzanalyse gem. § 34b I 2 Hs. 1 WpHG nur weitergegeben oder öffentlich verbreitet werden, wenn sie sachgerecht erstellt und dargeboten wird. Schließlich soll der Markt befähigt werden, sich selbstregulativ vor den schädlichen Auswirkungen weiterhin bestehender, interessenkonfliktärer Finanzanalysen zu schützen. Zu diesem Zwecke normiert § 34 I 2 Hs. 2 WpHG die Pflicht zur Offenlegung potentiell bestehender Interessenkonflikte.

Das Regelungsregime ist nunmehr im Zuge der Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID)[38]

---

[22] Vgl. *Coffee*, 57 Bus. Law. 1403, 1405; *Fisch/Sale*, 88 Iowa L. Rev. 1035, 1038 f. m.w.N.

[23] Statt vieler *Drinkuth*, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil (Hrsg.), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2007, S. 169, 171.

[24] *Richter* (Fn. 1), S. 28.

[25] Vgl. die umfassende Untersuchung von *Göres*, Interessenkonflikte von Wertpapierdienstleistern und -analysten bei der Wertpapieranalye, 2004, S. 32 ff.; ferner *Richter* (Fn. 1), S. 28 ff.; *Schilder* (Fn. 16), S. 49 ff. und *Vogler* (Fn. 11), S. 56 ff.; *Egbers/Tal*, BKR 2004, 219 f.; aus der Kommentarliteratur *Koller*, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz[4], 2006, § 34b Rn. 25 ff.; aus der U.S.-amerikanischen Literatur z.B. *Fisch/Sale*, 88 Iowa L. Rev. 1035, 1043 ff. und *Sieland*, 2003 U. Ill. L. Rev. 531, 534 ff.

[26] Statt vieler *Göres* (Fn. 25), S. 31; *Richter* (Fn. 1), S. 32 m.w.N. Demgegenüber werden die ausschließlich für institutionelle Investoren arbeitenden Analysten als *buy-side-analysts* bezeichnet.

[27] *Göres* (Fn. 25), S. 31; *Egbers/Tal*, BKR 2004, 219, 220.

[28] Vgl. *Göres* (Fn. 25), S. 34 ff.; *Koller*, in: Assmann/Schneider (Fn. 25), § 34b Rn. 27; *Richter* (Fn. 1), S. 42 ff.; *Lenenbach*, Kapitalmarkt- und Börsenrecht, 2002, S. 421 f.; *Schilder* (Fn. 16), S. 52 ff.; *Vogler* (Fn. 11), S. 58 ff.; *Fleischer* (Fn. 7), S. 128; *Egbers/Tal*, BKR 2004, 219; zu diesem Konflikt im U.S.-amerikanischen Kapitalmarktgeschehen *Fisch/Sale*, 88 Iowa L. Rev. 1035, 1046 ff.

[29] Dieser Fallgruppe sind wohl die spektakulären Vorgänge bei *Merrill Lynch* um (Ex-)Staranalyst *Henry Blodget* zuzuordnen, vgl. etwa *Hillenbrand*, Spiegel online v. 15.04.02 (Fn. 2).

[30] Zum sog. „*pitching*“ *Göres* (Fn. 25), S. 35 f.; ferner *Unger*, Hearings before the Subcommittee on Capital Markets, Insurance, and Government sponsored enterprises of the Committee on Financial Services of the U.S. House of Representatives, 107th Congress, Hearing on “Analyzing the analysts – Are investors getting unbiased research from Wall Street” held on: July 31, 2001, Serial No. 107-25, Written Testimony, S. 228-240, S. 230, abrufbar unter: http://financialservices.house.gov/media/pdf/107-25.pdf (Stand 19.07.2007).

[31] Vgl. *Göres* (Fn. 25), S. 42 ff. mit Fallbeispielen zum deutschen Kapitalmarkt.

[32] Dazu ausführlich *Göres* (Fn. 25), S. 48 ff.

[33] Dies dokumentiert die Studie von *Harrison Hong* und *Jeffrey Kubik*, Analysing the Analysts: Career Concerns and Biased Earnings Forecasts, zitiert nach: *Taylor*, Financial Times (London) v. 01.02.2002, S. 27.

[34] So *Veil*, ZBB 2006, 162, 171 über die Rolle der Analysten im Kapitalmarkt*recht*.

[35] So ausdrücklich die Regierungsbegründung zum 4. Finanzmarktförderungsgesetz, BT-Drs. 14/8017, S. 92; vgl. auch *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2004, Rn. 16.612.

[36] *Assmann*, Prospekthaftung als Haftung für die Verletzung kapitalmarktbezogener Informationsverkehrspflichten nach deutschem und US-amerikanischem Recht, 1985, S. 288 f.

[37] In seiner heutigen Fassung geht § 34b WpHG größtenteils auf das AnSVG vom 30. Oktober 2004, BGBl. I 2004, 2630 zurück, das der Umsetzung der Marktmissbrauchsrichtlinie, Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation, ABl. EU Nr. L 96/16 v. 12.4.2003, S. 16, und der dazugehörigen Durchführungsrichtlinie, Richtlinie 2003/125/EG der Kommission vom 22.12.2003 zur Durchführung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die sachgerechte Darbietung von Anlageempfehlungen und die Offenlegung von Interessenkonflikten, ABl. EU Nr. L 339 v. 24.12.2003, S. 73, diente.

[38] Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. EU Nr. L 145 v. 30.4.2004, S. 1.

und der dazugehörigen Durchführungsrichtlinie 2006/73/EG (DRL)[39] durch das Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungs-Gesetz (FRUG)[40], das zum 1.11.2007 in Kraft tritt, erneut von Neuerungen betroffen.[41] So ist gem. § 2 IIIa Nr. 5 WpHG n.F. die Erstellung, Weitergabe und Verbreitung von Finanzanalysen eine Wertpapiernebendienstleistung, was zu einer Anwendung der durch das FRUG reformierten allgemeinen Wohlverhaltenspflichten für Wertpapierfirmen (§§ 31 ff. WpHG n.F.) auf Analysen führen kann, die ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen für einen Kunden erbringt.[42] Zugleich werden die in § 34b V WpHG normierten Organisationspflichten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen konkretisiert.[43]

II. Sanktionen bei Verstößen

Die Einhaltung der Pflichten nach § 34b WpHG unterliegt der sog. Missstandsaufsicht durch die BaFin, § 4 I und II WpHG. Zu diesem Zwecke können neben der Regelprüfung für Wertpapierdienstleistungsunternehmen gem. § 34b VII 2 i.V.m. § 36 WpHG auch anlassunabhängige Prüfungen durchgeführt werden, § 34b VII i.V.m. § 35 WpHG.[44] Die schärfste Sanktionsmöglichkeit besteht dabei für solche Unternehmen, die dem Kreditwesengesetz unterfallen, in dem Entzug der gem. § 32 I 1 KWG erforderlichen Erlaubnis, Finanzdienstleistungen zu erbringen (§ 35 II Nr. 6 i.V.m. § 32 KWG). Dies käme faktisch einem Berufsverbot gleich.[45] Allerdings bedürfte es dazu eines „nachhaltigen" Verstoßes, vgl. § 35 II Nr. 6 KWG. Ein solcher kommt wohl erst bei wiederholten Verstößen gegen die Pflichten des § 34b WpHG in Betracht. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die bis zum Erreichen dieser Schwelle entstandenen Schäden beim Kapitalanleger verbleiben.[46] Außerdem muss ein entsprechendes Fehlverhalten überhaupt erst die Aufmerksamkeit der Behörden erlangen.[47] Es sprechen gute Gründe für die Annahme, dass dies gerade nicht selbstverständlich ist. Neben der Fülle an Kapitalmarktinformationen und der begrenzten Mittel der BaFin[48] lässt v.a. auch der Umstand, dass Finanzanalysen ob ihres subjektiven Charakters nur eingeschränkt überprüfbar sind (dazu sogleich D.I.), vermuten, dass Verstöße zu einem nicht unerheblichen Teil unentdeckt bleiben.[49]

Neben aufsichtsrechtlichen Befugnissen sind Verstöße gegen die Pflichten aus § 34b I 2 WpHG über § 39 I Nr. 5 WpHG n.F.[50] bußgeldbewährt. Auch hier stellt sich aber das soeben dargestellte Problem der Überwachung und Aufklärung. Diese Defizite stellen die Effektivität der bestehenden Sanktionen bei Verstößen gegen die Verhaltens- und Organisationspflichten des § 34b WpHG in Frage und haben in der Literatur den Ruf nach einer Sanktionierung von Verstößen durch zivilrechtliche Haftung gemehrt.[51] Zum einen werden sich davon angesichts der verhaltenssteuernden Wirkung von Haftungstatbeständen präventive Effekte erhofft.[52] Zum anderen wird auf die Mobilisierung der Privatinitiative vertraut, die eine höhere Aufdeckungsquote hinsichtlich kapitalmarktrechtlichen Fehlverhaltens zur Folge haben könne, was wiederum auch zur Stärkung der aufsichts- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Sanktionsmechanismen führe.[53] Ob eine zivilrechtliche Haftung für fehlerhafte Finanzanalysen indes bereits *de lege lata* begründet werden kann, ist umstritten und bedarf im Folgenden der Klärung.

D. Haftung für fehlerhafte Finanzanalysen

I. Überprüfbarkeit von Finanzanalysen

Jede Finanzanalyse enthält in ihrem Kern ein Werturteil, das unmittelbaren Ausfluss im Analyseergebnis findet, denn ob ein Finanzinstrument letztlich zum Kauf empfohlen wird oder nicht, ist eine subjektiv geprägte Entscheidung des Analysten, die dieser zwar nicht willkürlich und unter Missachtung der Ergebnisse seines Analysevorgangs treffen kann, bei der er sich aber seiner persönlichen Erfahrung und Einschätzungskraft bedienen darf.[54] Gerade davon wollen die Empfänger der Analyse ja auch profitieren. Die „Richtigkeit" einer Anlageempfehlung lässt sich somit nicht objektiv nachvollziehen,[55] denn als Werturteil ist sie *qua definitionem* dem Wahrheitsbeweis unzugänglich.[56] Dies wirft die Frage auf, woran eine Schadensersatzhaftung für Finanzanalysen tatbestandlich überhaupt anknüpfen kann, m.a.W. wann eine Finanzanalyse in einem haftungsrechtlich relevanten Sinne als fehlerhaft bezeichnet werden kann.

Teilweise werden in der Literatur die vom BGH in seiner „BuM"-Entscheidung[57] entwickelten Grundsätze zu Prognosen und Bewertungen durch emittierende Kapitalmarktunternehmen fruchtbar gemacht.[58] Eine Überprüfung der Bewertungsmaßstäbe solcher Prognosen im Prospekt soll danach

---

[39] Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom. 10. August 2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie, ABl. EU Nr. L 241 v. 2.9.2006, S. 1.

[40] Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission, BGBl. I 2007, 1330.

[41] Vgl. im Einzelnen zu den Auswirkungen der MiFID für die Finanzanalyse *Göres*, BKR 2007, 85 ff.

[42] Das Verhältnis zu den Wohlverhaltenspflichten des § 34b WpHG n.F. in einem solchen Fall ist bislang noch unklar. Von einem Alternativverhältnis von §§ 31 ff. WpHG a.F. zu § 34b WpHG a.F. ausgehend *Möllers*, in: Kölner Kommentar zum WpHG, 2007, § 34b Rn. 26 f.; eine Überschneidung des Anwendungsbereichs nach neuer Rechtslage hält dagegen *Göres*, BKR 2007, 85, 87 f. für möglich.

[43] Dies geschieht durch § 33b V, VI WpHG n.F. sowie § 5a FinAnV n.F., eingeführt durch die erste Verordnung zur Änderung der Finanzanalyseverordnung, BGBl. I 2007, 1430, die ebenfalls zum 1. November 2007 in Kraft tritt. Vgl. dazu ausführlich *Göres*, BKR 2007, 85, 90 ff.

[44] Zum Ganzen *Kümpel/Veil*, Wertpapierhandelsgesetz[2], 2006, Teil 8 Rn. 97.

[45] *Vogler* (Fn. 11), S. 122.

[46] *Vogler* (Fn. 11), S. 122.

[47] *Vogler* (Fn. 11), S. 122.

[48] Diesen Mangel ansprechend *Rössner/Bolkart*, AG-Report 2003, R 114, R 116.

[49] So auch *Vogler* (Fn. 11), S. 123.

[50] Entspricht § 39 I Nr. 4 WpHG a.F.

[51] Eine Haftung fordern neben *Vogler* (Fn. 11), S. 123 auch *Veil*, ZBB 2006, 162, 167, 171 und *Seibt*, ZGR 2006, 501, 525; zurückhaltend *Fleischer* (Fn. 7), S. 131 f.

[52] *Seibt*, ZGR 2006, 501, 525; *Vogler* (Fn. 11), S. 298 f.; vgl. zur Verhaltenssteuerung durch Haftungsrisiken allgemein statt vieler *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch[4], 2004, Vor § 823 Rn. 34 f.; für den Bereich des Kapitalmarkts *Fleischer* (Fn. 7), S. 99; *Mülbert*, JZ 2002, 826, 831.

[53] *Vogler* (Fn. 11), S. 301.

[54] Deutlich *Pfüller/Wagner*, WM 2004, 253, 259 (dortige Fn. 71).

[55] *Schilder* (Fn. 16), S. 191; *Meyer*, AG 2003, 610, 612, 619; ähnlich *Siebel/Gebauer*, WM 2001, 118, 119, 125.

[56] Ständige Rspr., vgl. BVerfG NJW 1972, 811, 813; NJW 1983, 1415, 1416; NJW 1992, 1439, 1440; NJW 1994, 1779; BGH NJW 1996, 1131, 1133; NJW 1997, 2513, 2514.

[57] BGH, WM 1982, 862.

[58] Vgl. *Meyer*, AG 2003, 610, 612.

anhand ihrer „kaufmännischen Vertretbarkeit" erfolgen.[59] Unter Übertragung dieser Rechtsprechung auf Aktienanalysen wird so etwa gefordert, dass die Auswahl der bei der Analyse verwendeten Methoden nicht willkürlich, sondern nach „fachlich vertretbaren Kriterien" erfolgen müsse.[60] In der jüngsten Literatur ist dieser Vorschlag auf Ablehnung gestoßen, weil es an einer Vergleichbarkeit des auf umfassende Information gerichteten Prospekts und der einer kurzen, von wertenden Elementen geprägten Momentaufnahme gleichenden Analyse fehle.[61]

Ein anderer Ansatz versucht indessen, Aktienanalysen als zwischen Tatsachen und Werturteilen angesiedelte „überprüfbare Werturteile" zu begreifen. Eine solche Einordnung ermögliche jedenfalls eine Überprüfung des Erstellungsprozesses von Finanzanalysen insoweit, als dieser objektiv nachvollziehbaren Regeln unterworfen werden könne.[62] Dieser Ansatz verdient Zustimmung, weil er der gesetzgeberischen Konzeption der Wohlverhaltenspflichten für Finanzanalysten in § 34b I 2 WpHG i.V.m. §§ 3, 4 FinAnV entspricht. Denn Gegenstand dieser Pflichten ist eben gerade nicht das Ergebnis, sondern der Prozess der Erstellung und Darbietung einer Finanzanalyse.[63] Diese *erstellungsbezogene Überprüfbarkeit* kann daher den Ausgangspunkt für die Beurteilung haftungsrechtlich relevanten Analyseverhaltens bilden.

II. Mögliche Haftungsgrundlagen des bürgerlichen Rechts

Soweit vertragliche Beziehungen zwischen dem für die Erstellung der Analyse Verantwortlichen und dem betroffenen Anleger bestehen, wird der Verstoß gegen § 34b WpHG regelmäßig als Verletzung vertraglicher Nebenpflichten – etwa im Rahmen der Beratungshaftung oder der Prospekthaftung im weiteren Sinne – vertragliche Schadensersatzansprüche nach sich ziehen.[64] Dieser Beitrag beschränkt sich daher im Folgenden auf die Frage möglicher Haftungsgrundlagen bei der öffentlichen Verbreitung fehlerhafter Finanzanalysen.

1. Haftung nach vertragsähnlichen Haftungskategorien

§ 311 III 1 BGB normiert den schon vorher anerkannten Grundsatz, dass ein Schuldverhältnis mit Pflichten aus § 241 II BGB auch zu Personen bestehen kann, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Gem. § 311 III 2 BGB ist dies insbesondere dann der Fall, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen und hierdurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst hat. Unter diesem Topos ist eine Haftung für veröffentliche Finanzanalysen aus §§ 311 III 2, 241 II, 280 I BGB aus verschiedenen Blickwinkeln diskutiert worden. Weitestgehende Einigkeit besteht mittlerweile insoweit, als dass eine Haftung mangels der Prospektqualität von Finanzanalysen nicht auf die bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung (i.e.S.) gestützt werden[65] und ferner auch die Fallgruppe des besonderen wirtschaftlichen Eigeninteresses nicht zur Anwendung gebracht werden kann[66]. Daneben wurde für die Expertenhaftung i.R.d. § 311 III 2 BGB herausgearbeitet, dass es sich bei den Finanzanalysten mangels eines staatlich regulierten Berufsstandes nicht um eine Berufsgruppe handelt, die mit den für die Expertenhaftung notwendigen Kredibilitätsvermutungen ausgestattet ist.[67]

Einen neuen Anstoß erhielt indessen kürzlich die Diskussion um die Frage, ob es sich bei der Veröffentlichung einer Finanzanalyse um eine Fallgruppe der Inanspruchnahme von Vertrauen in besonderem Maße handelt, die zum Entstehen einer Sonderverbindung i.S.v. § 311 III 2 BGB führen würde. Unter dem Topos der sog. „Sachwalterhaftung" wird die Inanspruchnahme von Vertrauen in besonderem Maße bislang bei solchen Personen angenommen, die unter Hinweis auf ihre Sachkunde oder Zuverlässigkeit der anderen Vertragspartei geradezu eine persönliche Gewähr für das Gelingen des Geschäfts geben.[68] Dabei genügt es nicht, dass der Person des Sachwalters tatsächlich Vertrauen entgegengebracht wird, sondern dass es ihm aufgrund seines besonderen Werbens um dieses Vertrauen normativ entgegengebracht werden darf.[69] Entscheidend ist also, dass er gezielt in einem solchen Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt, dass darin gleichzeitig eine Versicherung zu sehen ist, der Angesprochene könne seine ansonsten bestehende Obliegenheit zum Selbstschutz vernachlässigen.[70] Anders formuliert handelte es sich um Fallgestaltungen im Vorfeld einer vertraglichen Garantiezusage.[71] Auf den Fall der veröffentlichten Finanzanalyse angewendet bedeutet dies zunächst Folgendes: Zwar wird den Erstellern von Wertpapieranalysen regelmäßig Vertrauen entgegengebracht, denn anders ließe sich die Kurserheblichkeit von Analysen nicht erklären.[72] Der Ersteller einer Finanzanalyse will aber bei deren Veröffentlichung aufgrund des Prognosecharakters und angesichts der zahlreichen von ihm nicht zu kontrollierenden Einflüsse auf die kapitalmarktliche Preisbildung regelmäßig gerade kein gesteigertes Vertrauen für sich in Anspruch nehmen und keine persönliche Gewähr für das Gelingen des Geschäfts – erst Recht nicht gegenüber einer unbestimmten Zahl von Empfängern, zu de-

---

[59] BGH, WM 1982, 862, 865; dem folgend *Assmann* (Fn. 36), S. 319 f.; *Fleischer* (Fn. 7), S. 58 f.; *Groß*, Kapitalmarktrecht, Kommentar zum Börsengesetz, zur Börsenzulassungsverordnung, zum Wertpapierprospektgesetz und zum Verkaufsprospektgesetz[3], 2006, §§ 44, 45 BörsG Rn. 44; *Holzborn/Foelsch*, NJW 2003, 932, 933.

[60] *Meyer*, AG 2003, 610, 612.

[61] *Drinkuth* (Fn. 23), S. 169, 176 f.

[62] Ausführlich begründet diesen Ansatz *Vogler* (Fn. 11), S. 131 ff.; der Begriff der „überprüfbaren Werturteile" findet ausdrückliche Erwähnung in der Regierungsbegründung zum AnSVG, BT-Drucks. 15/3174, S. 33 f.

[63] Ähnlich *Vogler* (Fn. 11), S. 137.

[64] Vgl. *Meyer*, AG 2003, 610, 617 f.; *Seibt*, ZGR 2006, 501, 527; *Lenenbach* (Fn. 28), S. 422.

[65] *Vogler* (Fn. 11), S. 209 ff; *Drinkuth* (Fn. 23), S. 169, 183 f.; *Meyer*, AG 2003, 610, 619 f.; *Siebel/Gebauer*, WM 2001, 173, 192; mit ähnlichen Argumenten für die Prospekthaftung i.w.S. *Möllers*, in: Kölner Kommentar zum WpHG (Fn. 42), § 34b Rn. 282.

[66] *Vogler* (Fn. 11), S. 209; *Drinkuth* (Fn. 23), S. 169, 182 f.; eingeschränkt bejahend für Fälle des Eigenhandels (sog. *scalping*) *Möllers*, in: Kölner Kommentar zum WpHG (Fn. 42), § 34b Rn. 283; *Egbers/Tal*, BKR 2004, 219, 222.

[67] *Möllers*, in: Kölner Kommentar zum WpHG (Fn. 42), § 34b Rn. 283; *Schilder* (Fn. 16), S. 216 f.; *Vogler* (Fn. 11), S. 205 f.; *Drinkuth* (Fn. 23), S. 169, 180 f.; *Egbers/Tal*, BKR 2004, 219, 221.

[68] BGH, NJW 1990, 389; *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch[4], Band 2a, § 311 Rn. 205, 221; *Heinrichs*, in: Palandt (Begr.)[64], § 311 Rn. 63; *Löwisch*, in: Staudinger (Begr.), Neubearbeitung 2005, § 311 Rn. 154.

[69] BGH, NJW-RR 1991, 1241, 1242; *Koch*, AcP 204 (2004), 59, 74; ähnlich *Wiegand*, Die „Sachwalterhaftung" als richterliche Rechtsfortbildung, 1991, S. 233.

[70] *Canaris*, ZHR 169 (1999), 206, 232 f.; dem folgend *Koch*, AcP 204 (2004), 59, 77.

[71] So BGH, NJW 1994, 2220, 2222; *Emmerich*, in: MüKo-BGB (Fn. 68), § 311 Rn. 216 m.w.N.

[72] Zur Kurserheblichkeit von Finanzanalysen vgl. die Studien von *Gerke/Oerke*, ZfB 1998, Ergänzungsheft 2, 187, 197 f. für den deutschen und *Michaely/Womack*, 12 Rev. Fin. Stud. 653 für den US-amerikanischen Kapitalmarkt.

nen keinerlei persönlicher Kontakt besteht[73] – übernehmen. Dem Erfordernis der Inanspruchnahme von Vertrauen in besonderem Maße ist nach diesem Verständnis bei der Veröffentlichung von Finanzanalysen also nicht genüge getan.[74]

Auf dieses Meinungsbild trifft der jüngst erschienene Ansatz von *Kersting*[75], der bereits das Zurverfügungstellen von Informationen für ein Rechtsgeschäft für ausreichend hält, um eine Sonderverbindung i.S.v. § 311 III 2 BGB zu begründen,[76] und in der Folge eine Haftung für veröffentlichte Wertpapieranalysen aus §§ 311 III 2, 241 II, 280 I BGB für möglich hält.[77] Wie dieser Ansatz zur Dritthaftung für Informationen die Diskussion beeinflussen wird, bleibt abzuwarten. In der Anwendung auf die Finanzanalyse drängen sich allerdings Zweifel auf. So könnte angeführt werden, dass es dem Analysten aus den dargestellten Gründen erkennbar an einem Inanspruchnahmewillen hinsichtlich des ihm ggf. tatsächlich entgegengebrachten Vertrauens fehlt. Daneben können wohl diejenigen – praktisch relevanten – Fälle nicht erfasst werden, in denen die Finanzanalyse für einen bestimmten Auftraggeber erstellt und die (spätere) sukzessive Weitergabe an einen unbestimmten Personenkreis vom Analysten bloß in Kauf genommen wird.[78] Bis auf Weiteres bleibt es daher bei dem hier für richtig befundenen Ergebnis, dass eine Haftung für veröffentlichte Finanzanalysen nicht auf §§ 311 III 2, 241 II, 280 I BGB gestützt werden kann.

2. Haftung aus Delikt

a) § 823 II BGB i.V.m. § 34b WpHG

Eine Haftung aus § 823 II BGB könnte insoweit gegeben sein, als § 34b WpHG Schutzgesetzcharakter zukommt. Schutzgesetze sind nach allgemeiner Auffassung solche Normen, die nach Zweck und Inhalt wenigstens auch auf den Schutz von Individualinteressen vor einer näher bestimmten Art ihrer Verletzung ausgerichtet sind, wobei es nicht genügt, dass der Individualschutz durch Befolgen der Norm als ihr Reflex objektiv erreicht werden kann.[79] Die Frage nach dem Schutzgesetzcharakter von § 34b WpHG wird seit geraumer Zeit divers diskutiert. Eine Einigung bei der Frage konnte bis dato nicht erzielt werden. Nach wie vor sehen sich diejenigen, die § 34b WpHG Schutzgesetzqualität zusprechen wollen[80], einer Vielzahl dies grundsätzlich ablehnender Stimmen[81] gegenüber. Entscheidend für die Frage des Schutzgesetzcharakters ist das mit § 34b WpHG angestrebte Normziel. Das 4. Finanzmarktförderungsgesetz bezweckt in seinem Kern, den Finanzplatz Deutschland und seine Wettbewerbsfähigkeit in Europa und der Welt zu stärken.[82] Dabei betont der Gesetzgeber, dass das Vertrauen der Anleger in die Sorgfalt, Neutralität und Integrität derjenigen, die Wertpapieranalysen vornehmen und verbreiten, für die Funktionsfähigkeit eines Finanzplatzes von grundlegender Bedeutung ist.[83]

So ist denjenigen, die einen Schutzgesetzcharakter des § 34b WpHG annehmen, zunächst zuzugeben, dass insoweit auch ein Vertrauensschutz der Anleger bezweckt ist. Denn der kapitalmarktliche Funktionenschutz soll gerade durch eine Stärkung des Anlegervertrauens in die institutionelle Integrität des Kapitalmarktes erreicht werden. Dagegen lässt die Formulierung nicht erkennen, dass das Anlegervertrauen auch *individuell* geschützt werden soll. Näher liegt vielmehr die Annahme, dass das Anlegervertrauen nur als Kollektiv vom Schutzzweck des § 34b WpHG umfasst ist.[84] Dies wird umso deutlicher, als § 34b I 1 WpHG ja gerade erst dort eingreift, wo eine Information einem *unbestimmten* Personenkreis zugänglich gemacht werden soll.[85] Man kann dem zwar entgegnen, dass dieses Kollektiv nichts anderes als die Summe des Vertrauens Einzelner darstellt. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass der individuelle Vertrauensschutz mit *bezweckt* ist.[86] Der individualschützende Effekt ergibt sich nur aus der bereits von *Hopt* identifizierten, notwendigen Verbundenheit zwischen Individual- und Funktionenschutz.[87] Diese Verbundenheit bedingt aber gerade nur einen Schutzreflex, der für die Begründung des Schutzgesetzcharakters nicht ausreicht.[88] An der gesetzgeberischen Zielsetzung hat sich auch i.R.d. Umsetzung der Marktmissbrauchsrichtlinie durch das AnSVG[89] im Jahr 2004 nichts geändert.[90] Es war nämlich die vordergründige Intention des europäischen Gesetzgebers, die reibungslose Funktion der Wertpapiermärkte und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Märkte sicherzustellen.[91] Die Annahme, § 34b WpHG sei ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 II BGB, vermag daher nicht zu überzeugen.

Mit Blick auf die neueste Entwicklung drängt sich allerdings die Frage auf, ob die hier vertretene Auffassung auch vor dem Hintergrund der MiFID und ihrer Umsetzung durch das FRUG Bestand haben kann.[92] So geht die neuerliche Einstufung der Finanzanalyse als Wertpapiernebendienstleistung durch § 2 IIIa Nr. 5 WpHG n.F. unmittelbar auf die MiFID zurück[93], die ausweislich ihrer Begründung gerade dem Anlegerschutz dient.[94] Allerdings lässt dieser Umstand keine Rückschlüsse auf die Schutzgesetzqualität des § 34b WpHG zu. Denn die MiFID betrifft grundsätzlich nur Pflichten, die sich aus dem Verhältnis zwischen Wertpapierfirma und Kun-

---

[73] Mit dem fehlenden persönlichen Kontakt argumentierend *Fleischer* (Fn. 7), S. 131.

[74] So auch *Möllers*, Kölner Kommentar zum WpHG (Fn. 42), § 34b Rn. 283; *Fleischer* (Fn. 7), S. 131; *Schilder* (Fn. 16), S. 216; *Drinkuth* (Fn. 23), S. 169, 171; *Egbers/Tal*, BKR 2004, 219, 221.

[75] Grundlegend vorgestellt in *Kersting*, Die Dritthaftung für Information im Bürgerlichen Recht, 2007.

[76] *Kersting* (Fn. 75), S. 471.

[77] *Kersting* (Fn. 75), S. 485 f.

[78] *Drinkuth* (Fn. 23), S. 182.

[79] Ständige Rspr. seit BGHZ 12, 146, 148; aus neuerer Zeit BGH, WM 2004, 1721, 1722; für die Literatur statt aller *Mertens*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch[3], 1997, § 823 Rn. 162.

[80] So *Koller*, in: Assmann/Schneider, Wertpapierhandelsgesetz[3], 2003, § 34b Rn. 17; *Vogler* (Fn. 11), S. 219 ff.; *Mülbert*, JZ 2002, 826, 836; *Spindler*, DStR 2002, 1576, 1581; *ders.*, NJW 2004, 3449, 3454.

[81] So *Koller*, in: Assmann/Schneider (Fn. 25), § 34b Rn. 129; *Möllers*, in: Kölner Kommentar zum WpHG (Fn. 42), § 34b Rn. 284 ff.; *Kümpel/Veil* (Fn. 44), 8. Teil Rn. 100; *Schilder* (Fn. 16), S. 218 f.; *Veil*, ZBB 2006, 162, 166; *Meyer*, AG 2003, 610, 620 f.; *Egbers/Tal*, BKR 2004, 219, 223 f.; *Seibt*, ZGR 2006, 501, 528 ff.; jüngst *Drinkuth* (Fn. 23), S. 169, 185 f.

[82] Reg Begr. zum 4. Finanzmarktförderungsgesetz, BT-Drucks. 14/8017, S. 62.

[83] Reg Begr. zum 4. Finanzmarktförderungsgesetz, BT-Drucks. 14/8017, S. 92.

[84] Zur Unterscheidung von Vertrauenskollektiv- und Vertrauensindividualschutz grundlegend *Hopt*, Kapitalanlegerschutz, 1975, S. 337.

[85] So auch *Seibt*, ZGR 2006, 501, 529.

[86] So aber *Vogler* (Fn. 11), S. 220.

[87] *Hopt* (Fn. 84), S. 337.

[88] So auch *Meyer*, AG 2003, 610, 620 f.; *Egbers/Tal*, BKR 2004, 219, 223 f.; *Seibt*, ZGR 2006, 501, 528.

[89] Siehe Fn. 37.

[90] Ebenso *Koller*, in: Assmann/Schneider (Fn. 25), § 34b Rn. 129.

[91] 2. Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/6/EG (Fn. 37).

[92] Zweifel in diese Richtung äußert etwa *Koller*, in: Assmann/Schneider (Fn. 25), § 34b Rn. 129.

[93] Anhang I Abschnitt B Nr. 5 der Richtlinie 2004/39/EG (Fn. 38).

[94] Vgl. 17. und 31. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/39/EG (Fn. 38).

den ergeben.[95] Der systematisch im Abschnitt der anlegerschützenden Vorschriften verortete Art. 19 MiFID erfasst Finanzanalysen eben gerade nur insoweit, als sie gegenüber einem Kunden als Wertpapiernebendienstleistungen erbracht werden. Für den hier allein interessierenden Fall einer Analyse, die i.S.v. § 34b I 1 WpHG einem unbestimmten Personenkreis zugänglich gemacht werden soll und veröffentlicht wird, trifft die MiFID daher keine Aussage, die zu einer Neubewertung der Schutzgesetzqualität des § 34b WpHG führen könnte. Diese Sichtweise entspricht auch dem Anliegen der Rechtsprechung, die Ausuferung der Schadensersatzverantwortlichkeit nach § 823 II BGB bei reinen Vermögensschäden infolge der Aktivlegitimation eines unüberschaubaren Kreises potentiell Geschädigter durch eine Begrenzung der Haftung auf einen ex ante erkennbaren Kreis konkret, erheblich und nachweisbar betroffener Rechtssubjekte zu vermeiden.[96]

b) § 826 BGB

Als Haftungsgrundlage kommt schließlich § 826 BGB in Betracht. Unklar ist, unter welchen Umständen bei der Veröffentlichung fehlerhaft erstellter und dargebotener Finanzanalysen ein Sittenwidrigkeitsvorwurf erhoben werden kann.[97] Die Konkretisierung der vom RG aufgestellten Definition der Sittenwidrigkeit als Verstoß gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“[98] ist im Laufe der Entwicklung des § 826 BGB anhand von Fallgruppen vorgenommen worden.[99] Im Rahmen der sog. Auskunfts- und Expertenhaftung wurde der Sittenwidrigkeitsmaßstab dabei dahingehend konkretisiert, dass sowohl einfach vorsätzliche, als aber auch gewissenlose, leichtfertig „ins Blaue hinein“ erteilte Falschauskünfte als sittenwidrig i.S.d. § 826 BGB angesehen werden.[100] Es wird teilweise angenommen, dass sich diese Maßstäbe auf die Erstellung und Verbreitung fehlerhafter Finanzanalysen übertragen ließen.[101] Zu Recht wird an dieser Übertragbarkeit aber gezweifelt.[102] Die Herabsetzung des Sittenwidrigkeitsmaßstabs auf die bloß vorsätzliche oder gar besonders sorgfaltswidrige Erteilung falscher Auskünfte im Rahmen des § 826 BGB bedarf der besonderen Rechtfertigung. Angesichts der Auffang- und Ergänzungsfunktion[103] des § 826 BGB besteht nämlich Einigkeit, dass nicht jedes relevante, fehlerhafte Informationsverhalten ausreichend ist, um den Vorwurf der Sittenwidrigkeit zu begründen.[104]

Wie *Vogler* herausarbeitet,[105] lässt sich anhand der zahlreichen Kasuistik nachvollziehen, dass es sich bei den Auskunfts- und Expertenfällen um Konstellationen handelt, in denen zu der Auskunftsperson ein *konkreter* Vertrauenstatbestand bestand, der entweder in einem persönlichen Kontakt mit dem Auskunftsempfänger[106] oder in der Zugehörigkeit der Auskunftsperson zu einer bestimmten, mit besonderer Kompetenz und Qualifikation ausgestatteten Berufsgruppe begründet lag.[107] Die Enttäuschung dieses Vertrauens in grob sorgfaltswidriger Weise bildet den Kern des Sittenwidrigkeitsverdikts und rechtfertigt eine Absenkung der Anforderungen in dem beschriebenen Maße.[108] Wie schon für § 311 III BGB aufgezeigt wurde, lassen sich solche Vertrauensmaßstäbe aber gerade nicht auf Finanzanalysten übertragen (vgl. oben D.II.1.).[109] Weder gibt es ein einheitliches Berufsbild des Finanzanalysten, das mit ähnlichen Kredibilitätsvermutungen ausgestattet wäre wie das der Vergleichsfälle, noch findet ein privater Kontakt mit den Empfängern der veröffentlichten Analyse statt.[110] Da es somit an einem *konkreten* Vertrauenstatbestand fehlt, kann die Sittenwidrigkeit nicht unter Übertragung der Grundsätze zur Auskunfts- und Expertenhaftung auf die bloß grob sorgfaltswidrige Erstellung fehlerhafter Finanzanalysen gestützt werden.

Fraglich ist aber, ob es ausreicht, wenn der Ersteller neben dem bedingten Schädigungsvorsatz bewusst, also einfach vorsätzlich, gegen die Pflichten des § 34b I WpHG verstoßen hat, oder ob dieser Pflichtenverstoß erst dann als besonders verwerflich und mithin sittenwidrig angesehen werden kann, wenn damit eigennützige Zwecke verfolgt wurden.[111] Soweit es – wie hier vorrangig – um Analysen geht, die aufgrund von systematischer Beeinflussung durch sachfremde Interessen fehlerhaft „geraten“ sind, wird ein solcher Eigennutz zwar regelmäßig bezweckt sein und bei entsprechendem Nachweis auch das Verhalten der Verantwortlichen als sittenwidrig zu qualifizieren vermögen.[112] Die Beweislast würde aber den Geschädigten treffen, der über das Wissen des Finanzanalysten um die fehlerhafte Erstellung seiner Analyse hinaus auch diese Motivlage nachweisen müsste. Dies kann insbesondere dann von erheblicher praktischer Bedeutung sein, wenn nicht nur gegen die erstellungsbezogenen Sorgfaltpflichten, sondern auch gegen die Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten nach § 34b I 2 Nr. 2 WpHG verstoßen wird. Die Beantwortung der Frage, ob also für die Sittenwidrigkeit zu dem Schädigungsvorsatz eine auf Eigennutz gerichtete Motivationslage hinzutreten muss, könnte anhand

---

[95] *Möllers*, Kölner Kommentar zum WpHG (Fn. 42), § 34b Rn. 24; vgl. ferner die Erwägungsgründe Nr. 3, Nr. 30 und Nr. 33 sowie die Überschrift des 2. Abschnitts der Richtlinie 2004/39/EG (Fn. 38).

[96] Vgl. etwa BGHZ 100, 13, 19; zum Ganzen *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 52), § 823 Rn. 345.

[97] Ausführlich *Vogler* (Fn. 11), S. 246 ff.

[98] RGZ 48, 114, 124; 56, 271, 279; 73, 107, 113.

[99] *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 52), § 826 Rn. 42 ff.; *Sprau*, in: Palandt (Fn. 68), § 826 Rn. 20 ff.

[100] Bereits RGZ 72, 175; *Sprau*, in: Palandt (Fn. 68), § 826 Rn. 25 f. und 213; *Oechsler*, in: Staudinger (Begr.), Neubearbeitung 2003, § 826 Rn. 82 m.w.N.

[101] So *Egbers/Tal*, BKR 2004, 219, 225.

[102] *Vogler* (Fn. 11), S. 248 ff.

[103] *Deutsch/Ahrends*, Deliktsrecht[4], 2002, Rn. 231; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil: 2. Halbband[13], 1994, S. 448; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht[9], 2001, Rn. 187; *Fuchs*, Deliktsrecht[6], 2006, S. 154; *Spindler*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Edition 6, § 826 Rn. 1.

[104] Für Wirtschaftsprüfer *Ebke*, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2001, § 323 Rn. 89 m.w.N.; für fehlerhafte *Ad-hoc*-Mitteilungen *Möllers*, WM 2003, 2393, 2394.

[105] *Vogler* (Fn. 11), S. 249.

[106] Vgl. für die Haftung der Bank für falsche Kreditauskünfte BGH, NJW 1979, 1599 und des Anlagevermittlers BGH, NJW 1982, 2815, 2816, NJW-RR 1988, 544, 545; BKR 2002, 36, 37 f.

[107] Vgl. für die Haftung eines Tierarztes BGH, NJW-RR 1986, 1150, 1151; eines Gutachters BGH, NJW 1991, 3282, 3283; eines Steuerberaters bei der Zwischenabschlussprüfung BGH, NJW 1987, 1758; eines Rechtsanwalts BGH, NJW 1972, 678, 680.

[108] *Oechsler*, in: Staudinger (Fn. 100), § 826 Rn. 214; *Egbers/Tal*, BKR 2004, 219, 225; *Holzborn/Foelsch*, NJW 2003, 932, 939. Deutlich auf die Vertrauensstellung kraft Berufszugehörigkeit abhebend etwa BGH, NJW-RR 1986, 1150, 1151.

[109] So auch *Vogler* (Fn. 11), S. 249 f.

[110] Mit ähnlicher Argumentation für die Unübertragbarkeit dieser Maßstäbe auf fehlerhafte *Ad-hoc*-Mitteilungen *Dühn*, Schadensersatzhaftung börsennotierter Aktiengesellschaften für fehlerhafte Kapitalmarktinformation, 2003, S. 135 ff.

[111] Zur Sittenwidrigkeit aufgrund des verfolgten Zwecks statt aller *Spindler*, in: Beck'scher Onlinekommentar zum BGB (Fn. 103), § 826 Rn. 8; *Sprau*, in: Palandt (Fn. 68), § 826 Rn. 5.

[112] *Vogler* (Fn. 11), S. 252.

eines Vergleichs mit den Grundsätzen zur Haftung nach § 826 BGB bei fehlerhaften *Ad-hoc*-Mitteilungen des Emittenten gelingen. Auch bei der Veröffentlichung einer *Ad-hoc*-Mitteilung fehlt es an einem konkreten Vertrauenstatbestand in die Richtigkeit der Information. Von einem erheblichen Teil in der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass bereits die wissentliche (oder gar leichtfertige) Veröffentlichung fehlerhafter *Ad-hoc*-Mitteilungen bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen die Haftung aus § 826 BGB zu begründen vermag.[113] Aus den grundlegenden *Infomatec*-Entscheidungen des BGH[114] lassen sich diesbezüglich keine eindeutigen Anhaltspunkte gewinnen, denn in dem zugrunde liegenden Sachverhalt sah der Senat das Vorliegen eigennütziger Intentionen der Verantwortlichen als erwiesen an.[115] Wie genau das Problem im Bereich der *Ad-hoc*-Publizität zu beantworten ist, braucht hier nicht zu interessieren. Der Klärung bedarf vielmehr die Frage, ob die Begründungsansätze derjenigen, die eine Haftung aus § 826 BGB für bloß vorsätzlich falsche *Ad-hoc*-Mitteilungen bejahen, auf die Aktienanalyse übertragbar sind. Der grundlegende Ansatz ist wohl der Verweis auf das Informationsmonopol des Emittenten. Die Sittenwidrigkeit soll danach darin begründet liegen, dass das Anlegerpublikum bewusst irregeleitet wird, obwohl es auf die Emittenteninformationen angewiesen ist und diese Informationen auch aus keiner anderen Quelle beziehen kann.[116] Ein ähnliches Monopol besteht bei der Finanzanalyse nicht. Zwar konnte eingangs die grundlegende Bedeutung der Informationsintermediation durch die Finanzanalyse angedeutet werden. Geht man davon aus, dass bestimmte Finanzinstrumente weitestgehend nur von Analysten der *sell-side* untersucht werden, erscheint auch das Argument zu kurz gegriffen, die Anleger seien aufgrund der Vielzahl anderer Informationsintermediäre nicht in gleichem Maße auf die Information einzelner Analysten angewiesen, wie auf Informationen des Emittenten.[117] Der entscheidende Unterschied besteht m.E. vielmehr in dem *Grad* der Angewiesenheit auf beide Informationsformen. Bei der Emittentenpublizität ist dieser absolut und unausweichlich. Bei der Finanzanalyse besteht jedenfalls die Möglichkeit, auf deren Inanspruchnahme ganz zu verzichten. Angesichts der Tatsache, dass es sich bei der frei verfügbaren Analyse letztlich um ein zusätzliches Angebot an die Anleger handelt, vermag dieser (nur) relative Grad an Angewiesenheit das Sittenwidrigkeitsurteil nur dann zu begründen, wenn zu dem vorsätzlichen oder gar bloß leichtfertigen Verstoß gegen die erstellungsbezogenen Verhaltenspflichten eine auf Eigennutz gerichtete Motivlage hinzutritt.[118] Eine Haftung aus § 826 BGB ist daher denkbar, wenn der Geschädigte neben den übrigen Voraussetzungen eine solche Motivlage nachweisen kann.

3. Zwischenfazit

Der etwas unbefriedigende Beigeschmack dieses Ergebnisses wird unter etwas veränderter Perspektive verständlich: Zwar scheint eine haftungsrechtliche Sanktionierung auch nur (grob) fahrlässiger Verstöße gegen die Sorgfaltspflichten des § 34b Abs. 1 WpHG angesichts der Bedeutung der Finanzanalyse für das „überragend wichtige Schutzziel der Funktionsfähigkeit und Preisintegrität des Kapitalmarktes“[119] wünschenswert. Die bürgerlich-rechtlichen Anspruchsgrundlagen bieten aber schlicht nicht die geeigneten Mittel dafür.[120] Zu Recht wird daher erwogen, das Problem mit kapitalmarktrechtlichen Haftungsinstrumenten zu bewältigen.[121]

4. Gesamtanalogie zu den Vorschriften der kapitalmarktrechtlichen Informationshaftung

Um dem rechtspolitischen Bedürfnis nach einer Haftung für fehlerhafte Aktienanalysen Rechung zu tragen, wird in der neueren Literatur der Ansatz verfolgt, eine Haftung in Gesamtanalogie zu den kapitalmarktrechtlichen Informationshaftungstatbeständen der §§ 37b und 37c WpHG, § 44 BörsG und § 12 WpÜG zu begründen.[122] Ansatzpunkt dieser Analogie ist die mit dem bisherigen Gang dieses Beitrags übereinstimmende Erkenntnis, dass das haftungsrechtlich schützenswerte Vertrauen der Anleger nicht aus einer individuellen Vertrauensbeziehung zu der Person des Erstellers oder aus einem typisierten Vertrauen in bestimmte, mit dessen beruflicher Stellung vermeintlich verbundene Integritäts- und Sachverstandsvermutungen resultiert, sondern sich als *abstraktes* Vertrauen vielmehr auf die Effektivität des Rechtssystems bezieht, „die Funktionsvoraussetzungen für den Kapitalmarkt mit Pflichtensetzung für die Marktteilnehmer zu gewährleisten“.[123]

Die Tragfähigkeit dieser Begründung scheint nicht unproblematisch.[124] Zwar wird man kaum anzweifeln, dass das Vertrauen der Anleger in die Einhaltung der Pflichten des § 34b WpHG geschützt werden sollte. Man darf indes fragen, ob in einem solchen Vertrauen auch der Haftungsgrund einer kapitalmarktrechtlichen Informationshaftung begründet liegen kann, denn nicht jedes Vertrauen in die Einhaltung einer gesetzlichen Pflicht, die noch dazu gegenüber jedermann besteht, begründet im Falle der Verletzung gleich Schadensersatzansprüche aus Vertrauenshaftung. Im bürgerlichen Recht werden solche Pflichtverstöße vielmehr über die Haftungstatbestände des Deliktsrechts erfasst.[125] Die Maßstäbe des bürgerlichen Rechts lassen sich aber – wie gezeigt – gerade nicht auf den Kapitalmarkt übertragen. Wie eingangs angedeutet werden konnte, ist es für einen Markt für Vertrauensgüter von grundlegender Bedeutung, dass sich alle Marktteilnehmer auf die Einhaltung der funktionswichtigen Pflichten durch die anderen Marktteilnehmer verlassen können.[126] Es handelt sich bei diesen Pflichten eben nicht – wie etwa bei den allgemeinen Verkehrspflichten – um Pflichten gegenüber jedermann. Vielmehr begründen die kapitalmarkrechtlichen Publizitätsvorschriften und auch der § 34b WpHG Pflichten

---

[113] *Dühn* (Fn. 110), S. 140; *Fleischer*, DB 2004, 2031, 2033 f.; *Krause*, ZGR 2002, 799, 823; *Möllers*, WM 2003, 2393, 2394.

[114] BGH, ZIP 2004, 1593 und ZIP 2004, 1599.

[115] BGH, ZIP 2004, 1593, 1599.

[116] Deutlich *Möllers*, WM 2003, 2393, 2394; *Krause*, ZGR 2002, 799, 823; ähnlich *Möllers/Leisch*, WM 2001, 1648, 1654; vgl. auch die Erwähnung bei *Zimmer*, in: Schwark (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar[3], 2004, §§ 37b, 37c WpHG Rn.118; abweichend *Dühn* (Fn. 110), S. 136 f.

[117] So aber *Vogler* (Fn. 11), S. 251.

[118] So i.E. auch *Vogler* (Fn. 11), S. 251 ff.

[119] *Seibt*, ZGR 2006, 501, 532.

[120] Ähnlich, auf die Rechtsfolgen abstellend *Veil*, ZBB 2006, 162, 166.

[121] *Seibt*, ZGR 2006, 501, 532; *Veil*, ZBB 2006, 501, 166 f.

[122] *Seibt*, ZGR 2006, 501, 532.

[123] *Seibt*, ZGR 2006, 501, 531.

[124] Die Natur der §§ 37b, 37c als gesetzliche Vertrauenshaftung lehnen bereits ganz ab *Sethe*, in: Assmann/Schneider (Fn. 25), §§ 37b, 37c Rn. 19 ff.; *Dühn* (Fn. 110), S. 112 ff; für die Einordnung der börsenrechtlichen Prospekthaftung als Deliktshaftung *Assmann*, in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts[2], 1997, § 7 Rn. 23 und 37.

[125] Für ein Verständnis der §§ 37b, 37c WpHG als Sonderdeliktshaftung *Steinhauer* (Fn. 8), S. 232, *Sethe*, in: Assmann/Schneider (Fn. 25), §§ 37b, 37c Rn. 23 m.w.N.

[126] Ähnlich *Seibt*, ZGR 2006, 501, 531.

gegenüber einer hochsensiblen und komplexen Marktgegenseite, deren Funktionsfähigkeit durch einen Verstoß ernstlich beschädigt werden kann. Wer freiwillig am Kapitalmarkt aktiv wird und sich dabei einer Informationsform bedient, an die bereichsspezifisch normierte inhaltliche Anforderungen gestellt werden, deren Einhaltung aufgrund präventiver Sicherungsmechanismen für pflichtwidriges Verhalten gewährleistet erscheint, muss sich dann auch haftungsrechtlich festhalten lassen, wenn er das Vertrauen der übrigen Marktteilnehmer in die Einhaltung dieser Pflichten enttäuscht.[127] Diese Einsicht führt zu der Qualifizierung der §§ 37b und 37c WpHG, § 44 BörsG und § 12 WpÜG als Fälle einer gesetzlichen Vertrauenshaftung.[128] Nähme man für die Pflichten des § 34b WpHG trotz der aufgeworfenen Defizite im Bereich der aufsichts- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Sanktionen noch an, dass deren Einhaltung als in diesem Sinne hinreichend gesichert angesehen werden kann, wären die beiden Konstellationen, zumindest was den Haftungsgrund betrifft, vergleichbar. Beachtet man zudem, dass die Finanzanalyse als kommunikative Schnittstelle zwischen Emittent und Anleger dazu beiträgt, dass sich etwa *Ad-hoc*-Informationen in kürzester Zeit im Preis niederschlagen,[129] ließe sich argumentieren, dass die Finanzanalyse unmittelbar zur Effektivität der Publizitätspflichten beiträgt und als deren ‚verlängerter Arm' auch mit den gleichen haftungsrechtlichen Sanktionen versehen werden muss.

Es bestehen aber erhebliche weitere Bedenken gegen die Annahme einer vergleichbaren Interessenlage. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die bereichsspezifischen Haftungsregime eine Emittentenhaftung und nicht die Haftung eines Informationsintermediärs begründen.[130] Zwar besteht gerade darin die vermeintlich ausfüllungsbedürftige Regelungslücke. Bei den geregelten Tatbeständen handelt es sich aber stets um Verstöße gegen Informations*pflichten*, während Analysen nur freiwillig verbreitet werden. Diesem Gedanken liegt das gleiche Argument zugrunde, dass schon zu einer unterschiedlichen Behandlung im Rahmen des § 826 BGB geführt hat: Dem Anlegerpublikum steht neben einer korrekten *Ad-hoc*-Mitteilung, einem korrekten Börsenprospekt oder einer korrekten Angebotsunterlage eben keine alternative Bezugsmöglichkeit für Primärinformationen zur Verfügung. Der Verzicht auf eine Finanzanalyse hingegen mag zwar die Informationskosten der Anlageentscheidung erhöhen. Die Entscheidung kann aber dennoch auf einer vernünftigen Informationsbasis getroffen werden, wenn nämlich der Anleger selbst die verfügbaren Primärinformationen auswertet oder dafür die Anlageberatung seiner Bank in Anspruch nimmt.

Das entscheidende Argument ist schließlich noch ein anderes: Angesichts der hohen Regelungsdichte im Kapitalmarktrecht lässt sich nur schwer von einer planwidrigen Regelungslücke ausgehen.[131] Hätte der deutsche Gesetzgeber eine Haftung von Informationsintermediären gewollt, hätte er diese im Rahmen des einst geplanten Kapitalmarktinformationshaftungsgesetzes (KapInHaG) ausgestalten können.[132] Dieses Argument kann auch nicht mit dem Hinweis auf die überragende Bedeutung des verfolgten Schutzziels[133] entkräftet werden. Wo eine planwidrige Regelungslücke nicht besteht, ist eine Rechtsfortbildung im Wege der Analogie auch unter Billigkeitsgesichtspunkten ausgeschlossen. Eine kapitalmarktrechtliche Informationshaftung für fehlerhafte Finanzanalysen lässt sich daher *de lege lata* nicht begründen.

E. Fazit

Wie aufgezeigt, besteht eine Schadensersatzhaftung für fehlerhafte Finanzanalysen auch nach der Umsetzung der MiFID *de lege lata* nur in den engen Grenzen des § 826 BGB. Zu klären ist daher die (rechtspolitische) Frage, ob mit Blick auf die Rolle der Finanzanalyse für den Kapitalmarkt und angesichts der bestehenden Sanktionsdefizite die Einführung einer spezialgesetzlichen Haftungsgrundlage für Verstöße wünschenswert ist. Immerhin könnte die haftungsrechtliche Steuerungswirkung[134] nicht nur die Effektivität der Sanktionierung von Verstößen gegen § 34b WpHG erhöhen, sondern darüber hinaus zu einer Befolgung von Pflichten auch dort führen, wo ihre Verletzung ansonsten aufgrund mangelnder Überprüfbarkeit gar nicht sanktioniert werden könnte. Zudem verspricht man sich von einer Haftung wohl zu Recht, dass sie durch die Mobilisierung der Privatinitiative zu einer besseren Aufklärung kapitalmarktlichen Fehlverhaltens führt. Die Grundzüge eines solchen Spezialhaftungstatbestands könnten sich dann an den §§ 37b, 37c WpHG orientieren. Wie dort müsste die Verantwortlichkeit wohl auf grobe Fahrlässigkeit begrenzt werden, um zu vermeiden, dass die Zahl der kostenlos verfügbaren Finanzanalysen erheblich zurückgeht.[135] Der Haftungstatbestand an sich müsste nach dem hier vertretenen Konzept der erstellungsbezogenen Überprüfbarkeit den Verstoß gegen die erstellungsbezogenen Pflichten des § 34b WpHG sanktionieren. Ähnlich wie bei §§ 37b, 37c WpHG[136] wird auch hier die Frage der haftungsbegründenden Kausalität Probleme bereiten. Ob dem Anspruchsteller hier eine Beweiserleichterung zukommen kann, wird die Diskussion zeigen müssen. ■

---

[127] Vgl. *Mülbert/Steup*, WM 2005, 1633, 1639.

[128] Für §§ 37b, 37c WpHG *Veil*, ZHR 167 (2003), 365, 391 f.; *Zimmer*, in: Schwark (Fn. 116), §§ 37b, 37c WpHG Rn. 6 ff.; *Mülbert/Steup*, WM 2005, 1633, 1638.

[129] *Veil*, ZHR 167 (2003), 365, 384.

[130] *Veil*, ZBB 2006, 162, 166.

[131] *Veil*, ZBB 2006, 162, 166; in die gleiche Richtung *Dühn* (Fn. 110), S. 105, der für andere als die in §§ 37b, 37c WpHG geregelten Informationsformen am Sekundärmarkt eine planwidrige Regelungslücke ausschließt.

[132] Vgl. zum KapInHaG *Veil*, BKR 2005, 91 ff.

[133] *Seibt*, ZGR 2006, 501, 532.

[134] Vgl. schon die Nachweise in Fn. 52; zur Auswirkung der Versicherbarkeit von Haftungsrisiken auf diese Steuerungswirkung *Spindler*, in: BeckOK (Fn. 103), § 823 Rn. 0.8; *Dühn* (Fn. 110), S. 249 f.; *Vogler* (Fn. 11), S. 300 f.

[135] So *Seibt*, ZGR 2006, 501, 532.

[136] Dazu *Veil,* ZHR 167 (2003), 365, 380 ff.

Keine Ausgabe mehr verpassen?

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

Patrick Hofmann, LL.B., Hamburg*

Der WTO-Streitbeilegungsmechanismus

Formalisiertes Verhandlungsforum oder Gerichtsverfahren?

A. Einleitung

Durch die Gründung der WTO, die sich wie das „Dach" eines Hauses über die Säulen des GATT, GATS und TRIPS wölbt, wurde ein wesentlicher Strukturwandel im Wirtschaftsvölkerrecht eingeläutet.[1] Doch so wie es bei Mitgliedern einer Familie, die unter einem Dach leben, immer wieder zu Streitigkeiten kommt, sind auch Interessenkonflikte zwischen den Mitgliedern im kooperativen System der WTO nicht auszuschließen. Zur Entschärfung dieser Konflikte wurde am 01.01.1995 die „Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten" (DSU) in Kraft gesetzt, die durch die Aufstellung transparenter Regeln ein geordnetes Miteinander der 151 Mitglieder ermöglichen soll. Das neue Streitbeilegungssystem hat dabei im Vergleich zur Streitbeilegung unter dem GATT 1947 durch die Einführung des negativen Konsensprinzips, die Etablierung einer ständigen Rechtsmittelinstanz, die zeitliche Straffung des Verfahrens und die Einführung von Sanktionsmöglichkeiten im Falle der Nichtbeachtung von Entscheidungen eine starke Verrechtlichung erfahren.[2]

Als Folge dieser grundlegenden Neuerungen stellt sich die Frage, ob es sich beim WTO-Streitbeilegungsmechanismus um ein formalisiertes Verhandlungsforum handelt, oder ob das DSU bereits als Gerichtsverfahren bezeichnet werden kann. Dies ist Gegenstand dieses Aufsatzes. Dabei ist diese Fragestellung nicht nur von dogmatischem Interesse, sondern tangiert im Falle der Charakterisierung des Streitbeilegungssystems als Gerichtsverfahren erhebliche Souveränitätsinteressen der Mitglieder. Während die Staaten in einem formalisierten Verhandlungsforum stets den Einfluss auf das Verfahren behalten, geben sie im Gerichtsverfahren einen Teil ihrer Souveränität an eine Streitschlichtungsinstanz ab.[3] Entscheidend ist zudem, dass in einem Gerichtsverfahren ein Verstoß eines Mitglieds gegen seine völkerrechtlichen Verpflichtungen verbindlich durch ein Urteil festgestellt wird. Obwohl im Völkerrecht die Vollstreckbarkeit von Urteilen bekanntermaßen schwierig ist,[4] erhöht ein rechtsverbindliches Urteil doch den Druck auf den vertragsbrüchigen Staat, seine internationalen Verpflichtungen zu erfüllen.

B. Einordnung des WTO-Streitbeilegungsmechanismus

I. Organe und Verfahrensablauf

Zum besseren Verständnis soll zunächst ein kurzer Überblick über die Organe und den Verfahrensablauf des DSU erfolgen.

1. Organe der Streitbeilegung

Die Streitbeilegung nach dem DSU erfolgt durch das Panel, den Appellate Body und den Dispute Settlement Body (DSB). Das Panel setzt sich aus drei Mitgliedern zusammen,[5] die über handelspolitische oder handelsrechtliche Erfahrungen verfügen müssen.[6] Der Appellate Body verkörpert ein ständiges Organ der WTO, das gemäß Art. 17.1 DSU aus sieben Experten aus Wirtschaft, Recht und internationalem Handel besteht.[7] Der Dispute Settlement Body ist das politische Entscheidungsgremium und zentrales Streitbeilegungsorgan innerhalb des WTO-Streitbeilegungsverfahrens.[8] In ihm sind alle 151 Mitgliedstaaten vertreten.[9]

2. Verfahrensablauf[10] und negatives Konsensprinzip

Falls eine Unstimmigkeit zwischen zwei oder mehreren Parteien auftritt, soll den Parteien zunächst im Rahmen von Konsultationen die Möglichkeit gegeben werden, die Streitigkeit selbst beizulegen. Erst wenn die dem Verfahren zwingend vorgeschalteten Konsultationen scheitern, verfügt der Beschwerdeführer gemäß Art. 6 DSU über das Recht zur Einberufung eines Panels. Der Panelbericht muss innerhalb einer Frist von sechs Monaten[11] angefertigt und gemäß Art. 16 DSU vom DSB angenommen werden.

Allerdings findet aufgrund des so genannten „Prinzips des negativen Konsenses" eine Annahme des Berichts faktisch immer statt.[12] Das negative Konsensprinzip besagt, dass für alle wichtigen Beschlüsse[13] eine Umkehrung des im Rahmen des GATT angewandten positiven Konsensprinzips erfolgt. Der DSB kann somit beispielsweise die Annahme einer Empfehlung des Appellate Body oder die Einsetzung eines Panels nur im negativen Konsens verhindern, was bedeutet, dass alle Mitgliedstaaten *gegen* die Beschlussvorlage stimmen müssen. Den durch die Einführung des negativen Konsensprinzips ausgelösten Effekt des „Automatismus zugunsten der Annahme"[14] kann die unterlegene Partei dann nur noch dadurch verhindern, dass sie gemäß Art. 16.4 DSU Revision beim Appellate Body einlegt. Der Appellate Body verfügt gemäß Art. 17.13 DSU über die Kompetenz, die rechtlichen Feststellungen des Panels zu bestätigen, abzuändern oder aufzuheben, wobei im Interesse der Verfahrensbeschleunigung die

---

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

1 Die WTO besitzt im Gegensatz zum GATT 1947 nun ausdrücklich Rechtspersönlichkeit (Art. VIII: 1 des am 1.1.1995 in Kraft getretenen WTO-Übereinkommens). Ausgestattet mit dieser Rechtspersönlichkeit kann die WTO nunmehr als internationale Organisation dem materiellen WTO-Recht Geltung verschaffen und die Handelspolitik der Mitgliedstaaten überprüfen.

2 Dies wird nahezu einhellig so beurteilt, vgl. nur *Leier*, EuZW 1999, 204, 205; *Vermulst/Driessen*, JWT 1995, 131, 135; *Nogueira*, JWT 1996, 5; *Meier*, EuZW 1997, 719, 720; *Butler*, Die Beteiligung von Privatpersonen am WTO-Streitbeilegungsverfahren, 2002, S. 99.

3 Staaten binden sich nur ungern im Voraus an Entscheidungen von internationalen Gerichten, vgl. dazu: *Watts*, German Yearbook of International Law (GYIL) 1993, 15, 38; *Ragosta/Joneja/Zeldovich*, International Lawyer 2003, 697, 704.

4 *Doehring*, Völkerrecht, 1999, Rn. 1051.

5 Art. 8.5 DSU.

6 *Ohlhoff*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, 2003, Teil C Rn. 76.

7 *Spierer*, Suffolk Transn. L. Rev 1998, 63, 76.

8 *Hilf*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), WTO-Recht, 2005, § 27 Rn. 9.

9 Vgl. http://www.wto.org.

10 Näher zum Verfahrensablauf: *Ohlhoff* (Fn. 6), Teil C Rn. 15-111; *Weiß/Herrmann*, Welthandelsrecht, 2003, § 10 Rn. 277-337; *Sittmann*, RIW 1997, 749, 753.

11 In dringenden Fällen verkürzt sich die Frist des Panelverfahrens sogar auf drei Monate, vgl. Art. 12.9 DSU.

12 Das Prinzip des negativen Konsenses ergibt sich aus Art. 16.4 und 17.14 DSU.

13 Vgl. Art. 6.1, 16.4, 17.14 und 22.6 DSU.

14 *Weiß/Herrmann* (Fn. 10), § 10 Rn. 300.

Gesamtdauer des Revisionsverfahrens gemäß Art. 17.5 DSU im Regelfall nicht länger als 60 Tage beträgt. Die Annahme des Berichts des Appellate Body durch den DSB beendet schließlich das Streitbeilegungsverfahren.[15] Es schließt sich die Phase der Umsetzung[16] und gegebenenfalls ein zusätzliches Verfahren im Falle einer Nichtumsetzung[17] an.

II. Definition eines formalisierten Verhandlungsforums

Bevor der Frage bezüglich der Einordnung des Streitbeilegungsmechanismus nachgegangen werden kann, ist es erforderlich, das formalisierte Verhandlungsforum und das Gerichtsverfahren zu definieren. Demnach versteht man unter einer *Verhandlung* eine besonders souveränitätsschonende Methode der Streitbeilegung. Weder eine Drittinstanz mit Entscheidungsgewalt noch die Öffentlichkeit werden zu den Verhandlungen zugelassen.[18] Ein *Forum* stellt eine Plattform dar, auf der ein sachverständiger Personenkreis zur Erörterung von Problemen zusammenkommt.[19] Das Adjektiv *formalisiert* bringt zum Ausdruck, dass das Verhandlungsforum nicht völlig ohne Verfahrensregeln abgehalten wird, sondern dass es sich durchgehend an gegebenen Normen orientiert und damit in eine strenge Form gepresst ist.[20] Das entscheidende Merkmal eines Verhandlungsforums besteht allerdings darin, dass die von den Parteien erzielten Ergebnisse in keiner Weise verbindlich sind.

III. Definition eines Gerichtsverfahrens

Unter einem Gerichtsverfahren versteht man die gerichtliche Überprüfung einer Sachlage hinsichtlich seiner Rechtsfolgen. Für den Ablauf des Verfahrens gelten genaue Regeln, die in Prozessordnungen, einschlägigen Gesetzen oder Anhängen zu Vertragswerken niedergelegt sind. Am Ende eines Gerichtsverfahrens stehen durch strikte Anwendung des materiellen Rechts ergangene, bindende Entscheidungen.[21]

IV. Einordnung des DSU anhand der Indizien eines Gerichtsverfahrens

Eine Definition für den Gerichtscharakter eines Streitbeilegungsgremiums, das im Rahmen eines internationalen Abkommens geschaffen wurde, existiert leider nicht. Doch können anhand einer Betrachtung bereits fest etablierter internationaler Gerichte allgemeine Merkmale herausgearbeitet werden, die für das Vorliegen eines Gerichts sprechen.[22] Indizien, die ein gerichtliches Verfahren auszeichnen,[23] sind demnach die im Vertragswerk verwendeten Begriffe (1), die ständige Einrichtung (2), die Beachtung materieller Rechtsgrundsätze (3), die Einhaltung wesentlicher Verfahrensgrundsätze (4) und die rechtliche Verbindlichkeit der Entscheidungen (5). Im Folgenden wird untersucht, ob auch das DSU diese Indizien aufweist.

1. Verwendete Begriffe[24]

Im DSU sucht man vergeblich nach einer Vorschrift, die den Begriff *Court* verwendet. Vielmehr ist allgemein vom *dispute settlement mechanism*[25] oder *dispute settlement system*[26] die Rede. Auffällig ist zudem, dass das DSU den DSB und den Appellate Body als „Gremien" bezeichnet. Auf eine Bezeichnung dieser Streitbeilegungsorgane als juristische „Instanzen", die Assoziationen an ein Gericht wecken könnten, wird ausdrücklich verzichtet. Dagegen erinnert die Verwendung von Ausdrücken wie *consultation*[27] oder *good offices*[28] vielmehr an ein diplomatisches Verfahren. Der Begriff der „Verhandlung" (*negotiation*) wird in Art. 22.2 DSU sogar explizit erwähnt. Damit deutet der Wortlaut des DSU auf ein formalisiertes Verhandlungsforum hin.

2. Ständige Einrichtung

Gerichtliche Verfahren zeichnen sich durch die Bereitstellung einer ständigen Einrichtung zur Streitbeilegung aus.[29] Der Begriff der ständigen Einrichtung lässt sich dabei in eine personelle und räumliche Komponente unterteilen.[30] Die Bestimmung der räumlichen Komponente des WTO-Streitbeilegungssystems bereitet keine Schwierigkeiten. Alle Panel- und Appellate Body-Sitzungen werden in Genf (Schweiz) abgehalten. Einer genauen Betrachtung bedarf allerdings die Frage, ob auch eine personelle Kontinuität vorliegt. Wenn ein Antrag zur Einsetzung eines Panels gemäß Art. 6.1 DSU gestellt wird, schlägt das Sekretariat den Streitparteien Kandidaten für die Besetzung des Panels vor.[31] Die Panels werden demnach für jeden Streitfall einzeln und *ad hoc* anhand einer Expertenliste des Sekretariats zusammengestellt. Diese Praxis spricht *prima facie* gegen die personelle Kontinuität und erinnert vielmehr an ein Schiedsgerichtsverfahren.[32] Im Unterschied zum Schiedsgerichtsverfahren werden die Panelmitglieder aber nicht von den Parteien, sondern ausschließlich vom Sekretariat bestimmt. Zudem ist der Einfluss der Parteien auch in Bezug auf die von den Panelmitgliedern anzuwendenden Rechtsgrundlagen beschränkt. Die anzuwendenden Rechtsnormen befinden sich in allen gemäß Anhang 1 zum DSU aufgeführten Übereinkommen[33] und stehen damit nicht zur Disposition der Parteien. Die Praxis der *Ad-hoc*-Benennung von Richtern ist außerdem auch dem US-amerikanischen Recht und dem IGH nicht fremd: In den US Courts of Appeal werden die Entscheidungen ebenfalls in Panels von je drei Richtern getroffen, die monatlich

---

[15] Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Annahme des Berichts des Appellate Body fingiert wird, sodass es keiner gesonderten Sitzung des DSB mehr bedarf, vgl. *Ohlhoff* (Fn. 6), Teil C Rn. 111.

[16] Vgl. zum Umsetzungsverfahren Art. 3.7 S. 4 und Art. 21.3 lit. c) DSU.

[17] Vgl. zum Verfahren bei Nichtumsetzung einer Entscheidung Art. 22 DSU und *Puth*, EuR 2001, 706, 710.

[18] *Schröder*, in: Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht[2], 2001, S. 582.

[19] *Brockhaus*, Die Enzyklopädie in vierundzwanzig Bänden, 1997 zum Begriff „Forum".

[20] Vgl. hierzu *Duden* (Begr.), Deutsches Universalwörterbuch, 2007, zum Begriff „formalisieren".

[21] Vgl. *Young*, International Lawyer 1995, 389, 390.

[22] *Seidl-Hohenveldern*, Lexikon des Rechts – Völkerrecht[3], 2001, S. 97.

[23] *Oellers-Frahm/Mosler,* in: The Charter of the United Nations, 2002, Art. 92 Rn. 57; vgl. auch: EuGH, Rs. C-96/04 – *Grunkin-Paul*, Slg. 2006, S. I-3561 Rn. 12; Der EuGH äußert sich zwar nur zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine nationale Instanz Gerichtscharakter im Sinne des Art. 234 EG-Vertrag aufweist, doch können dem Urteil trotzdem Erkenntnisse für allgemeine Merkmale eines Gerichtsverfahrens entnommen werden.

[24] Vgl. zur Wortlautanalyse allgemein: *Larenz*, Methodenlehre[6], 1991, S. 320.

[25] Art. 3.2, 3.7 DSU.

[26] Art. 3.2. DSU.

[27] Vgl. beispielsweise Art. 1.1, 3.5, 4.1 DSU.

[28] Art. 5.3, 5.4, 24.2 DSU.

[29] Vgl. beispielsweise Art. 1 des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs; Art. 19 EMRK.

[30] *Merrils*, International Dispute Settlement[2], 1991, S. 109.

[31] Art. 8.6 DSU.

[32] Zu den allgemeinen Merkmalen eines Schiedsverfahrens: *Seidl-Hohenveldern/Stein*, Völkerrecht[10], 2000, Rn. 1720-1771; *Kokott/Doehring/Buergenthal*, Grundzüge des Völkerrechts[3], 2003, Rn. 140-146.

[33] Vgl. Art. 1.1 DSU.

jeweils neu zusammengestellt werden.[34] Der IGH sieht in Art. 31 II IGH-Statut eine *Ad-hoc*-Benennung eines Richters vor, wenn dem IGH ein Richter angehört, der zugleich Staatsangehöriger einer der Streitparteien ist. Trotz dieser Praxis kann der ständige Charakter der US Courts of Appeal und des Internationalen Gerichtshofs nicht ernsthaft in Frage gestellt werden. Der Zweck der Schaffung einer ständigen Einrichtung liegt zudem darin, die Kontinuität der Entscheidungen zu gewährleisten.[35] Zwar variiert die personelle Zusammensetzung der Panels, doch zeigt die Praxis, dass die Panelmitglieder sich nicht völlig unabhängig von früheren Entscheidungen um eine Lösung des Problems bemühen. Vielmehr orientieren sie sich an bereits angenommenen Berichten und zitieren oftmals auch ganze Passagen anderer Entscheidungen in ihren Panelberichten.[36] Somit kann gesagt werden, dass die fehlende Dauerhaftigkeit einer bestimmten Panelbesetzung durch die Kontinuität in der Entscheidungsfindung ausgeglichen wird. Nach alledem stellt der Streitbeilegungsmechanismus der WTO den Parteien damit sowohl in personeller als auch in räumlicher Hinsicht eine gerichtstypische, ständige Einrichtung zur Verfügung.

3. Beachtung materieller Rechtsgrundsätze

In einem gerichtlichen Verfahren müssen Rechtsnormen die Grundlage gerichtlicher Entscheidungen sein.[37] Primär haben die Streitbeilegungsorgane die in Anhang 1 des DSU genannten Übereinkommen als Rechtsgrundlage heranzuziehen.[38] Diese Vorschriften lassen aber oftmals die nötige sprachliche Klarheit vermissen und eröffnen Raum für eine juristische Auslegung.[39] Daher greifen die Streitbeilegungsorgane für die notwendige Lückenfüllung[40] auch auf allgemeine, materiellrechtliche Grundsätze des Völkerrechts zurück. Allgemeine Rechtsgrundsätze, auf die die Panels und der Appellate Body zurückgegriffen haben, sind beispielsweise das Verbot des Rechtsmissbrauchs (*abus de droit*),[41] der Grundsatz des Vertrauensschutzes (*legitimate expectations*),[42] Treu und Glauben[43] und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.[44]

4. Einhaltung der Verfahrensgrundsätze (so genannter *due process*)

Einen weiteren, wichtigen Aspekt eines Gerichtsverfahrens stellt dessen Legitimation dar.[45] Diese Legitimation schöpfen Gerichtsverfahren aus einem geordneten, fairen Verfahren, dessen Grundsätze aus der Gerechtigkeit und der Rechtsstaatlichkeit abgeleitet werden.[46] Der Appellate Body hat den Grundsatz des *due process*, also eines fairen und rechtsstaatlichen Verfahrens, für das Panel- und Revisionsverfahren bestätigt und dessen Inhalte weiter konkretisiert.[47] Die Merkmale dieses allgemeinen Rechtsgrundsatzes[48] fasst Art. 6 EMRK gut zusammen,[49] wonach ein Gericht unabhängig und unparteiisch ist, den Parteien rechtliches Gehör gewährt und die Parteien über den Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung in Kenntnis setzt.

a) Informationsrechte

Die Informationsrechte, die den Grundsatz des rechtlichen Gehörs und die Kenntnis vom Gegenstand des Verfahrens beinhalten, werden von den Streitbeilegungsorganen gewährleistet und beachtet.[50] Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Streitparteien nunmehr auch durch private Anwälte im Prozess vertreten lassen können,[51] wenn sie in die Regierungsdelegation des vertretenen Mitglieds aufgenommen wurden.[52] Damit schließt sich das DSU der Praxis der internationalen Gerichte an, die ebenfalls eine Vertretung durch private Anwälte zulassen.[53] Insbesondere Entwicklungsländer, die sich keine ständige Einstellung von Wirtschaftsjuristen leisten können, haben dadurch die Möglichkeit, sich von nichtstaatlichen Anwälten effektiv verteidigen zu lassen.[54]

b) Unabhängigkeit der Entscheidungsträger

Ein gerichtliches Verfahren, in dem eine dritte, unabhängige Instanz über eine Streitigkeit verbindlich entscheiden soll, setzt weiter die Unabhängigkeit der Entscheidungsträger selbst voraus.[55] Das DSU enthält viele detaillierte Regelungen, die die Unabhängigkeit der Entscheidungsträger im Verfahren gewährleisten sollen. So verlangt Art. 8.2 DSU ausdrücklich, dass bei der Auswahl der Panelmitglieder die Unabhängigkeit der Entscheidungsträger, ein ausreichend weit gefächerter Hintergrund und ein breites Spektrum an Erfahrungen gewährleistet sind. Darüber hinaus wird die Unabhängigkeit der Mitglieder durch die Vertraulichkeit der Beratungen,[56] die Anonymität der Berichte[57] und die Verhaltensregeln[58] für das Streitbeilegungssystem abgesichert. Ferner dürfen die Mitglieder des Appellate Body nicht an Verfahren teilnehmen, die zu einem Interessenkonflikt führen könnten.[59]

---

[34] Vgl. *Böhm*, Amerikanisches Zivilprozessrecht, 2005, Rn. 154.

[35] *Letzel*, Streitbeilegung im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO), 1999, S. 110.

[36] *Weber/Moos*, EuZW 1999, 229, 233; vgl. z.B. *US – Cotton Underwear*, WT/DS24/R vom 25.02.1997 (Tz. 7.11); *US – Gasoline*, WT/DS2/R vom 20.05.1996 (Tz. 6.14); *Canada – Periodicals*, WT/DS31/AB/R vom 30.07.1997 (dortige Fn. 46).

[37] *Letzel* (Fn. 35), S. 107.

[38] Vgl. Art. 1.1 DSU.

[39] Die sprachliche Unklarheit ergibt sich daraus, dass es sich meist um Formelkompromisse handelt, auf die sich die Mitglieder erst nach langen Vertragsverhandlungen einigen konnten.

[40] *Sandrock*, Allgemeine Rechtsgrundsätze, 2004, S. 29.

[41] *US – Shrimp*, WT/DS58/AB/R vom 06.11.1998 (Rn. 158).

[42] *India – Patents (US)*, WT/DS50/AB/R vom 16.01.1998 (Ziff. 33); *EC - Computer Equipment*, WT/DS68/AB/R vom 22.06.1998 (Rn. 74 ff.).

[43] *US – Shrimp*, WT/DS58/AB/R vom 06.11.1998 (Rn. 158); *US – Cotton Yarn*, WT/DS192/AB/R vom 05.11.2001 (Rn. 81).

[44] *US – Gasoline*, WT/DS2/R vom 29.01.1996 (Rn. 6.24); *EC – Hormones*, WT/DS48/R vom 18.08.1997 (Rn. 8.140).

[45] *Butler* (Fn. 2), S. 336.

[46] *Butler* (Fn. 2), S. 337.

[47] *Palmeter*, JWT 1997, 51-53.

[48] Vgl. dazu *Sandrock* (Fn. 40), S. 65–78, die durch eine rechtsvergleichende Untersuchung den Grundsatz des *due process* in fast allen nationalen Rechtsordnungen und im internationalen Prozessrecht nachweist.

[49] *Gaffney*, American University International Law Review (Am.U.Int'l L. Rev.) 1999, 1171, 1179.

[50] *Sandrock* (Fn. 40), S. 100.

[51] *Indonesia – Automobile Industry*, WT/DS54/R vom 02.07.1998 (Rn. 14.1 f.); *Korea – Alcoholic Beverages*, WT/DS75/R vom 17.09.1998 (Rn. 10.26 ff.).

[52] *Leier*, EuZW 1999, 204, 207.

[53] *Vermulst/Mavroidis/Waer*, JWT 1999, 1, 5.

[54] *Ohlhoff* (Fn. 6), Teil C Rn. 70; *Wolff*, International Lawyer 1995, 951, 955.

[55] *Göttsche* bezeichnet die Unabhängigkeit der Entscheidungsträger als „fundamentalen rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsatz", vgl. *Göttsche*, Die Anwendung von Rechtsprinzipien in der WTO-Rechtsmittelinstanz, 2005, S. 89; *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 121.

[56] Art. 14.1, 17.10 DSU.

[57] Art. 14.3, 17.11 DSU.

[58] "Rules of Conduct for the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes" (WT/DSBRC/1), angenommen durch den DSB am 3.12.1996.

[59] Art. 17.3 DSU.

Die Unabhängigkeit der Entscheidungsträger im Panel könnte allerdings durch die Zulassung von Regierungsvertretern als Panelmitglieder gefährdet sein. Da sie mit ihrer Regierung in ständigem und direktem Kontakt stehen, besteht eine ungleich höhere Manipulationsgefahr als bei anderen Panelmitgliedern. Dieses Abhängigkeitsverhältnis könnte die freie Meinungsbildung eines Regierungsvertreters beeinflussen. Derartigen Zweifeln an der Unabhängigkeit von Regierungsvertretern kann aber mit einem Verweis auf Art. 8.11 DSU begegnet werden, wonach die Panelmitglieder dem Panel in ihrer persönlichen Eigenschaft und nicht als Vertreter ihrer Regierung angehören. Darüber hinaus spricht *Cottier*[60] in diesem Zusammenhang von einem „feinen ungeschriebenen Kodex", dem sich die Panelmitglieder verpflichtet fühlen. Die Berufung als Panelmitglied wird als eine Ehre angesehen, sodass die ausgewählten Panelmitglieder durch ihr Verhalten keinen Zweifel an ihrer persönlichen Unabhängigkeit aufkommen lassen. Des Weiteren darf kein Staatsangehöriger, dessen Mitglied in einem Streit vor dem DSU involviert ist, als Panelmitglied tätig werden.[61] Ein Regierungsvertreter wird daher – vorausgesetzt die Parteien vereinbaren nichts anderes – nicht in die Verlegenheit kommen, einen Fall mit Beteiligung des Mitgliedsstaates beurteilen zu müssen, dessen Regierungsvertreter er ist. Im Ergebnis ergibt sich daher auch aus der Zulassung von Regierungsvertretern keine Gefährdung für die Unabhängigkeit der Entscheidungsträger.

c) Qualifikation der Panelmitglieder

Bedenken am Vorliegen eines fairen Verfahrens könnten weiterhin hinsichtlich der Qualifikation der Panelmitglieder bestehen.[62] Die Überzeugungskraft einer Entscheidung hängt entscheidend davon ab, ob die Entscheidungsträger über ausreichenden Sachverstand in der betreffenden Materie verfügen. Eine gut begründete Entscheidung, die qualifiziert auf die anzuwendenden Rechtsgrundlagen und Rechtsvorschriften eingeht, erhöht die Bereitschaft insbesondere der im Streitfall unterlegenen Partei, diese Entscheidung zu respektieren. Die ausreichende Qualifikation der Entscheidungsträger stellt damit ein wichtiges Element zur Legitimation eines gerichtlichen Verfahrens dar. Panelmitglieder verfügen zwar über Erfahrungen, die sie beispielsweise im Dienste von Regierungen, im Sekretariat der WTO oder durch Forschungstätigkeit erworben haben,[63] doch müssen sie nicht explizit über rechtliche Kenntnisse verfügen. Andere internationale Gerichte wie der IGH[64] oder der EuGH[65] verlangen dagegen ausdrücklich eine exzellente juristische Qualifikation der zu ernennenden Richter.

Zu Bedenken ist aber, dass Art. 8.1 und Art. 8.2 DSU strenge Anforderungen an die Qualifikation der Mitglieder stellen. Die Panelmitglieder weisen zwar meist keinen juristischen Hintergrund auf, doch inkorporieren sie dafür verschiedene andere Qualifikationen und Erfahrungen in das Streitverfahren. So wird die Entstehung interdisziplinärer Streitgespräche gefördert, die die Sicht für alternative, unter Umständen auch nichtjuristische, Lösungswege eröffnen.[66] Weiterhin weisen die Panelmitglieder in der Regel langjährige Erfahrungen im Umgang mit WTO/GATT-Recht auf. Dieser reiche Erfahrungsschatz ermöglicht ihnen die Ausarbeitung juristisch fundierter Berichte.[67] Die Bedenken hinsichtlich einer ausreichenden Qualifikation der Panelmitglieder erweisen sich somit als unbegründet.

d) Öffentlichkeit des Verfahrens

Das DSU schreibt in Art. 14.1 DSU und Art. 17.10 DSU die Vertraulichkeit aller Beratungen des Panels und des Appellate Body vor.[68] Die Öffentlichkeit ist gemäß Nr. 2 des Anhangs 3 zum DSU im Panelverfahren damit ausdrücklich ausgeschlossen. In konfliktreichen Verhandlungen wird häufig nicht einmal ein Protokoll geführt.[69] Insbesondere die Kontrolle der Entscheidungsträger kann so nicht gewährleistet werden.[70]

Zu prüfen ist nun, ob die fehlende Öffentlichkeit des Verfahrens der Annahme eines fairen Verfahrens insgesamt entgegensteht. Zunächst ist diesbezüglich festzustellen, dass es sich beim WTO-Streitbeilegungsverfahren trotz des Ausschlusses der Öffentlichkeit von den Verhandlungen nicht um eine Geheimjustiz handelt. Sämtliche Entscheidungen mit den Entscheidungsgründen sind im Internet abrufbar.[71] Ferner verschließt sich das WTO-Streitbeilegungssystem ausdrücklich nicht einer verstärkten Beteiligung der Öffentlichkeit am Verfahren. Das zeigt sich an Art. 18.2 DSU, wonach die Mitglieder Stellungnahmen zu ihrer eigenen Position veröffentlichen können.[72] Letztendlich scheint sich zudem auch unter den Mitgliedstaaten die Erkenntnis durchzusetzen, dass der Ausschluss der Zivilgesellschaft am Verfahren die Legitimität des Streitbeilegungssystems in Frage stellt. Aus diesem Grund entschied das Panel am 13.09.2005 auf Antrag Kanadas, den USA und der EU, zum ersten Mal ein Panelverfahren für die Öffentlichkeit zugänglich zu machen.[73] Unter Berücksichtigung der aktuellen Entwicklung und der Tatsache, dass das Streitbeilegungsverfahren trotz fehlender Öffentlichkeitsbeteiligung nicht als ein Geheimverfahren bezeichnet werden kann,[74] ist daher von einem fairen und gerechten Verfahren auszugehen.

5. Rechtliche Verbindlichkeit der Entscheidungen

Nur wenn die Entscheidungen der Streitbeilegungsorgane rechtliche Bindungswirkung für die Parteien haben, kann von einer effektiven, unabhängigen Drittinstanz zur Konfliktbewältigung gesprochen werden. Die verbindliche Streitent-

---

[60] *Cottier*, Common Market Law Review (CMLR) 1998, 325, 348.

[61] Art. 8.3 DSU.

[62] *Sack*, EuZW 1997, 650, 651.

[63] Vgl. *Ohlhoff* (Fn. 6), Teil C Rn. 76.

[64] Vgl. Art. 2. IGH-Statut.

[65] Vgl. Art. 223 EG-Vertrag.

[66] *Cottier*, CLMR 1998, 325, 349.

[67] Vgl. nur *Korea – Dairy Safeguards*, WT/DS98/R vom 12.01.2000 oder *US – Copyright*, WT/DS160/R vom 27.07.2000.

[68] Damit unterscheidet sich das DSU von internationalen Gerichten, die die Beteiligung der Öffentlichkeit an den Verfahren ausdrücklich zulassen, vgl. beispielsweise Art. 59 der Verfahrensordnung des Internationalen Gerichtshofs oder Art. 33 der Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

[69] *Hilf* (Fn. 8), § 8 Rn. 66.

[70] Zu den Funktionen des Öffentlichkeitsgrundsatzes ausführlich: *Voßkuhle* (Fn. 55), S. 57 und S. 123; *Gaffney*, Am.U.Int'l L. Rev. 1999, 1171, 1203-1205.

[71] http://www.wto.org.

[72] Insbesondere die USA veröffentlichen ihre Standpunkte und fordern auch generell eine stärkere Öffnung des Verfahrens für die Öffentlichkeit.

[73] Ein Bericht findet sich unter: http://www.wto.org/english/news_e/archive_e/video_arc_e.htm (letzter Abruf: 30.9.2007); Gegenstand des Verfahrens war der Antrag der EU, die Sanktionen der USA und Kanada wegen der Verhinderung der Einfuhr von hormonbelastetem Fleisch aufzuheben.

[74] *Leier*, EuZW 1999, 204, 210; *Butler* (Fn. 2), S. 359.

scheidung stellt damit das entscheidende Merkmal eines Gerichtsverfahrens dar. Aufgrund des negativen Konsensprinzips und des damit verbundenen „Zustimmungs-Automatismus“[75] verkörpern die Berichte des Panels und der Revisionsinstanz bereits bindende Entscheidungen für die Streitparteien,[76] deren Nichtbeachtung die obsiegende Partei zu Entschädigungen und Retorsionsmaßnahmen berechtigt.[77] Die Rechtsverbindlichkeit der Entscheidungen liegt beim WTO-Streitbeilegungsmechanismus somit vor.

V. Ergebnis

Auf der einen Seite legt der bisherige Gang der Untersuchung die Annahme nahe, dass es sich beim WTO-Streitbeilegungsmechanismus um ein gerichtlich ausgeformtes Verfahren handelt. Das WTO-Streitbeilegungssystem stellt sowohl in personeller als auch in räumlicher Hinsicht eine ständige Einrichtung zur Verfügung. Die gerichtstypische Revisionsmöglichkeit und die zeitliche Straffung des Verfahrens erhöhen die Autorität und die Akzeptanz der verbindlichen Entscheidungen. Dabei bedienen sich die Streitbeilegungsorgane zur Entscheidungsfindung konkreter Rechtsnormen des DSU und kommen unter Anwendung allgemein anerkannter Rechtsgrundsätze zu rechtsverbindlichen Urteilen. Die Beachtung der allgemeinen Grundsätze der Beweiserhebung,[78] der Prozessökonomie[79] sowie der wesentlichen Grundsätze eines fairen Verfahrens verbessert letztendlich die Legitimität des Verfahrens selbst und stärkt das Vertrauen der Mitgliedstaaten in das Streitbeilegungssystem.

Auf der anderen Seite sprechen die im DSU-Vertragstext verwendeten Begriffe gegen die Einordnung des WTO-Streitbeilegungsmechanismus als Gerichtsverfahren. Allerdings können die Ausdrücke, denen sich das DSU bedient, für die Frage der Einordnung des Streitbeilegungssystems allenfalls eine untergeordnete Rolle spielen. Denn die vorsichtige Wortwahl des DSU unter bewusster Nichterwähnung der Ausdrücke „Gericht“ oder „Instanz“ diente bei Vertragsschluss dazu, bei den Staaten nicht den Eindruck einer Beschränkung ihrer Souveränitätsrechte entstehen zu lassen.[80] Gewichtige Argumente gegen die Einordnung als Gerichtsverfahren stellen aber das weiter bestehende Annahmeerfordernis der Berichte durch das politische Organ (DSB) und die Vertraulichkeit der Sitzungen der Streitbeilegungsorgane dar. Darüber hinaus unterliegt die Eröffnung eines Verfahrens der alleinigen Kontrolle der Parteien.[81] Im Gegensatz zum europäischen Recht existiert damit keine Instanz, die die Parteien zwingen kann, Konflikte gegen ihren Willen vor einem Streitbeilegungsgremium auszutragen.[82] Damit bewahrt das DSU eindeutig auch Charakteristika eines Verhandlungsforums.

Der Einfluss der Parteien im Verfahren wurde durch die Einführung des DSU allerdings stark zurückgedrängt und durch ein geordnetes System von Regeln ersetzt. So kann das verklagte Mitglied die Einsetzung eines Panels gemäß Art. 6.1 DSU nicht einseitig verhindern. Am bedeutsamsten ist aber die Tatsache, dass die unterlegene Partei faktisch kein Vetorecht mehr bezüglich der Annahme der Empfehlungen durch den DSB hat. Die automatische Zustimmung bewirkt, dass die Empfehlungen des Panels und des Appellate Body faktisch als verbindlich anzusehen sind. Insgesamt nähert sich das DSU damit internationalen Gerichtsverfahren an, die Urteile mit Bindungswirkung für alle beteiligten Streitparteien aussprechen. Letztendlich stellt der WTO-Streitbeilegungsmechanismus damit im Kern ein gerichtliches Verfahren dar. Da es aber einige diplomatische Verhandlungselemente inkorporiert, ist es angemessen, den WTO-Streitbeilegungsmechanismus im Ergebnis als ein gerichts*ähnliches* Verfahren zu bezeichnen.

C. Bewertung

Die Ausgestaltung des DSU als gerichtsähnliches Verfahren stellt eine Errungenschaft dar, die nicht als selbstverständlich angesehen werden sollte. Eine der größten Herausforderungen des WTO-Streitbeilegungsmechanismus besteht auch heute noch darin, einen Ausgleich zwischen den Souveränitätsinteressen der Mitglieder und dem Geltungsanspruch der WTO-Rechtsordnung zu finden. Hochpolitische Fälle, die den sensiblen Bereich der Souveränität berühren, besitzen durchaus das Potenzial, die Funktionsfähigkeit des Streitbeilegungssystems insgesamt in Frage zu stellen.[83] So sollte bei allen Reformansätzen, insbesondere zur Verbesserung der Transparenz durch die Öffentlichkeitsbeteiligung am Verfahren, das Interesse der Mitglieder an der Geheimhaltung bestimmter Informationen nicht übergangen werden.[84] Denn das DSU ist von der freiwilligen Befolgung durch die Mitglieder abhängig und es sollte den Kredit, den es als Streitschlichtungsinstanz bei den Mitgliedern genießt, nicht verspielen.

Bei der Bewertung des WTO-Streitbeilegungsverfahrens in seiner heutigen Form fällt auf, dass es die positiven Elemente eines Verhandlungsforums mit den Vorzügen eines Gerichtsverfahrens verbindet. Die Ausgestaltung des Streitbeilegungssystems als gerichtsähnliches Verfahren ist daher einem formalisierten Verhandlungsforum oder einem reinen Gerichtsverfahren vorzuziehen. Vor der Einsetzung eines Panels zur Einleitung des Verfahrens besteht für die Streitparteien im Rahmen von Konsultationen ausreichend Gelegenheit, den Streit selbst und auf rein diplomatischem Weg auszuräumen. Den Streitparteien ist dabei bewusst, dass sie in ein von ihnen nicht mehr einseitig kontrollierbares Streitverfahren mit gerichtsähnlichem Charakter hineingezogen werden können, falls sie sich nicht einigen.[85] Dies erhöht die Effektivität der Konsultationen.[86] Ein weiterer Vorteil des DSU liegt darin, dass der einvernehmlichen Verhandlungslösung, die im Gegensatz zu einer Gerichtsentscheidung keinen klassischen „Verlierer“ und „Gewinner“ kennt, zu jedem Zeitpunkt des

---

[75] *Sittmann*, RIW 1997, 750; vgl. auch B.I.2.

[76] *Weber/Moos*, EuZW 1999, 229, 232; *Leier*, EuZW 1999, 204, 205.

[77] Vgl. Art. 22 DSU.

[78] Der Appellate Body legte in *US – Shirts and Blouses*, WT/DS33/AB/R vom 25.04.1997 (S. 15) fest, dass jede Partei die für sie günstigen Tatsachen beweisen muss.

[79] Vgl. Art. 3.3 DSU; *Vermulst/Driessen*, JWT 1995, 131, 140.

[80] *Bogdandy*, Kritische Justiz 2001, 264, 267, dortige Fn. 16. *Letzel* sieht in dieser unbestimmten Wortwahl gar eine gängige Praxis internationaler Organisationen, die Dinge nicht beim Namen zu nennen, vgl. *Letzel* (Fn.35), S. 343.

[81] *Hilf*, JIEL 2001, 111, 115.

[82] Vgl. im Gegensatz dazu Art. 226 EGV, nach dem die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen einen Mitgliedstaat einleiten kann.

[83] Vgl. hierzu nur den Streit über den Helms-Burton Act, dargestellt bei *Schloemann/Ohlhoff*, AJIL 1999, 424, 427; *Nissen*, RIW 1999, 350, 351.

[84] Zu Vorschlägen zur Beteiligung der Öffentlichkeit am Verfahren unter Wahrung der Geheimhaltungsinteressen der Mitgliedstaaten vgl. *Gaffney*, Am.U.Int'l L. Rev. 1999, 1171, 1205; *Stewart/Karpel*, Law & Policy in International Business 2000, 593, 608.

[85] *Sandrock* (Fn. 40), S. 60; *Hauser/Martel*, Außenwirtschaft 1997, 525, 532.

[86] *Steger/Hainsworth,* in: Cameron (Hrsg.), Dispute Resolution in the WTO, 1998, S. 34.

Verfahrens Präferenz eingeräumt wird.[87] Dieser Vorrang der einvernehmlichen Lösung ist begrüßenswert. Denn insbesondere im internationalen Wirtschaftsrecht ist eine auf dem Verhandlungsweg erzielte einvernehmliche Lösung aufgrund der längerfristigen Interessen und zukünftigen Zusammenarbeit der Streitparteien einer rechtlich verbindlichen Entscheidung vorzuziehen. Neben den zwingend vorgeschalteten Konsultationen stellt auch die notwendige Annahme der Panel- und Appellate Body-Berichte durch den DSB ein äußerst positiv zu bewertendes Verhandlungselement dar. Zwar werden die Berichte durch das Prinzip des negativen Konsenses faktisch immer angenommen, doch können die Mitglieder auf dem Verhandlungsforum des DSB Stellungnahmen abgeben und ihre persönliche Meinung in den Streitfall einfließen lassen. Dadurch wird das Vertrauen in das Streitbeilegungssystem erhöht und die Akzeptanz der Entscheidungen verbessert. Auch hier harmonisieren diplomatische und rechtliche Elemente sinnvoll miteinander. Schließlich kommt dem DSB eine äußerst wichtige Kontrollfunktion zu. Als der Appellate Body *amicus curiae briefs*[88] im Fall *EC – Asbestos*[89] zuließ, stieß diese Entscheidung auf massiven Widerstand im DSB.[90] Auf Grund des Vorwurfs des DSB, der Appellate Body habe durch diese Entscheidung sein Mandat überschritten, berücksichtigt dieser nunmehr in ständiger Rechtsprechung diese Schriftsätze nicht mehr bei seiner Entscheidungsfindung. Der Fall *EC – Asbestos* zeigt eindrucksvoll, dass der DSB die politische Gegeninstanz der Streitbeilegungsorgane darstellt und eine ausufernde Rechtsfortbildung, die die Souveränitätsinteressen der Mitglieder gefährden könnte, nicht toleriert.

Im Ergebnis können sich die Mitglieder der WTO-Familie auf einen effektiven Streitbeilegungsmechanismus verlassen, der anhand eines fairen und gerichtsähnlichen Verfahrens unter Rückgriff auf die WTO-Übereinkommen und allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze zu gerechten Ergebnissen gelangt. Während sich die WTO damit als Dach eines Hauses über die drei Pfeiler GATT, GATS und TRIPS wölbt, kann das Streitbeilegungsverfahren somit ohne Übertreibung als das „Fundament" dieses Hauses bezeichnet werden. ■

[87] Die Parteien können sich somit selbst nach Eröffnung des Verfahrens noch einvernehmlich einigen und das Streitverfahren beenden.

[88] Bei *amicus curiae briefs* („Schriftsätzen von Freunden des Gerichts") handelt es sich um unaufgefordert zugesandte Schriftstücke, in denen nicht am Verfahren Beteiligte, meist NGOs, versuchen, ihre Interessen zur Geltung zu bringen; vgl. *Hilf* (Fn. 8), § 27 Fn. 97; *Umbricht*, JIEL 2001, 773, 778.

[89] *EC – Asbestos*, WT/DS/135/AB/R vom 12.03.2001.

[90] *Pauwelyn*, JIEL 2005, 329, 346.

Lars-Uwe Kettner, LL.B., Hamburg*

Unter Piratenflagge

Strafbarkeit der privaten Einfuhr gefälschter Markenartikel und unerlaubt hergestellter Vervielfältigungsstücke aus Drittländern

A. Einleitung

Produktfälschungen überschwemmen den europäischen Markt und sind ein typisches Beispiel für die weltweite Vernetzung der Wirtschaftskriminalität. Daran sind Privatleute nicht unbeteiligt. Gerade die Deutschen sind als Reiseweltmeister auf der ganzen Welt unterwegs. Bei Fernreisen in Länder außerhalb Europas landen als Reisemitbringsel regelmäßig gefälschte Markenartikel in den Koffern der Urlauber. Wirklich unsicher fühlen sich die Reisenden dabei nicht, denn die Einfuhr gilt als Kavaliersdelikt.

Tatmotiv privater Reisender ist dabei aber nicht nur, Geld zu sparen und begehrte Kleidungsstücke mit nach Deutschland zu bringen, sondern auch der Reiz, dem Zoll ein Schnippchen zu schlagen.[1] Inwieweit Privatpersonen aber mit Sanktionen zu rechnen haben, ist bisher kaum wissenschaftlich behandelt worden. Und das, obwohl diese Frage von erheblicher Brisanz ist. 50 Prozent der Deutschen geben an, schon einmal gefälschte Markenartikel gekauft zu haben.[2] Statistisch gesehen hatte also jeder zweite Leser dieses Aufsatzes bereits Berührungspunkte mit dem hier behandelten Thema. Umso mehr verwundert, dass die Rechtswissenschaft zumindest den strafrechtlichen Bereich dieses Problemkreises stiefmütterlich behandelt[3] und insbesondere die Privatkäufer von gefälschten Markenartikeln bisher nicht ins Blickfeld gerückt wurden.

Die Verfolgung der Produktpiraterie wird vom Zivilrecht dominiert[4] und erfolgt fast ausschließlich im Rahmen von Zivilprozessen.[5] Trotz der Gefahren, die von gefälschten Produkten ausgehen, bleiben die wirtschaftlichen Schäden oft ungesühnt.[6] Umso wichtiger ist es, sich intensiver mit den strafrechtlichen Instrumenten zur Bekämpfung der Produktpiraterie zu befassen. Dabei dürfen nicht nur gefälschte Waren im Fokus stehen, denn zum Themenkreis Produktpiraterie gehören auch solche Produkte, die Produzenten beispielsweise in Sonderschichten ohne Kenntnis und Genehmigung durch die Markeninhaber herstellen und selbst vertreiben.[7]

Dieser Beitrag will das Thema Produktpiraterie einmal nicht von der gewerblichen Seite betrachten, sondern bei dem „kleinen Mann" ansetzen und untersuchen, inwieweit er sich durch die Einfuhr von gefälschten Markenartikeln und deren Kauf im EG-Ausland strafbar machen kann. Dafür wird nach einer Begriffsdefinition für Produktpiraterie (B) ein konkreter Fall auf seine Strafbarkeitsrisiken untersucht (C). Anschlie-

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

[1] BT-Drucks. 3/2201, S. 76.

[2] *Schmidl*, Bekämpfung der Produktpiraterie in der Bundesrepublik Deutschland und in Frankreich, 1999, S. 45.

[3] Es gibt kaum veröffentlichte Entscheidungen und Aufsätze in diesem Bereich, vgl. *Beckemper*, in: Hellmann/Beckemper, Studienbuch zum Wirtschaftsstrafrecht, 2004, Rn. 541 m.w.N.; s. auch *Hilty/Kur/Peukert*, GRUR Int 2006, 722, 723.

[4] Zweiter Produktpirateriebericht der Bundesregierung vom 10. November 1999, BT-Drucks. 14/2111, S. 2; *Braun*, Produktpiraterie, 1993, S. 146; *Schmidl* (Fn. 2), S. 138; *Fritze*, FS Piper (1996), S. 221, 229; *Klindt*, GRUR 2000, 973, 976.

[5] *Cremer*, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte (Mitt.) 1992, 153, 159.

[6] *Möller*, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts³, 2007, Kapitel 15 Rn. 24.

[7] Siehe dazu die Begriffsdefinition unter B.

ßend soll ein Ausblick (D) klären, ob mit Änderungen im Bereich der Strafbarkeit von Personen zu rechnen ist, die zu privaten Zwecken handeln.

B. Begriffsdefinition

Produktpiraterie gibt es in den verschiedensten Wirtschaftszweigen[8] und sie existiert in unterschiedlichen Erscheinungsformen. Zur genaueren Definition des Begriffs der Produktpiraterie soll eine Beschreibung dienen, die die Europäische Kommission 1998 veröffentlicht hat und die, auch wenn sie so nicht ausdrücklich im Wortlaut deutscher Gesetze auftaucht, die Materie umfassend wiedergibt:

„Damit das Phänomen in vollem Umfang erfasst werden kann, bezieht sich der Begriff der Produkt- und Dienstleistungspiraterie auf alle Erzeugnisse, Verfahren und Dienstleistungen, die Gegenstand oder Ergebnis einer Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums, d.h. eines gewerblichen Schutzrechts oder eines Urheberrechts (...) sind. Aufgrund dieser weit gefassten Begriffsbestimmung können nicht nur die in betrügerischer Absicht kopierten Erzeugnisse (Falsifikate) erfasst werden, sondern auch originalgetreue Erzeugnisse, die ohne Zustimmung in der Gemeinschaft hergestellt werden, z.B. Erzeugnisse aus einer Überschreitung des vom Rechtsinhaber genehmigten Produktionsvolumens.“[9]

Es gilt also festzuhalten, dass zu den hier in Frage stehenden Produkten nicht nur diejenigen gehören, die gefälscht worden sind, sondern auch diejenigen, die von Herstellern stammen, die tatsächlich für bekannte Unternehmen Produkte fertigen und die in Extraschichten hergestellten Originalwaren unter der Hand verkaufen.

C. Welche Sanktionen haben Privatleute zu befürchten?

Um den Problemkreis zu veranschaulichen, soll folgender Fall untersucht werden:

Die weltweit berühmte Firma F lässt die von ihr vertriebenen Handtaschen und Reisekoffer exklusiv und nach ihren Design- und Produktionsanweisungen in Vietnam vom dort ansässigen Unternehmer U herstellen. U erhält für eine bestimmte Tasche P1 8,70 Euro. Im Laden in Europa vertreibt F die Tasche für 1.200 Euro.

Die modebewussten Jura-Studentinnen A und B und Professorin C waren unabhängig voneinander im Urlaub in Vietnam und haben je ein Exemplar P1 dort für sich erworben. Untersuchungen ergeben: Die Taschen der A und der C sind Fälschungen, die Tasche der B wurde von U in einer Extraschicht hergestellt und vertragswidrig auf den Markt in Vietnam gebracht. A und B haben in einem Laden in Vietnam 30 Euro für die Taschen bezahlt. C zahlte für eine besonders hochwertige Fälschung 600 Euro.

A, B und C haben gefälschte bzw. unlizensierte Waren in die Bundesrepublik eingeführt. Grundsätzlich besteht gem. Art. 40 i.V.m. Art. 4 Nr. 19 Zollkodex[10] die Pflicht, mitgeführte Waren, unabhängig davon, ob sie gewerblich oder im Rahmen des normalen Reiseverkehrs eingeführt werden, beim Grenzübertritt anzumelden. Dafür müsste es sich bei A, B und C um Zollschuldner gem. Art. 4 Nr. 12 Zollkodex handeln, es müssten also Einfuhrabgaben gem. Art. 4 Nr. 10 Zollkodex angefallen sein.[11]

Sind Einfuhrabgaben entstanden, die A, B und C nicht gezahlt haben, könnten sie steuerstrafrechtliche Delikte gem. §§ 370 ff. AO verwirklicht haben. Im Folgenden sollen daher die Steuerhinterziehung gem. § 370 AO sowie der Bannbruch gem. § 372 AO genauer betrachtet werden. Außerdem werden nebenstrafrechtliche Vorschriften zum Schutz des geistigen Eigentums untersucht und es soll die Hehlerei in den Blick genommen werden. Schließlich kommt noch eine Sanktion in Form der Beschlagnahme in Betracht.

I. Steuerhinterziehung gem. § 370 AO

§ 370 AO unterscheidet zwischen zwei Erfolgen: zum einen der Steuerverkürzung und zum anderen der Erlangung eines nicht gerechtfertigten Steuervorteils.[12]

Hier besteht die Möglichkeit, dass A, B und C die Einfuhrumsatzsteuer verkürzt haben. Nach § 11 i.V.m. § 21 UStG setzt sich die für die Einfuhrumsatzsteuer maßgebliche Berechnungsgrundlage aus der Summe des Zollwerts und den für die Wareneinfuhr zu zahlenden Zöllen und Steuern zusammen.[13] Dabei handelt es sich um eine Abgabe gem. § 370 VI 1 AO.[14]

1. Zoll und Steuern

Um den Tatbestand der Steuerhinterziehung zu verwirklichen, müsste eine Steuerschuld zunächst überhaupt angefallen sein.

a) Einfuhrzoll

Zu den oben genannten Einfuhrabgaben zählt unter anderem der Einfuhrzoll. Gem. § 3 III AO handelt es sich bei dem Zoll um eine Steuer.[15] Es soll daher zunächst untersucht werden, ob für die Handtaschen ein Zoll angefallen ist. Bei der Einfuhr aus Drittländern, also Ländern außerhalb der EG wie Vietnam, kann ein Drittlandzollsatz anfallen.

Vorliegend handelt es sich um die Einfuhr einer Handtasche. Entscheidend ist insofern der europäische Zolltarif TARIC.[16] Abschnitt VIII Kapitel 42 des TARIC regelt unter anderem den Einfuhrzoll für Handtaschen. Für die Berechnung des Zolltarifes sei beispielhaft angenommen, dass es sich bei den eingeführten Handtaschen um Taschen- oder Handtaschenartikel mit Außenseite aus Leder, rekonstituiertem Leder oder Lackleder, handgearbeitet, handelt. Sie wären somit Produkte nach TARIC Abschnitt VIII, Kapitel 42 Code 4202 31 00 10. Nimmt man nun als Simulationsdatum den 30.09.2007 an, so ergibt sich ein Drittlandzollsatz in Höhe von 3 % bei der Einfuhr aus Vietnam.[17]

---

[8] Siehe Auflistung betroffener Branchen bei *Levin,* GRUR Int 1987, 18, 19.

[9] Grünbuch der Europäischen Kommission zur Bekämpfung von Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt, KOM (1998) 569 endg.

[10] Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 des Rates vom 12. Oktober 1992 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften, ABl. EWG L 302, S. 1.

[11] Zum Verfahren im Reiseverkehr und der Zollschuldentstehung s. *Voß,* in: Franzen/Gast-de Haan/Joecks, Kommentar zum Steuerstrafrecht[6], 2005, § 32 ZollVG Rn. 2.

[12] *Joecks,* in: Franzen/Gast-de Haan/Joecks (Fn. 11), § 370 AO Rn. 20.

[13] *Joecks,* in: Franzen/Gast-de Haan/Joecks (Fn. 11), § 370 AO Rn. 26; *Janovsky*, NStZ 1998, 117, 118.

[14] BGH, wistra 2001, 62; **a.A.** *Bender*, wistra 2001, 161, 164, der für die Anwendung von § 370 VI 2 AO eintritt.

[15] *Prieß,* in: Witte (Hrsg.), Kommentar zum Zollkodex[4], 2006, Einführung Rn. 11.

[16] Einen Tarifrechner stellt die Europäische Union unter der URL http://ec.europa.eu/taxation_customs/dds/cgi-bin/tarchap?Lang=DE zur Verfügung (Abruf 30.09.2007).

[17] Vgl. Verordnung (EWG) Nr. 2658/87 des Rates vom 23 Juli 1987 über die zolltarifliche und statistische Nomenklatur sowie den Gemeinsamen Zolltarif, ABl. EWG L 256, S. 1, geändert durch Beschluss Nr. 2261/98 der Kommission vom 26. Oktober 1998, ABl. EWG L. 292, S. 1.

b) Einfuhrumsatzsteuer

Hinzu kommt, dass über die Einfuhrzölle hinaus auch die Einfuhrumsatzsteuer anfällt. Für Handtaschen gilt gem. § 12 I UStG der derzeitige Umsatzsteuer-Regelsatz in Höhe von 19 %. Dieser Satz wird auf den Warenwert zuzüglich des Zolls erhoben.

c) Reisefreimengen

Berücksichtigt man die oben genannten Steuern und Zölle, könnte man zu dem Ergebnis kommen, dass A, B und C bei ihrer Einfuhr Steuern zu entrichten haben. Allerdings gelten in diesem Bereich Ausnahmen.

aa) Einreisefreimengenverordnung

Zu berücksichtigen ist, dass für private Reisende Reisefreimengen gelten.[18] Rechtsgrundlage ist die Verordnung über Einfuhrabgabenfreiheit von Waren im persönlichen Gepäck der Reisenden.[19] Gem. § 2 I Nr. 7 dieser Verordnung sind Waren bis zu einem Warenwert von 175 Euro frei von Einfuhrabgaben.[20]

bb) Berechnung des Warenwerts

Es gilt zu klären, wie der Warenwert im Sinne der Einreisefreimengenverordnung zu berechnen ist. Unter Berücksichtigung des Sachverhalts kommen drei Werte in Betracht. Zum einen der Herstellungspreis in Höhe von 8,70 Euro. Zum anderen könnte man den Verkaufspreis in Deutschland in Höhe von 1.200 Euro zur Berechnung heranziehen. Schließlich kommt noch der tatsächlich gezahlte Preis in Höhe von 30 beziehungsweise 600 Euro in Betracht.

In der Bevölkerung herrscht teilweise die Fehlvorstellung, der Originalpreis sei entscheidend, hier also 1.200 Euro. Dieser Irrglaube wird von den Medien unterstützt. So heißt es in einem Artikel der Bild-Zeitung: *„Der Zöllner rechnet dann also nicht mit den 20 Euro, die man für das Rolex-Plagiat gezahlt hat, sondern mit den 10 000 Euro, die das Original kostet."*[21]

Was unter dem Warenwert im Sinne der Einreisefreimengenverordnung zu verstehen ist, hat der europäische Gesetzgeber im Zollkodex festgelegt. Entscheidend ist gem. Art. 29 I Zollkodex[22] gerade nicht der Marktwert des Originals in Deutschland, sondern der Transaktionswert, also der für die Waren tatsächlich gezahlte oder zu zahlende Preis.[23] Es gilt demnach der Kontrakt- oder Rechnungspreis[24] in Vietnam. Es ist zu berücksichtigen, dass dieser Wert gegebenenfalls gem. den Artikeln 32 und 33 Zollkodex zu berichtigen ist. In Betracht kommen Lizenzgebühren gem. Art. 32 I lit. c Zollkodex. Es könnte also die Lizenzgebühr für das Warenzeichen, welche ein Vertriebsrecht zubilligt, hinzugerechnet werden müssen.[25] Nach Art. 159 der Durchführungsverordnung zum Zollkodex[26] erfolgt eine Hinzurechnung aber nur, wenn die Lizenzgebühr Waren betrifft, die nach der Einfuhr in unverändertem Zustand weiterverkauft oder nur unwesentlich be- oder verarbeitet worden sind. Darüber hinaus erfolgt die Hinzurechnung, wenn diese Waren unter dem vor oder nach der Einfuhr angebrachten Warenzeichen vertrieben werden, für das Lizenzgebühr gezahlt wird, und wenn es dem Käufer nicht freisteht, sich die betreffenden Waren bei anderen mit dem Verkäufer nicht verbundenen Lieferanten zu beschaffen. Diese Voraussetzungen liegen bei dem privaten Kauf einer Handtasche zu nicht gewerblichen Zwecken, wie er hier bei A, B und C gegeben ist, allerdings nicht vor.

Anknüpfungspunkt ist somit der individuell vereinbarte Preis, nicht ein üblicher oder normaler Preis,[27] bei A und B also 30 Euro. Somit wären ein Zoll von 0,90 Euro[28] und Steuern in Höhe von 5,87 Euro[29] angefallen. Da der Warenwert von 30 Euro aber unter 175 Euro liegt, ist eine Steuerbefreiung gegeben.

Anders ist dies hingegen bei C. Da der Warenwert der Tasche der C mit 600 Euro die Freigrenze von 175 Euro übersteigt, sind bei ihr ein Zoll von 18 Euro[30] und Steuern in Höhe von 117,42 Euro[31] angefallen; gleichwohl hat C die Tasche nicht deklariert.

2. Zwischenergebnis

Aufgrund der Freigrenzen in § 2 I Nr. 7 der Einreisefreimengenverordnung verfolgt der deutsche Zoll die Einfuhr von gefälschten oder unerlaubt hergestellten Vervielfältigungsstücken im Wert von unter 175 Euro und außerhalb des geschäftlichen Verkehrs nicht.[32] Es ist bei A und B keine Strafbarkeit gegeben, unabhängig davon, ob es sich um gefälschte Taschen handelt, wie bei der A, oder ohne Lizenz hergestellte Waren, wie bei der B.

C hingegen hat eine Steuerhinterziehung gem. § 370 I Nr. 2 AO begangen, weil sie ihre Handtasche bei der Einreise nicht deklariert und versteuert hat, obwohl der Warenwert die Freigrenze überschritten hat. Diese Strafbarkeit besteht gem. § 370 V AO unabhängig davon, ob die Einfuhr der Tasche verboten war.

3. Nichtverfolgung gem. § 32 ZollVG

C könnte zugute kommen, dass bei geringfügigen Steuerverkürzungen von der Verfolgung von Steuerstraftaten abgesehen wird. Dies findet seine gesetzliche Grundlage in § 32 ZollVG. Die Vorschrift soll bei Bagatellverfehlungen die Strafbarkeit zwingend (kein Ermessen der zuständigen Behörde) ausschließen.[33] Hauptanwendungsgebiet sind Fälle vollendeter und versuchter Zollhinterziehung gem. § 370 AO. § 32 I ZollVG regelt, dass Steuerstraftaten und Steuerordnungswid-

---

[18] Hier besteht an der privaten Einreise kein Zweifel. Eine Befreiung kommt aber jedenfalls dann nicht mehr in Betracht, wenn ein Reisender, der mit sieben Stangen unverzollter und unversteuerter Zigaretten in einer Fußgängerzone aufgegriffen worden ist, den privaten Zweck der Zigaretteneinfuhren nicht nachweist: FG Baden-Württemberg, ZfZ 2004, 274.

[19] Einreisefreimengenverordnung vom 3. Dezember 1974, BGBl. I, S. 3377.

[20] Diese Verordnung und die darin enthaltenen Freigrenzen wären selbst dann anwendbar, wenn trotz entsprechender Pflicht keine Angaben bei den Zollbehörden gemacht worden wären: BayObLG, wistra 2001, 113.

[21] Bild-Online, 20 Alltagssünden – und wie sie bestraft werden, 23.04.2006: http://www.bild.t-online.de/BTO/tipps-trends/geld-job/bams/2006/04/23/alltagssuenden/alltagssuenden.html (Abruf: 30.09.2007).

[22] Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 (Fn. 10).

[23] *Janovsky*, NStZ 1998, 117, 118.

[24] *Reiche*, in: Witte (Fn. 15), Art. 29 Zollkodex Rn. 2.

[25] Vgl. *Reiche*, in: Witte (Fn. 15), Art. 32 Zollkodex Rn. 57.

[26] Verordnung (EWG) Nr. 2454/93 der Kommission vom 2. Juli 1993 mit Durchführungsvorschriften zu der Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 des Rates zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften, ABl. EWG Nr. L 253, S. 1.

[27] *Reiche,* in: Witte (Fn. 15), Art. 29 Zollkodex Rn. 5.

[28] 3 % von 30 Euro.

[29] 19 % von 30,90 Euro.

[30] 3 % von 600 Euro.

[31] 19 % von 618 Euro.

[32] Zu Freigrenzen und gefälschten Markenartikeln siehe auch Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.), Ihr Weg durch den Zoll, 2007, S. 56 und S. 26.

[33] *Voß,* in: Franzen/Gast-de Haan/Joecks (Fn. 11), § 32 ZollVG Rn. 3.

rigkeiten, die im grenzüberschreitenden Warenverkehr begangen werden, nicht verfolgt werden, wenn sich die Tat auf Waren bezieht, die weder zum Handel noch zur gewerblichen Verwendung bestimmt sind, und der verkürzte Einfuhrabgabenbetrag nicht über 130 Euro liegt. Im Fall der C ergibt sich gem. § 11 i.V.m. § 21 UStG folgende Steuerverkürzung:

Zollwert (Art. 29 I Zollkodex):	600,- Euro
3 % Drittlandszollsatz (s. Simulation oben):	18,- Euro
Bemessungsgrundlage der Einfuhrumsatzsteuer:	618,- Euro
19 % Einfuhrumsatzsteuersatz (§ 12 I UStG):	117,42 Euro
Einfuhrabgaben insgesamt (Steuer + Zoll):	
	117,42 Euro + 18 Euro = 135,42 Euro

Dieser Wert liegt über der 130-Euro-Grenze des § 32 ZollVG, so dass eine strafrechtliche Verfolgung im Bereich des grenzüberschreitenden Warenverkehrs nicht ausscheidet. Der C kommt damit auch die Bagatellgrenze des § 32 ZollVG nicht zugute.

II. Bannbruch gem. § 372 AO

A, B und C könnten sich ferner gem. § 372 I AO wegen Bannbruchs strafbar gemacht haben. Danach wird bestraft, wer entgegen einem Verbot Waren ein-, aus- oder durchführt. Unter Einfuhr versteht man das Verbringen eines Gegenstandes aus einem fremden Gebiet in das durch § 372 AO geschützte Gebiet.[34] Hier sind die Handtaschen nach Deutschland und somit in das von § 372 AO geschützte Gebiet verbracht worden.

Es handelt sich bei § 372 AO um einen reinen Blanketttatbestand,[35] so dass die Verbotsnormen in den verschiedensten Spezialregelungen zu finden sind.[36] Eigenständige Bedeutung hat § 372 AO wegen der Subsidiaritätsklausel in § 372 II AO nur noch selten, etwa bei Zuwiderhandlungen gegen das Brandweinmonopol.[37] Allerdings kann der Bannbruch noch in den Fällen des gewerbsmäßigen, gewaltsamen und bandenmäßigen Schmuggels gem. § 373 AO Bedeutung erlangen.[38] Außerdem hat § 372 AO die praktische Bedeutung, Verbringungszuwiderhandlungen als Steuerstraftaten zu qualifizieren und damit der Ermittlungszuständigkeit der Zollbehörden zu unterstellen.[39]

Hier könnte es sich um eine verbotene Einfuhr von gefälschten Markenartikeln oder unerlaubt hergestellten Vervielfältigungsstücken handeln. Verbote in diesem Bereich dienen dem Schutz des gewerblich genutzten geistigen Eigentums.[40] Alle Gesetze, die solche Verbote enthalten, normieren bei Zuwiderhandlung aber eigene Straftatbestände. Deshalb greift die Subsidiaritätsklausel des § 372 II AO ein. Anzeichen für ein Verhalten nach § 373 AO sind nicht ersichtlich. A, B und C sind somit nicht wegen Bannbruchs strafbar.

III. Marken- und urheberrechtliche Strafvorschriften

Weitere Verbotsnormen könnten im Nebenstrafrecht zu finden sein, das im Folgenden behandelt werden soll. Im deutschen Recht sind insbesondere Urheberrechte am gewerblich genutzten geistigen Eigentum durch das Produktpirateriegesetz[41] gestärkt worden. Durch dieses Gesetz wurden bestehende Bestimmungen verschärft. Zu den in Frage stehenden Vorschriften zählen § 142 PatG, § 25 GebrMG, §§ 106 ff. UrhG und § 143 MarkenG.[42] Verstöße gegen das GebrMG und das PatG kommen nur bei einer Anmeldung des Musters oder eines Patents in Betracht.

1. § 142 PatG, § 25 GebrMG

Unabhängig davon, dass ein Patent – etwa für eine Verschlussvorrichtung der Tasche – gem. § 34 PatG angemeldet worden sein muss, setzt eine Verletzung gem. § 142 PatG voraus, dass es sich um das Herstellen, Anbieten, Inverkehrbringen oder Gebrauchen eines patentierten Gegenstandes handelt. Das schlichte Besitzen kann dann eine Patentverletzung darstellen, wenn der Besitzer die Absicht hat, die Waren anzubieten, in Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen.[43] A, B und C haben die Taschen aber weder hergestellt noch angeboten. Das Inverkehrbringen im Sinne dieses Paragraphen setzt voraus, dass die Sache in die Verfügungsgewalt einer anderen Person übergeht, während Gebrauchen die gewerbliche Anwendung oder Benutzung ist.[44] Hier haben A, B und C aber weder einer anderen Person die Verfügungsgewalt verschafft, noch handelten sie im gewerblichen Bereich oder wollten die Handtaschen anbieten. Die Benutzung einer patentierten Erfindung zu privaten, nichtgewerblichen Zwecken ist allgemein zulässig.[45] Gleiches gilt für § 25 GebrMG, da diese Vorschrift parallel zu § 142 PatG ausgestaltet ist,[46] so dass die Verletzung eines Gebrauchsmusters ebenfalls nicht in Betracht kommt.

2. § 106 UrhG

Der Schutzbereich des Urheberrechts ist für Werke gem. § 2 UrhG eröffnet. Dazu können gem. § 2 I Nr. 4 UrhG auch Werke der angewandten Kunst zählen, insbesondere formschöne Gebrauchsgegenstände.[47] Allerdings stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an die Schutzfähigkeit und verlangt ein deutliches Überragen der Durchschnittsgestaltung,[48] welche hier bei Handtaschen aus der Massenproduktion nicht anzunehmen ist.

3. § 143 MarkenG

Es könnte sich eine Strafbarkeit aus § 143 MarkenG ergeben. Danach wird die Kennzeichenverletzung unter Strafe gestellt.

a) Tatbestandsvoraussetzungen

§ 143 MarkenG verweist als strafwürdiges Verhalten auf den zivilrechtlichen Verletzungstatbestand des § 14 II Nr. 1 und 2 MarkenG, der das Benutzen der Ware oder des Warenzei-

---

[34] *Stahlschmidt*, Steuerstrafrecht, 2004, S. 84.

[35] *Rönnau*, NStZ 2000, 513, 514.

[36] Vgl. die Aufstellung verschiedener Verbringungsverbote bei *Voß,* in: Franzen/Gast-de Haan/Joecks (Fn. 11), § 372 AO Rn. 27.

[37] *Kohlmann*, Steuerstrafrecht, 36. Lieferung, Stand: Juli 2007, § 372 AO Rn. 4.

[38] *Rönnau*, NStZ 2000, 513, 514 m.w.N.

[39] *Kohlmann* (Fn. 37), § 372 AO Rn. 4.

[40] *Voß,* in: Franzen/Gast-de Haan/Joecks (Fn. 11), § 372 AO Rn. 27.

[41] Gesetz zur Stärkung des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie vom 7. März 1990, BGBl. I, S. 422.

[42] *Ingerl/Rohnke*, Kommentar zum Markengesetz², 2003, § 143 MarkenG Rn. 1.

[43] *Kouker,* in: Achenbach/Ransiek, Handbuch zum Wirtschaftsstrafrecht, 2004, XI 2 Rn. 49.

[44] *Beckemper* (Fn. 3), Rn. 552.

[45] *Gruhl,* in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Handbuch zum Wirtschaftsstrafrecht⁴, 2006, § 55 Rn. 59.

[46] *Beckemper* (Fn. 3), Rn. 559.

[47] *Schulze,* in: Dreier/Schulze, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz², 2006, § 2 UrhG Rn. 158.

[48] *Schulze,* in: Dreier/Schulze (Fn. 47), § 2 UrhG Rn. 160.

chens verbietet. § 14 III MarkenG enthält einige nicht abschließende Beispiele für verbotene Benutzungshandlungen, die Rechtsverletzungen darstellen.[49] Zwar verweist § 143 I MarkenG nicht explizit auch auf § 14 III MarkenG; da es sich aber nur um eine beispielhafte Aufzählung ohne Erweiterung des Straftatbestandes handelt, sind die dort aufgeführten Verletzungshandlungen kraft gesetzlicher Definition Unterfälle des Benutzens eines Markenzeichens gem. § 14 II MarkenG.[50]

In Betracht kommt ein Verstoß gegen § 14 III Nr. 2 MarkenG. Zweifelsohne befinden sich die Taschen im Besitz von A, B und C. Der Besitz einer Ware stellt aber nur dann eine unzulässige Benutzung gem. § 14 III Nr. 2 MarkenG dar, wenn er mit dem Ziel ausgeübt wird, die Tasche anzubieten oder in den Verkehr zu bringen.[51] Die Einfuhr kann grundsätzlich ein Unterfall des Inverkehrbringens sein.[52] § 14 II und § 143 I MarkenG sind allerdings ausdrücklich auf den geschäftlichen Verkehr zugeschnitten.[53] Es muss also die Absicht bestehen, die Ware in den geschäftlichen Verkehr zu bringen.

b) Das Merkmal geschäftlicher Verkehr

Der Begriff des geschäftlichen Verkehrs wird nicht ganz einheitlich ausgelegt. Da die Behandlung dieses Merkmals sowohl in strafrechtlicher als auch in zivilrechtlicher Hinsicht erhebliche praktische Bedeutung hat, sollen in einem kurzen Exkurs die wichtigsten Entscheidungen im Überblick behandelt werden.

Der EuGH[54] bejaht dieses Merkmal, wenn eine Benutzung im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich erfolgt. Die deutsche Rechtsprechung legt den Begriff weit aus und spricht von der Förderung eines beliebigen eigenen oder fremden Geschäftszwecks.[55] Erfasst ist jede selbständige, einen wirtschaftlichen Zweck verfolgende Tätigkeit, in der eine Teilnahme am Erwerbsleben zum Ausdruck kommt.[56] Privates Handeln außerhalb von Erwerbs- und Berufsausübung ist hingegen nicht erfasst.[57] Insofern sind private Einkäufe ausgenommen.[58] Auch der persönliche Gebrauch von gefälschter Markenware fällt nicht unter das Tatbestandsmerkmal.[59]

Zu der hier in Frage stehenden Einfuhr von Waren ist nicht eindeutig geklärt, ab welcher Stückzahl und bei welchen Zwecken es sich um geschäftlichen Verkehr handelt. Das BayObLG[60] hat etwa bei der Einfuhr von 70 gefälschten Adidas-Trainingsanzügen, zehn Paar Nike-Socken und zehn mit geschützten Markennamen versehenen Sweatshirts für einen Sportverein ein geschäftliches Handeln verneint. Das LG Mannheim[61] kam zum gegenteiligen Ergebnis bei der Einfuhr von 94 gefälschten Marken-T-Shirts (mehr als 23 Artikel pro Täter der vierköpfigen Gruppe), von denen 14 mit der Marke Joop versehen waren.

Im vorliegenden Fall haben A, B und C die Taschen nicht im Rahmen einer auf wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit[62] eingeführt und ebenso wenig einen eigenen oder fremden Geschäftszweck gefördert.[63] A, B und C haben die Taschen aus Modebewusstsein gekauft und wollten sie ausschließlich für den privaten Gebrauch verwenden. Die Einfuhr einer derart geringen Menge von gefälschten Artikeln zu nichtgewerblichen Zwecken ist daher nicht nach § 143 MarkenG strafbar. Das Tatbestandsmerkmal des „Handelns im geschäftlichen Verkehr" ist nicht erfüllt,[64] so dass sich A, B und C nicht strafbar gemacht haben.

4. Zwischenergebnis

Daraus folgt, dass A, B und C nicht mit Sanktionen aufgrund von marken- und urheberrechtlichen Strafvorschriften zu rechnen haben. Selbst wenn man annimmt, dass A, B und C um die Kennzeichenverletzung wussten, scheitert eine Strafbarkeit an dem nichtkommerziellen Charakter und dem geringen Umfang der Einfuhr.

IV. Hehlerei gem. § 259 StGB

Aus dem Kernstrafrecht kommt nur die Strafbarkeit wegen Hehlerei gem. § 259 StGB in Betracht. Anknüpfungspunkt ist dabei aber nicht die Einfuhr der Taschen, sondern bereits der Ankauf, der in Vietnam stattgefunden hat. Grundsätzlich ist es für die Verwirklichung des § 259 StGB unerheblich, dass die rechtswidrige Vortat wegen der Begehung im Ausland nicht dem deutschen Strafrecht unterliegt.[65] Hier kommt noch hinzu, dass nicht nur die Vortat, sondern auch der Ankauf im Ausland stattgefunden hat, so dass eine Anwendung des § 7 II StGB in Betracht zu ziehen wäre. Insofern käme es auf vietnamesisches Recht an. Allerdings ist im Gleichlauf mit bestehender Rechtsprechung im Bereich des Urheberrechts in Bezug auf Raubkopien[66] anzunehmen, dass die Fälschung von Markenartikeln nicht als rechtswidrige Vortat im Sinne des § 259 StGB anzuerkennen ist. Immer dann, wenn das Tatobjekt durch die Vortat erst hervorgebracht worden ist, scheidet eine Strafbarkeit nach § 259 I StGB aus.[67] Hier sind die Taschen erst durch die gewerbsmäßige Fälschung und das unerlaubte Vervielfältigen hervorgebracht worden, so dass sie als Gegenstände einer Hehlerei nicht in Betracht kommen. A, B und C sind daher nicht gem. § 259 I StGB wegen Hehlerei strafbar.

V. Beschlagnahme

Als weitere Sanktionsmöglichkeit kommt die Beschlagnahme der Taschen von A, B und C in Betracht. Dabei handelt es sich grundsätzlich um ein zivilrechtliches Verfahren im Zusammenhang mit einer Schutzrechtsverletzung (z.B. in Bezug auf das MarkenG). Da die Beschlagnahme aber in engem systematischen Zusammenhang mit den Strafnormen steht, soll sie hier in der gebotenen Kürze behandelt werden. Zu unterscheiden sind insofern zwei Grenzbeschlagnahmeverfahren,

---

[49] *Ingerl/Rohnke* (Fn. 42), § 14 MarkenG Rn. 179.
[50] OLG Stuttgart, wistra 1999, 152, 153; *Ingerl/Rohnke* (Fn. 42), § 143 MarkenG Rn. 2.
[51] *Ingerl/Rohnke* (Fn. 42), § 14 MarkenG Rn. 194; *Schuhmacher*, Die Marken(artikel)piraterie, 2005, S. 97.
[52] *Cremer*, Mitt 1992, 153, 161.
[53] OLG Stuttgart, wistra 1999, 152.
[54] EuGH, Rs. C-206/01 – *Arsenal*, Slg. 2002, I-10273, Rn. 40.
[55] *Ingerl/Rohnke* (Fn. 42), § 143 MarkenG Rn. 48 m.w.N.
[56] *Voges*, MarkenR 2002, 73, 79.
[57] BGH, GRUR 2002, 622, 624.
[58] So bereits RGSt 43, 87.
[59] BGH, GRUR 1998, 696.
[60] BayObLG, WRP 2002, 562.
[61] LG Mannheim, WRP 1999, 1057.
[62] Vgl. EuGH, *Arsenal* (Fn. 54), Rn. 40.
[63] Vgl. *Ingerl/Rohnke* (Fn. 42), § 143 MarkenG Rn. 48 m.w.N.
[64] Vgl. *Möller,* in: Wabnitz/Janovsky (Fn. 6), Kapitel 15 Rn. 18.
[65] *Lackner/Kühl,* Kommentar zum Strafgesetzbuch[26], 2007, § 259 StGB Rn. 4.
[66] KG, NStZ 1983, 561, 562; *Ruß,* in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK)[11], 2005, § 259 StGB Rn. 9; *Stree,* in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch[27], 2006, § 259 Rn. 9 m.w.N.
[67] Siehe hierzu *Ruß,* in: LK (Fn. 66), § 259 StGB Rn. 9 m.w.N.

nämlich das nationale und das gemeinschaftliche Verfahren.[68] Schließlich soll noch die Zollfahndung behandelt werden.

1. Das nationale Grenzbeschlagnahmeverfahren

Das nationale Beschlagnahmeverfahren beruht auf Regelungen in den markenrechtlichen und urheberrechtlichen Schutzgesetzen wie §§ 146-150 MarkenG, § 55 GeschmMG, § 142a PatG, § 25a GebrMG. Voraussetzung für das Tätigwerden ist die Offensichtlichkeit der Schutzrechtsverletzung, die in der Praxis gerade aufgrund der immer originalgetreueren Fälschungen besondere Schwierigkeiten bereitet. Im vorliegenden Fall findet das deutsche Verfahren jedoch keine Anwendung, da die Einfuhr aus Drittländern durch die Produktpiraterieverordnung[69] spezialgesetzlich geregelt ist, die Vorrang genießt.[70]

2. Das gemeinschaftliche Grenzbeschlagnahmeverfahren

Das Vorgehen nach dem Gemeinschaftsrecht soll im Folgenden erläutert werden. Ziel der Produktpiraterieverordnung ist es, die Verbringung von nachgeahmten Waren und unerlaubt hergestellten Vervielfältigungsstücken zu verbieten und das Inverkehrbringen zu bekämpfen.

Die Verordnung räumt den deutschen Zollbehörden die Möglichkeit zum Anhalten und zur Beschlagnahme von Waren ein, die möglicherweise gefälscht oder ohne Lizenz hergestellt worden sind. Am Anfang des Verfahrens steht im Regelfall ein Antrag des Rechteinhabers.[71] Im vorliegenden Beispielsfall müsste Rechteinhaber F gem. Art. 5 der Verordnung bei der Zentralstelle gewerblicher Rechtsschutz einen Antrag stellen, so dass die Zollbeamten verdächtige Waren daraufhin beschlagnahmen könnten.

Gem. Art. 3 II der Verordnung gilt der oben genannte Freibetrag von 175 Euro aber auch für die Grenzbeschlagnahme, so dass diese bei privater Einfuhr unterhalb der Freigrenze ohne kommerziellen Charakter nicht in Betracht kommt. A und B haben daher keine Beschlagnahme zu befürchten.

Problematischer ist dies im Fall der C. In der Praxis beschlagnahmt der Zoll bei der Einfuhr aus Drittländern jeden Markenartikel mit einem Warenwert von über 175 Euro selbst dann, wenn es sich eindeutig um eine Privateinfuhr handelt.[72] Rechteinhaber F wird daraufhin gem. Art. 9 II der Verordnung informiert und müsste entscheiden, ob er seinen Antrag aufrechterhält oder ob die Tasche wieder der C überlassen werden soll.

Hält F an seinem Antrag fest, kommt es in einem gerichtlichen Verfahren darauf an, ob eine tatsächliche Rechtsverletzung nach nationalem Patent-, Marken- und Urheberrecht vorliegt.[73] Eine solche Rechtsverletzung ist, wie bereits unter C. III geprüft, nicht gegeben. Um ein wenig aussichtsreiches Gerichtsverfahren zu vermeiden, kann der Rechteinhaber F die Grenzbeschlagnahme auch von vornherein auf eine bestimmte Anzahl anzuhaltender Produkte beschränken.[74] Tut F dies, greift sein Antrag bei einer einzelnen Tasche nicht[75] und auch C muss nicht mit einer Grenzbeschlagnahme rechnen.

3. Zollfahndung

Im Fall der C kommt ferner eine repressive Beschlagnahme durch die Zollfahndung gem. §§ 399 II 2, 404 S. 2 Hs. 2 AO i.V.m. §§ 94, 98 I StPO in Betracht,[76] die neben dem Verfahren der Produktpiraterieverordnung möglich ist.[77] C hat ihre Tasche nicht ordnungsgemäß angemeldet und verzollt, so dass eine Steuerhinterziehung gem. § 370 AO vorliegt. Die Zollfahndung hat gem. § 208 I Nr. 1 AO die Aufgabe, Steuerstraftaten zu erforschen;[78] auf einen Antrag des Rechteinhabers kommt es daher nicht an. Die Zollfahndung kann auch dann noch tätig werden, wenn die Ware die Grenze passiert hat und sich im Bundesgebiet befindet.[79] Im Regelfall wird aber auch die Zollfahndung nur bei gewerbsmäßigem Handeln tätig.[80]

VI. Ergebnis

Wegen des geringen Wertes (30 Euro) und des nichtkommerziellen Einfuhrzwecks haben A und B keine Sanktionen zu befürchten.

C hat sich wegen Steuerhinterziehung gem. § 370 I Nr. 2 AO strafbar gemacht und muss mit einer möglichen Beschlagnahme rechnen.

D. Ausblick

Wie die Falllösung zeigt, ist die private Einfuhr von gefälschten Markenartikeln nur dann strafbar, wenn die Fälschungen oder Vervielfältigungsstücke zu einem relativ hohen Preis im Drittland erworben wurden. Anknüpfungspunkt ist dabei aber gerade nicht die Tatsache, dass die Markenartikel gefälscht oder unerlaubt vervielfältigt wurden, sondern einzig der hohe Warenwert, weswegen Steuern und Zoll vorenthalten werden. Ein Überblick über die Entwicklung in Europa und Italien soll klären, ob Änderungen in diesem Bereich zu erwarten sind.

I. Europäische Entwicklung

Die Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union im strafrechtlichen Bereich ist nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eingeschränkt,[81] so dass stets eine Ermächtigungsgrundlage vorliegen muss. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Verfassungsprozess[82] bei weitem nicht abgeschlossen ist, erscheint eine zu starke Ausweitung der strafrechtlichen Kompetenzen der Europäischen Union, die stets einen Eingriff in die nationale Souveränität bedeutet, nicht unproblematisch. Gleichzeitig wird allerdings über ein

---

[68] *Schuhmacher* (Fn. 51), S. 155.

[69] Verordnung (EG) 1383/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Vorgehen der Zollbehörden gegen Waren, die im Verdacht stehen, bestimmte Rechte geistigen Eigentums zu verletzen, und die Maßnahmen gegenüber Waren, die anerkanntermaßen derartige Rechte verletzen, ABl. (EU) Nr. L 196, S. 7.

[70] Vgl. *Ingerl/Rohnke* (Fn. 42), § 146 MarkenG Rn. 2; *v. Welser*, EWS 2005, 202, 203.

[71] *v. Welser*, EWS 2005, 202, 205.

[72] Siehe dazu auch die Informationen des Zolls unter http://www.zoll.de/faq/reiseverkehr/einreise_vub/index.html (Abruf: 30.09.2007).

[73] OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2002, 278; *v. Welser*, EWS 2005, 202, 206 und 207 m.w.N.

[74] *v. Welser*, EWS 2005, 202, 206.

[75] Ausnahmsweise wäre in diesem Fall noch ein Amtsverfahren ohne Antrag gem. Art. 4 I der Verordnung möglich. Siehe hierzu etwa *v. Welser*, EWS 2005, 202, 205.

[76] *Maurer,* in: Wannemacher, Handbuch Steuerstrafrecht[5], 2004, Rn. 3416; *Randt,* in: Franzen/Gast-de Haan/Joecks (Fn. 11), § 404 Rn. 58.

[77] *v. Welser,* EWS 2005, 202, 204.

[78] *Randt,* in: Franzen/Gast-de Haan/Joecks (Fn. 11), § 404 Rn. 4.

[79] Zur Vertiefung siehe *Scheja*, Computer und Recht (CR) 1995, 710, 714; *Schuhmacher* (Fn. 51), S. 171; *v. Welser,* EWS 2005, 202, 204.

[80] *Scheja*, CR 1995, 710, 714.

[81] *Hecker*, Europäisches Strafrecht², 2007, § 4 Rn. 83; siehe auch *Schmidl* (Fn. 2), S. 160 m.w.A.

[82] Zu diesem Gesichtspunkt ausführlich *Kreß*, ZStW 2004, 445-474.

einheitliches EU-Strafgesetzbuch diskutiert.[83] Es ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass der europäische Gesetzgeber schon jetzt zahlreiche Maßnahmen mit strafrechtlichem Inhalt erlassen hat.[84]

Nach einem Urteil des EuGH[85] fallen die zur wirksamen Umsetzung des Gemeinschaftsrechts erforderlichen strafrechtlichen Bestimmungen unter den EG-Vertrag.[86] Die Europäische Kommission hat einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments verabschiedet, die die Rechte des geistigen Eigentums stärken soll.[87] Nach Vorstellung der Kommission soll der Schutz des geistigen Eigentums, der auch in Art. 17 II der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ausdrücklich genannt wird, durch eine neue Richtlinie über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte geistigen Eigentums[88] verstärkt werden. Die neu vorgeschlagenen Regelungen sollen die bereits 2004 verabschiedete zivilrechtliche Richtlinie[89] ergänzen. Die Diskussion über die Zuständigkeit der Kommission ist aber noch nicht abgeschlossen.[90]

Art. 3 des Richtlinienvorschlages verpflichtet die Mitgliedstaaten, jede vorsätzliche, in gewerblichem Umfang[91] begangene Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums, den Versuch einer solchen Rechtsverletzung sowie die Beihilfe und Anstiftung dazu als Straftat zu ahnden. Art. 5 sieht vor, dass die Mitgliedstaaten dafür mindestens ein Haftstrafenhöchstmaß von vier Jahren und mindestens ein Geldstrafenhöchstmaß von 100.000 Euro festlegen müssen. In besonders schweren Fällen ist ein Höchstmaß von 300.000 Euro vorgesehen. Ein besonders schwerer Fall liegt beispielsweise vor, wenn gefälschte Artikel ein Krankheits- oder Unfallrisiko bergen. Da die Höchststrafen als Mindestgrenzen ausgestaltet sind, können die Mitgliedstaaten noch schärfere Regelungen treffen. Strafbarkeitslücken in dem hier besprochenen Sanktionssystem für private bzw. nichtkommerzielle Käufer wird aber auch dieser Vorschlag nicht schließen können, da Art. 3 einzig das gewerbsmäßige Handeln unter Strafe stellt.

II. Freigrenzen

Die Europäische Kommission hat am 27. Februar 2006 einen Richtlinienvorschlag zur Neuregelung der Reisefreimengen beschlossen.[92] Darin ist die Anhebung des Freibetrages auf 500 Euro für Flugreisende und auf 220 Euro für andere Reisende vorgesehen.[93] Ziel ist es, die Zollbehörden zu entlasten und mehr Kapazitäten für die Bekämpfung großer Schmugglerringe freizusetzen, anstatt sich mit Privatreisenden beschäftigen zu müssen.[94] Eine endgültige Entscheidung über die Anhebung der Freigrenzen ist allerdings noch nicht gefallen.

III. Entwicklung in Italien

In fast allen europäischen Ländern sind bisher keine Sanktionen für private Käufer von gefälschten Markenartikeln und die Einfuhr im nichtkommerziellen Bereich vorgesehen.

Eine Ausnahme dazu stellt Italien dar, das Hochburg vieler weltweit bekannter Markenhersteller wie beispielsweise Armani oder Gucci ist. Der italienische Gesetzgeber hat sich zum Ziel gesetzt, den markenrechtlichen Schutz durch ein so genanntes „Made in Italy-Gesetz“ zu verbessern. Ein entsprechender Vorschlag wurde in Form eines Decreto sulla competitivitá (Dekret zur Wettbewerbsregelung) eingereicht, der in Art. 1, Komma 7 dieses GD Nr. 35/2005[95] die private Produktpiraterie behandelt. Dieser Vorschlag wurde von der Agentur für Abgaben mit der Resolution Nr. 47/E vom 19. April 2005 angenommen und in den Abgabenkodex Nr. 3021 für die Einzahlung von Verwaltungsgeldbußen (Sanzione pecuniaria amministrativa per il contrasto della contraffazione) eingeführt.

Die Regelung in Art. 1, Komma 7 sieht ein Bußgeld (sanzione amministrativa) von bis zu 10.000 Euro für Private vor. Die Sanktion bezieht sich auf den Kauf oder die Annahme von Waren, die aufgrund ihrer Qualität oder Beschaffenheit, der Person des Verkäufers oder des Preises vermuten lassen, dass Gesetze bezüglich des Ursprungs, der Herkunft und des geistigen Eigentums verletzt wurden. Darüber hinaus kann auch gegen denjenigen ein Bußgeld verhängt werden, der andere zu dem Kauf oder der Annahme solcher Waren animiert. Wer innerhalb von zwei Monaten das Bußgeld begleicht, dem werden zwei Drittel der Summe erlassen, so dass sich der Höchstsatz dann auf 3.333 Euro beläuft.

Ziel des „Made in Italy-Gesetzes“ ist es, dass sich Verbraucher intensiver mit der Herkunft der von ihnen gekauften Produkte auseinander setzen. Dass es sich keinesfalls um totes Recht mit reiner Präventivfunktion handelt, zeigt sich an der Verhängung erster Bußgelder. Eine 60-jährige dänische Urlauberin kaufte im Juni 2005 bei einem fliegenden Händler in Ventimiglia für zehn Euro eine nachgemachte Luxusbrille. Als Konsequenz verhängte die örtliche Polizei die sanzione amministrativa in Höhe von 10.000 Euro.[96]

Grundsätzlich sollte sich Deutschland nicht zu einer strafrechtlichen Oase entwickeln,[97] aber davon kann bisher keine Rede sein. Pläne des deutschen Gesetzgebers, ähnliche Regelungen einzuführen, sind nicht ersichtlich.

---

[83] *Müller-Gugenberger,* in: Müller-Gugenberger/Bieneck (Fn. 45), § 5 Rn. 113.

[84] Siehe hierzu eine Auflistung bei *Müller-Gugenberger,* in: Müller-Gugenberger/Bieneck (Fn. 45), § 5 Rn. 79.

[85] EuGH, Rs. C-176/03 – *Kommission/Rat*, Slg. 2005, I-7879.

[86] Vgl. hierzu auch KOM (2006) 168 endg, S. 2.

[87] KOM (2006) 168 endg; *Weißenborn*, Multimedia und Recht (MMR) 2006, Heft 8, EMR XII; siehe auch Redaktionsanmerkung in EuZW 2006, 450.

[88] KOM (2006) 168 endg. Siehe hierzu auch die Einschätzung des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages unter http://www.bundestag.de/bic/analysen/2006/Geaenderter_Richtlinienvorschlag_-_Geistiges_Eigentum.pdf (Abruf 30.09.2007).

[89] Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums, ABl. EWG Nr. L 157, S. 45.

[90] *Hecker* (Fn. 81), § 4 Rn. 84 ff.

[91] Der Begriff „gewerbsmäßig“ wurde bereits in Art. 61 TRIPS-Übereinkommen verwendet u. dort entnommen, vgl. KOM (2006) 168 endg., S. 4.

[92] KOM (2006) 76 endg, S. 4. **Krit.** dazu die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses: KOM (2006) 76 endg. — 2006/0021 (CNS).

[93] Dieser Vorschlag bezieht sich allerdings nur auf die Mehrwertsteuerbefreiung gem. Richtlinie 69/169/EWG des Rates vom 28. Mai 1969 zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Befreiung von den Umsatzsteuern und Sonderverbrauchsteuern bei der Einfuhr im grenzüberschreitenden Reiseverkehr, ABl. Nr. L 133, S. 6, ist also von der Verordnung (EWG) Nr. 918/83 des Rates vom 28. März 1983 über das gemeinschaftliche System der Zollbefreiungen, ABl. L 105, S. 1 abzugrenzen.

[94] KOM (2006) 76 endg, S. 7. **Krit.** dazu die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses: KOM (2006) 76 endg — 2006/0021 (CNS).

[95] Veröffentlicht in der Gazzetta Ufficiale n. 62 vom 16. März 2005.

[96] Spiegel-Online, Urlauberin kauft Luxusbrille – 10.000 Euro Strafe, 24. Juni 2005: http://www.spiegel.de/reise/aktuell/0,1518,362002,00.html (Abruf: 30.09.2007).

[97] *Cremer,* GRUR Int 2002, 511, 517.

E. Zusammenfassung

Es bleibt festzuhalten, dass die private Einfuhr von gefälschten Markenartikeln nicht strafbar ist, solange der Freibetrag von 175 Euro nicht überschritten wird. Liegt der Warenwert höher, etwa weil es sich um hochwertige Fälschungen handelt, kann eine Steuerhinterziehung gem. § 370 AO verwirklicht sein. Diese Strafbarkeit knüpft aber nur an die hinterzogenen Einfuhrabgaben an, nicht hingegen an eine Verletzung von Urheber- und Markenrechten aufgrund der Fälschung oder unerlaubten Vervielfältigung. Trotz schärferer Gesetze in europäischen Nachbarländern wie gerade Italien ist ein Kurswechsel in der deutschen Gesetzgebung derzeit nicht absehbar. Im Gegenteil könnte es sogar zu einer Anhebung der Freibeträge durch den europäischen Gesetzgeber kommen.

Problematisch wird die Einfuhr günstiger Fälschungen also erst dann, wenn sie nicht mehr zu nichtgewerblichen Zwecken erfolgt, sondern die Produkte weiterverkauft werden sollen. Dann kann das Merkmal des geschäftlichen Verkehrs verwirklicht und strafrechtliche Regelungen etwa des MarkenG können einschlägig sein. Solange die Einfuhr aber für den Eigenbedarf erfolgt, haben Privatleute nur bei einem hohen Warenwert Sanktionen zu fürchten. ■

European Law Essay Competition

Ab
14.01.2008
an über 40 deutschen Unis

Schreibt einen Essay zu einem europarechtlichen Thema und gewinnt einen der folgenden Preise:

1.-6. Platz:

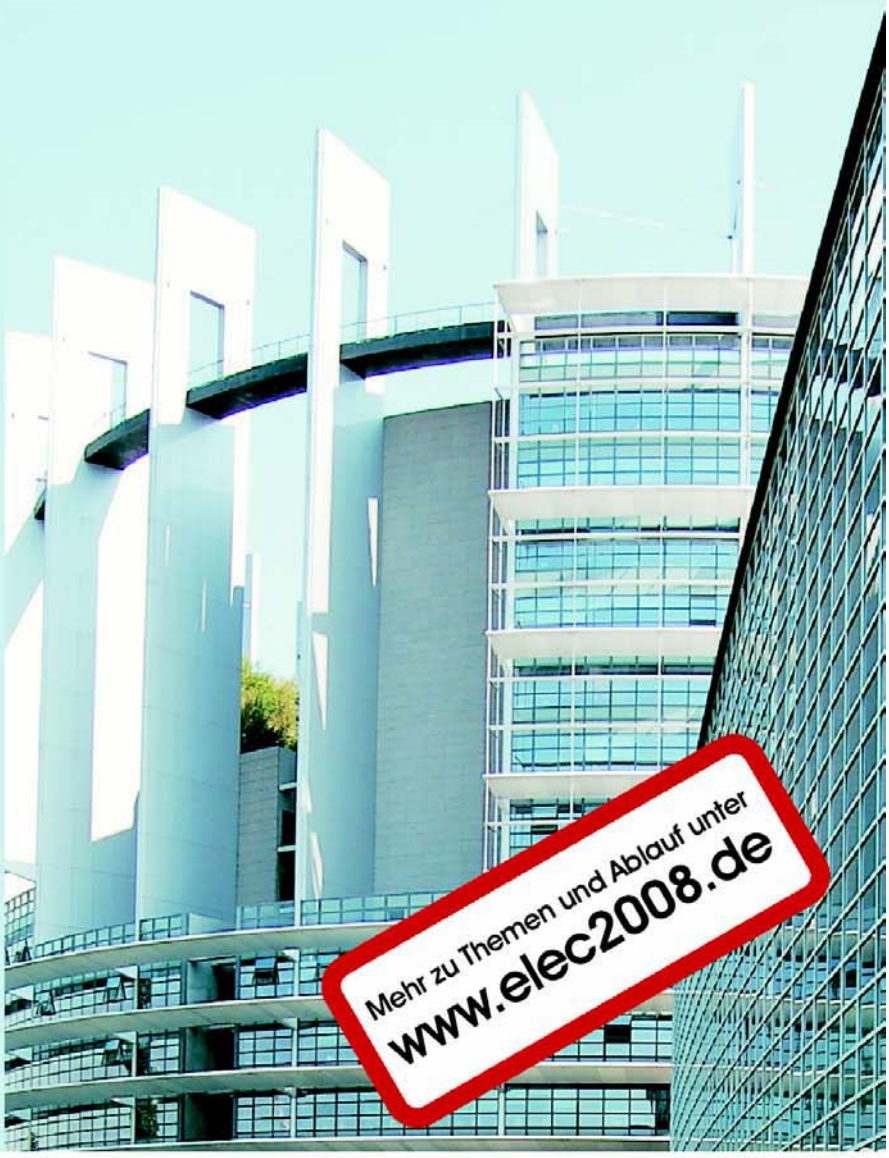
Ein Praktikum bei CMS Hasche Sigle oder Morgan Lewis an einem deutschen Standort nach Wahl (mit einer Vergütung zwischen 500- 800 €)

7. Platz:

Ein Jahresabo der JuS inkl. Zugang zu JuS-Studium

Die vier besten Aufsätze werden im Bucerius Law Journal oder im Kleinen Advokat publiziert.

Einsendeschluss:
31.03.2008



präsentiert von
elsa
The European Law Students' Association
LEIPZIG

unterstützt von
der KLEINE ADVOKAT
Bucerius Law Journal
JuS
Morgan Lewis
RECHTSANWÄLTE
CMS Hasche Sigle
Rechtsanwälte Steuerberater

Professor Dr. Hans Kudlich, Universität Erlangen-Nürnberg*

Erosion des Hauptverhandlungsprotokolls durch den Bundesgerichtshof?

A. Einführung und Grundlagen

Die Revision ist – trotz letztlich bescheidener Erfolgsquoten[1] – das zentrale strafprozessuale Rechtsmittel als je nach Instanzenzug immer letztentscheidende und teilweise sogar einzige Überprüfungsmöglichkeit.[2] Dabei spielt die Verfahrensrüge (vgl. § 344 II 1, 2 StPO) eine große Rolle, was nicht zuletzt daran liegt, dass zum einen im Anwendungsbereich der Sachrüge zwei Bereiche liegen, die nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Kontrolle unterliegen (die tatrichterliche Beweiswürdigung und die Strafzumessung), und dass zum anderen die für den Beschwerdeführer besonders „attraktiven" absoluten Revisionsgründe durchweg Verfahrensrügen betreffen.

Für die Verfahrensrügen kommt nach der Konzeption der StPO auf Grund des Prinzips des Verbots einer Rekonstruktion der Hauptverhandlung dem Hauptverhandlungsprotokoll als Beweismittel überragende Bedeutung zu. Hinsichtlich der Einhaltung der wesentlichen Verfahrensförmlichkeiten[3] genießt das Protokoll nach § 274 StPO sogar positive wie auch negative Beweiskraft.[4] Gegen den Protokollinhalt ist allein der – in der Praxis nur sehr schwer zu führende und selten erfolgreiche – Nachweis der Fälschung zulässig, vgl. § 274 S. 2 StPO.[5]

Diese weitgehende Beweiswirkung führt wie auch bei anderen stark formalisierten Regeln[6] zu einem Spannungsverhältnis zwischen der formell angeordneten Rechtsfolge und der materiell zutreffenden Rechtslage bzw. tatsächlich vorliegenden Situation. In der jüngeren Rechtsprechung des BGH werden nun zwei Wege verfolgt, um dieses Spannungsverhältnis zu Gunsten einer Berücksichtigung des „tatsächlichen" Geschehens aufzulösen.[7]

– Zum einen hat der 3. Strafsenat in einer (bislang freilich vereinzelt gebliebenen) Entscheidung aus dem August 2006 eine Rüge als „rechtsmissbräuchlich" (und damit letztlich unter Berufung auf ein allgemeines, ungeschriebenes Missbrauchsverbot im Strafprozessrecht[8]) zurückgewiesen, mit welcher der Beschwerdeführer einen Mangel gerügt hat, von dem er nach Auffassung des Senats sicher wusste, dass dieser sich gar nicht ereignet hatte (bewusste Berufung auf ein unrichtiges Protokoll).[9]

– Zum anderen hat der Große Strafsenat auf Vorlage des 1. Strafsenats[10] in einer Entscheidung aus dem April 2007 in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung des BGH und gegen weite Teile der Literatur einer nachträglichen Protokollberichtigung Wirkung zum Nachteil bereits eingelegter und auf den von der Protokollberichtigung betroffenen Inhalt gestützten Revisionen zugebilligt (sog. Rügeverkümmerung).[11]

Beide Wege stehen ersichtlich in einem (zumindest partiellen) Alternativverhältnis: Soweit man eine nachträgliche Protokollberichtigung mit Wirkung für bereits eingelegte Revisionen zulässt, ist ein Rückgriff auf den Missbrauchsgedanken nicht erforderlich; umgekehrt muss in Fällen, die über den Missbrauchsgedanken gelöst werden, keine „Rügeverkümmerung" durch nachträgliche Protokollberichtigung angenommen werden. Im Folgenden sollen beide Lösungswege einer – mit Blick auf den zur Verfügung stehenden Raum notwendig verknappten[12] – kritischen Prüfung unterzogen (sogleich unter B) und in einem abschließenden Fazit gegenüber- sowie in einen größeren Zusammenhang gestellt werden (abschließend unter C).

B. Uneingeschränkte Beweiskraft vs. Missbrauchsvorbehalt vs. Rügeverkümmerung

Die der StPO zu Grunde liegende Konzeption des Hauptverhandlungsprotokolls geht (zumindest scheinbar) von einer nur durch den Nachweis der Fälschung (vgl. o.) sowie durch

---

* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Erlangen-Nürnberg und war vorher Inhaber eines strafrechtlichen Lehrstuhls an der Bucerius Law School.

1 So wurden z.B. im Jahr 2006 77,8 % der Revisionen als offensichtlich unbegründet nach § 349 II StPO verworfen und nur 5,9 % durch Urteil entschieden. In 11,6 % aller Fälle wurde das Urteil des Landgerichts durch Beschluss nach § 349 II bzw. IV StPO aufgehoben. Vgl. die Geschäftsstatistik der Strafsenate des BGH für das Jahr 2006, abrufbar unter *http://www.bundesgerichtshof.de/*. Insgesamt sind weniger als 1 % aller Verfahrensrügen erfolgreich, *Nack*, NStZ 1997, 153. Betrachtet man diese Zahlen, so darf man freilich die präventive Funktion der Revisionsmöglichkeit nicht außer Acht lassen.

2 Selbst wenn man die Verfassungsbeschwerde als zusätzlichen Rechtsbehelf hinzunimmt, ändert das nur wenig an diesem Befund, da das BVerfG dazu neigt, im Wege des Prüfungspunktes der Rechtswegerschöpfung eine bestmögliche Ausschöpfung der Revisionsmöglichkeiten voraus zu setzen, vgl. *Reichart*, Beurteilung und Vergleich der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Revision und Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, im Erscheinen 2007/2008.

3 Dazu, welche diese sein können, vgl. nur *Engelhardt,* in: KK-StPO[5], 2003, § 274 Rn. 4 i.V.m. § 273 Rn. 8 ff.; *Meyer-Goßner,* Kommentar zur StPO[50], 2007, § 274 Rn. 8 iVm § 273 Rn. 6 ff.

4 Zu deren Wirkung vgl. nur *Gollwitzer*, in: LR[25], 2001, § 274 Rn. 20; *Kühne,* Strafprozessrecht[7], 2007, Rn. 973; *Volk,* Grundkurs StPO[5], 2006, § 17 Rn. 27.

5 Daneben entfällt die Beweiskraft in den (vorliegend freilich nicht interessierenden) Fällen der inhaltlichen Widersprüchlichkeit bzw. der fehlenden Unversehrtheit des Protokolls (offensichtliche Radierspuren etc.), vgl. *Gollwitzer,* in: LR (Fn. 4), § 274 Rn. 23 ff.; *Meyer-Goßner* (Fn. 3), § 274 Rn. 16 f.

6 So etwa bei den soeben bereits erwähnten absoluten Revisionsgründen nach § 338 StPO, die auf Grund ihrer Wirkung ebenfalls zur Aufhebung eines in der Sache „richtigen" Urteils führen können.

7 *Bosch,* JA 2006, 578, spricht davon, dass die „Beweiskraft (…) dem BGH schon seit längerem ein Dorn im Auge" sei.

8 Vgl. dazu allgemein: *Abdallah*, Die Problematik des Rechtsmißbrauchs im Strafverfahren, 2002 (dazu *Kudlich*, GA 2003, 852 ff.); *Fahl*, Rechtsmißbrauch im Strafprozess, 2003; *Jahn*, Konfliktverteidigung und Inquisitionsmaxime, 1998, sowie *Kudlich*, Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot, 1998.

9 Vgl. BGHSt 51, 88 m. Anm. *Fahl,* JR 2007, 34-38; *Hollaender,* JR 2007, 6-11; *Kudlich,* JA 2007, 154; *Lindemann/Reichling,* StV 2007, 152-156.

10 Vorlagebeschluss abgedruckt in NJW 2006, 3582-3587 m. Anm. *Widmaier* und *Gaede*, HRRS 2006, 409-415; Anfragebeschluss des 1. Senats des BGH in NStZ-RR 2006, 112-115 = StV 2006, 287-290; m. Anm. *Fezer*, StV 2006, 290-292; *Jahn/Widmaier,* JR 2006, 166-170; *Lampe*, NStZ 2006, 366-368.

11 Vgl. BGH (GS), NJW 2007, 2419-2424. Nach der bisherigen, entgegenstehenden Rechtsprechung sollte dagegen eine nachträgliche Protokollberichtigung einer zulässig eingelegten Verfahrensrüge nicht „den Boden entziehen" dürfen, oder anders gewendet: Wurde ein Verfahrensfehler unter Berufung auf das Hauptverhandlungsprotokoll gerügt, so sollte eine eventuelle Protokollberichtigung für diese Verfahrensrüge in der Revision nicht mehr berücksichtigt werden, vgl. nur BGHSt 2, 125, 127; 34, 11, 12, sowie aus der zustimmenden Literatur statt vieler *Gollwitzer,* in: LR (Fn. 4), § 271 Rn. 55 ff. mit zahlreichen w.N.; *Meyer-Goßner* (Fn. 3), § 271 Rn. 26.

12 Vgl. zur Problematik der Rügeverkümmerung näher etwa (noch zum Anfragebeschluss des 1. Strafsenats) *Jahn/Widmaier,* JR 2006, 166-170, sowie *Bosch,* JA 2006, 578-580; *Fezer*, StV 2006, 290-292; *Lampe*, NStZ 2006, 366-368; zur Missbrauchsentscheidung ausführlicher bereits *Kudlich*, HRRS 2007, 9-15, sowie die in Fn. 9 Genannten.

gewisse inzidente Grenzen (so bei nicht unversehrten[13] oder in sich widersprüchlichen Protokollen[14]) limitierten, im übrigen aber unbeschränkten Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls jedenfalls für die wesentlichen Förmlichkeiten aus. Die Ansätze der jüngeren Rechtsprechung bestehen nun darin, entweder für besonders gelagerte Einzelfälle eine Berufung auf das Protokoll nicht zuzulassen (dazu sogleich I.) oder aber hinsichtlich des Inhalts des Protokolls nachträgliche Änderungen zu berücksichtigen (dazu im Anschluss II.). Beide Wege sind im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, aber nach Ansicht des BGH (offenbar) in der StPO zumindest unterschwellig angelegt.

I. „Missbrauch" durch bewusste Berufung auf ein unrichtiges Hauptverhandlungsprotokoll?

Der 3. Strafsenat hatte in seiner Entscheidung vom 11.8.2006 ein Revisionsvorbringen als rechtsmissbräuchlich zurückgewiesen, das – nach Überzeugung des Senats – bewusst auf ein inhaltlich unzutreffendes Hauptverhandlungsprotokoll gestützt worden war. In der Sache ging es um einen Fall, in dem in einem Verfahren mit terroristischem Hintergrund die Verteidigung u.a. rügte, der Angeklagte sei am 126. Sitzungstag ab 11.14 Uhr nicht verteidigt gewesen (vgl. §§ 338 Nr. 5, 140 I Nr. 1 StPO), da im Hauptverhandlungsprotokoll dieses Tages vermerkt ist, dass um 11.10 und um 11.14 beide Verteidigerinnen des Angeklagten nacheinander den Sitzungssaal verlassen hätten. Das Protokoll wurde später berichtigt[15] und auch die Sitzungsmitschriften verschiedener Richter und eines Staatsanwalts wiesen deutlich auf die Anwesenheit einer der beiden Verteidigerinnen während einer zu dieser Zeit stattfindenden Zeugenvernehmung hin. Der Senat war deshalb davon überzeugt, dass eine der beiden Verteidigerinnen entgegen dem ursprünglichen Protokoll zum fraglichen Zeitraum anwesend gewesen ist und dass auch die revisionsführende Anwältin sich dieser Tatsache bewusst war.

1. Ist vom Rechtsmissbrauch die Rede, so ist damit allgemein eine Diskussion angesprochen, die – anknüpfend an die Leitentscheidung BGHSt 38, 111 – insbesondere mit Blick auf die Verteidigungsbefugnisse in der Hauptverhandlung[16] einen gewissen Schwerpunkt in der Mitte der 90er Jahre des 20. Jahrhunderts hatte.[17] Es ist hier weder der Raum, die Missbrauchsdiskussion auch nur annähernd wiederzugeben,[18] noch den Gedankengang des Senats insoweit minutiös nachzuzeichnen. Vielmehr sollen *insoweit* drei Aspekte genügen:[19]

- Als wichtige Strukturfragen einer allgemeinen Missbrauchsdogmatik können die folgenden drei benannt werden:[20] Kann ein „Missbrauchsverbot" überhaupt begründet und insbesondere mit Blick auf den Vorbehalt des Gesetzes legitimiert werden? Bejahendenfalls: Was sind seine Voraussetzungen? Und: Welche Rechtsfolgen kann es (auch in welcher formalen Weise) nach sich ziehen?
- Der Senat verwendet in seiner Entscheidung nur wenig Raum auf die (in der Rechtsprechung selbst noch kaum geleistete!) positive Begründung der Legitimität eines allgemeinen Missbrauchsverbots und geht letztlich auch nur auf einen (durchaus gewichtigen, aber eben keinesfalls einzigen) Einwand gegen ein allgemeines Missbrauchsverbot ein, nämlich den drohenden „Missbrauch des Rechtsmissbrauchsarguments".[21]
- Insgesamt sprechen die besseren Gründe dafür, ein ungeschriebenes Missbrauchsverbot auch im Strafprozessrecht jedenfalls nicht von vorneherein für ausgeschlossen zu halten,[22] soweit es dadurch nicht im konkreten Einzelfall zu einem klaren Überspielen des Wortlauts bei einer ersichtlich als abschließend beabsichtigten Regelung kommt (was jedenfalls in dieser Allgemeinheit für das Strafverfahrensrecht nicht angenommen werden kann). Freilich muss dafür in der konkreten Situation dargetan werden, dass die Zweckwidrigkeit – und zwar nicht gemessen am Zweck des Strafverfahrens als Institution oder am Zweck des Strafverfahrensrechts insgesamt, sondern am Zweck der *jeweils betroffenen Befugnis* – ein Maß erreicht, das es gerechtfertigt erscheinen lässt, als Ausnahme von der gesetzlichen Regelanordnung die Ausübung einer prozessualen Befugnis als unzulässig anzusehen[23] oder sie für die Zukunft sogar völlig zu entziehen bzw. einzuschränken.

2. Aber auch, wenn man die Geltung eines *allgemeinen* Missbrauchsverbots im Strafverfahrensrecht einmal unterstellt, ist damit noch nicht entschieden, dass speziell bei der bewussten Berufung auf ein unwahres Protokoll ein Fall des Missbrauchs vorliegt. Betrachtet man nämlich den (tatsächlichen) Zweck der angeblich missbrauchten Vorschrift und stellt auf dieser Grundlage die Frage nach einer „Nichtverfolgung" dieses Zwecks in einer Weise, deren Gefahr mit der Einräumung der Befugnis als solcher nicht mehr oder weniger notwendig verbunden ist, scheint auf den ersten Blick vorliegend ein solcher Missbrauch auszuscheiden: Der Zweck der hier in Rede stehenden – nur in ihrem Zusammenspiel angemessen

---

[13] Z.B. bei Durchstreichungen, Radieren oder Überschreiben, vgl. RGSt 27, 169, 170.

[14] Vgl. dazu *Gollwitzer,* in: LR (Fn. 4), § 274 Rn. 26; *Engelhardt,* in: KK-StPO (Fn. 3), § 274 Rn. 11; *Schlüchter/Frister*, in: SK-StPO[52. Lieferung], März 2007, § 274 Rn. 20.

[15] Was im vorliegenden Fall – da zeitlich vor der Entscheidung des Großen Senats gelegen – für sich genommen noch zu keiner Rügeverkümmerung geführt hatte!

[16] Schon diese kurze Einordnung zeigt – nebenbei bemerkt –, dass es sich bei den „unwahren Verfahrensrügen" um ein Phänomen handelt, das in einem deutlich anderen Kontext steht als dem der Ausgestaltung der Hauptverhandlung.

[17] So waren Aspekte des Themas kurz nacheinander Gegenstand der strafrechtlichen Abteilung des 60. Deutschen Juristentags 1994, des 20. Strafverteidigertages 1996 sowie des 6. Strafrechtsfrühjahrssymposiums des DAV 1996. Umfangreiche Nachweise zur Diskussion in dieser Zeit (statt aller nur *Fischer*, NStZ 1997, 212-217; *Kempf,* StV 1996, 507-511; *Kröpil,* DRiZ 1996, 448-452; *ders.*, ZRP 1997, 9-13.; *ders.*, JuS 1997, 354-358; *ders.*, JR 1997, 315-317; *ders.*, JZ 1998, 135-136; *Kühne*, StV 1996, 684-689; *Niemöller*, StV 1996, 501-506; *Rüping*, JZ 1997, 865-869) in den Monographien von *Jahn* (Fn. 8) und *Kudlich* (Fn. 8). Aus jüngerer Zeit etwa die Entscheidung BayObLG, NStZ 2004, 647 = StV 2005, 12 = HRRS 2005, 7 f. m. Anm. *Kudlich*, HRRS 2005, 10-15.

[18] Vgl. vertiefend nochmals die Nachweise in Fn. 8 und 17.

[19] Zum Folgenden bereits näher *Kudlich*, HRRS 2007, 9-15.

[20] Vgl. *Kudlich*, HRRS 2005, 10, 12, sowie ausführlicher auch bereits *ders.* (Fn. 8), passim, insb. S. 189 ff., 248 ff.

[21] Hierzu führt der Senat zutreffend aus, „dass seit der grundlegenden Anerkennung eines allgemeinen Missbrauchsverbotes durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in BGHSt 38, 111 nunmehr fast 15 Jahre vergangen sind, ohne dass sich diese Befürchtung bestätigt hätte. Die sehr seltenen Entscheidungen, in denen davon Gebrauch gemacht worden ist, belegen eine ausgesprochene Zurückhaltung der Praxis." – ein (vom Verfasser im Übrigen schon vor rund 10 Jahren optimistisch prognostizierter, vgl. *Kudlich* [Fn. 8], S. 359 f.) Befund, dem ohne Zweifel zuzustimmen ist.

[22] Ausführlicher *Kudlich*, HRRS 2005, 10, 12 f.; vgl. ferner vertiefend *Kudlich* (Fn. 8), S. 60 ff., zusammenfassend 249 ff., sowie *Fahl* (Fn. 8), S. 68 ff.

[23] So etwa im (zutreffend entschiedenen) Fall BGHSt 40, 287 m. Anm. *Kudlich*, JuS 1997, 507-511 (missbräuchliche Verknüpfung zwischen Bedingung und Antragsinhalt beim Hilfsbeweisantrag).

zu beurteilenden – Befugnisse bzw. Vorschriften liegt darin, dass der beschwerte Verfahrensbeteiligte ein Urteil durch das Revisionsgericht mit dem Ziel der Aufhebung überprüfen lassen kann und dass er sich dabei im Rahmen des Beweises von Verfahrensfehlern grundsätzlich auf das (mit Beweiskraft ausgestattete, vgl. § 274 StPO) Hauptverhandlungsprotokoll berufen kann. Genau diese Zwecke – nämlich Überprüfung und Aufhebung des Urteils und Beweis eines behaupteten Verfahrensfehlers – werden durch das prozessuale Verhalten vorliegend verfolgt.

Die „Verlängerung" des Verfahrens bei einem erfolgreichen Rechtsmittel ist durch das Rechtsmittelrecht als solches sicher eingeplant; auch dass Rechtsmittel erfolgreich sein können, obwohl sich bei einem späteren Urteil in der Sache nichts ändert, ist jedenfalls bei absoluten Revisionsgründen (wie dem hier möglicherweise einschlägigen § 338 Nr. 6 StPO – Fehlen einer Person, deren Anwesenheit in der Hauptverhandlung das Verfahrensrecht vorschreibt, vgl. § 140 StPO) ebenfalls systemimmanent; und dass schließlich die Statuierung einer nur schwer widerlegbaren formellen Beweiskraft dazu führen kann, dass materiell unwahre Vorgänge als bewiesen gelten, liegt ebenfalls in der Natur der Sache und ist damit institutionell verankert.

3. Dass der Senat meint, gleichwohl auf den Missbrauchsgedanken rekurrieren zu können, begründet er – etwas mäandernd – im Ergebnis damit, dass es sich eben gerade um eine bewusst unwahre Rüge handelt. Denn die Möglichkeit einer Verfahrensrüge und damit auch der § 274 StPO dienten nur der Korrektur *tatsächlich* geschehener Verfahrensfehler. § 274 StPO schaffe keine eigene „prozessuale Wahrheit", sondern regele nur die Beweismöglichkeiten für bestimmte Behauptungen. Ob diese Behauptungen zulässig seien oder nicht, sei damit noch nicht entschieden.

Nun greift dieses Abstellen auf „objektiv unwahre" Ergebnisse möglicherweise zu kurz, wie ein Vergleich mit dem – in der Missbrauchsdiskussion eine dominierende Rolle spielenden[24] – Beweisantragsrecht zeigt. Selbstverständlich darf grundsätzlich ein Beweisantrag gestellt werden, dessen Ergebnis die Anklage erschüttert, obwohl diese im Ergebnis „objektiv" zutreffend ist.[25] Die materielle Richtigkeit oder Unrichtigkeit ist damit nicht entscheidend. Wenn das aber selbst für das Beweisantragsrecht gilt, das genuin der Teilhabe an der prozessualen Wahrheitsfindung dient, könnte dies erst Recht für die Befugnisse im Zusammenhang mit dem Angriff auf ein Urteil in der Revision Geltung beanspruchen. Andererseits kann man gegen diesen Gedankengang einwenden, dass außerhalb des Anwendungsbereichs des § 274 StPO auch schon vor dieser Entscheidung bewusst unwahre Verfahrensrügen als unzulässig behandelt wurden. Der Unterschied zum eben genannten Beispiel des Beweisantragsrechts würde dann möglicherweise darin liegen, dass nicht nur das Ergebnis „materiell unrichtig wird", sondern dass in der ganz konkreten Prozesshandlung auf dem Weg zu diesem Ziel die Unwahrheit gesagt wird. Oder anders gewendet: die bewusst unwahre Verfahrensrüge wäre insoweit eher mit der Benennung eines Zeugen vergleichbar, von dem der Verteidiger *sicher weiß*, dass er die Unwahrheit sagen wird – was ihm nach h.M. durchaus untersagt ist.[26]

4. Damit verengt sich das Problem tatsächlich auf die Frage, ob bzw. in welchem prozessrechtlich relevanten Umfang durch die Beweisregel des § 274 StPO nicht doch ein „eigener Realitätsbegriff"[27] für das Revisionsrecht geschaffen wird. Dies wird davon abhängen, ob mit dem Senat die strikte Trennung zwischen tatsächlicher bzw. behaupteter Wahrheit und ihrer Beweisbarkeit aufrecht erhalten werden kann und muss.

a) Nun ist dem Senat sicher darin zuzustimmen, dass eine Behauptung nicht durch ihre prozessuale Beweisbarkeit „wahr" wird und dass deshalb aus der Beweisbarkeit nicht *zwingend* auch die Zulässigkeit einer (materiell unwahren) Behauptung folgt. Umgekehrt ist damit aber auch noch nicht ausgemacht, dass wegen der *Möglichkeit einer gedanklichen Trennung* von „Wahrheit", „Behauptbarkeit" und „Beweisbarkeit" Letzteres *strafprozessrechtlich* keinesfalls auf die ersten beiden Kategorien zurückwirken würde. Vielmehr spricht einiges gegen diese strikte Trennung.

b) Der im Anwendungsbereich des § 274 StPO besonders starke Zusammenhang zwischen Beweisbarkeit und Behauptbarkeit wird – gleichsam im umgekehrten Sinne – schon dadurch erhellt, dass durch die Beweiskraft des § 274 StPO gestützte „Behauptungen" eben nicht widerlegt werden können. Zum Vergleich: Nach allgemeinen Regeln „beweisbar" ist auch eine Behauptung, für die nur ein diese Behauptung beteuernder Zeuge benannt werden kann; bestätigt dieser die Behauptung, sagt dies aber noch nichts darüber aus, ob das Gericht ihm Glauben schenken wird. Dagegen steht die „Glaubwürdigkeit" des Hauptverhandlungsprotokolls (abgesehen von den Fällen einer Berichtigung, einer Fälschung oder einer ausnahmsweisen Durchbrechung der Beweiskraft) an sich gerade nicht zur Disposition des Gerichts.[28]

c) Dass ferner eine formelle Bewertung auch i.S. eines „eigenen Realitätsbegriffs" trotz des Grundsatzes der materiellen Wahrheit im Strafverfahren jedenfalls für die Revision durchaus kein Fremdkörper ist, lässt sich auch an anderen Konstellationen zeigen. Besonders deutlich wird das bei der Möglichkeit der Rechtsmittelbeschränkung: Beschränkt sich etwa ein Angeklagter bei einer für ihn zu Unrecht günstigen Sachverhaltsfeststellung mit gleichzeitig rechtsfehlerhaften Ausführungen zu seiner Strafbarkeit bei seiner Revision auf die Erhebung der Sachrüge, wird diese dann möglicherweise *auf der Grundlage der fehlerhaften Feststellungen* einen ungerechtfertigten Freispruch zur Folge haben. Noch deutlicher wird das, wenn der Revisionsführer sich bei einer ihn fehlerhaft „begünstigenden" Feststellung und einem fehlerhaft unvollständigen Schuldspruch auf einen Angriff der (revisibel fehlerhaft) zu strengen Strafzumessung beschränkt. Auch hier müsste das Revisionsgericht trotz eines bewussten Ausnutzens

---

[24] Vgl. etwa monographisch *Eschenhagen*, Der Mißbrauch des Beweisantragsrechts, 2001; *Spiekermann*, Der Mißbrauch des Beweisantragsrechts, 2001; zu beiden vgl. auch *Kudlich*, JA 2002, 580-585.

[25] Also exemplarisch: Ein Beweisantrag, der auf die generelle Unzuverlässigkeit eines im konkreten Fall den Angeklagten zu Recht belastenden Zeugen mit der Folge abzielt, dass das Gericht diesem Zeugen keinen Glauben schenkt; vgl. auch *E. Müller*, in: Widmaier (Hrsg.), MAH Strafverteidigung, 2006, § 55 Rn. 20, sowie bereits *Kudlich*, HRRS 2005, 10, 14.

[26] BGHSt 29, 99, 107; BGH, NJW 2000, 2433, 2435; *Beulke*, FS Roxin, 2001, S. 1174, 1192; *Tröndle/Fischer,* StGB[54], 2007, § 258 Rn. 11. Das gilt allerdings nicht, solange der Verteidiger lediglich Zweifel an der Richtigkeit der Zeugenaussage hegt.

[27] Vgl. *E. Müller,* in: Widmaier (Fn. 25), § 55 Rn. 34.

[28] Insofern hat die Argumentation (jedenfalls gemessen am üblichen Verständnis der Beweiskraft des Protokolls) durchaus etwas Zirkuläres, wenn eine Berufung auf das Protokoll deswegen als missbräuchlich angesehen wird, weil das Revisionsgericht außerhalb der bislang anerkannten Fallgruppen dem Inhalt des Protokolls keinen Glauben schenken will.

fehlerhafter Grundlagen für diese Strafzumessung der Rüge zum Erfolg verhelfen. Auf die Idee eines „Missbrauchs des Eintretenlassens der horizontalen Teilrechtskraft" käme ernstlich wohl niemand. Beide Vergleichsfälle erscheinen sogar argumentativ um so gewichtiger, weil ihre Auswirkungen – Aufhebung des Strafausspruchs oder sogar Erfordernis eines Freispruchs – noch weiter gehen, als wenn die Feststellungen aufgehoben werden und bei einer neuen Verhandlung „in der Sache" ein mehr oder weniger identisches Ergebnis herauskommt.

d) Schließlich steht der Annahme einer „eigenen Revisionsrealität", die durch die Anträge und die zum Beweis der Anträge zugelassenen Beweismittel geprägt wird, auch die grundsätzliche Wahrheitspflicht des Verteidigers nicht notwendig entgegen: Zum einen ist letztere im Gesetz nirgends explizit statuiert und damit nicht deutlicher ausgeprägt als der durch § 274 StPO zumindest auf den ersten Blick entstehende Anschein einer „formellen Revisionswahrheit". Zum anderen kann die aus Ermittlungs- und Hauptverfahren bekannte Wahrheitspflicht – auch wenn die Wahrheitsermittlung als ein (freilich anerkanntermaßen besonders häufig durchbrochenes) Ziel des Strafverfahrens betrachtet wird[29] – kaum eins zu eins auf das Revisionsvorbringen übertragen werden. Denn in der Revision geht es unmittelbar eben nicht mehr um die *Rekonstruktion* der dem Beschuldigten *vorgeworfenen Tat*, sondern um die *Überprüfung* des *tatrichterlichen Urteils*.

II. Rügeverkümmerung durch nachträgliche Protokollberichtigung?

Einen Weg, der nicht den Stolpersteinen der allgemeinen Missbrauchsdogmatik ausgesetzt ist, hat in seiner Entscheidung vom 23.4.2007 der Große Strafsenat auf Vorlage des 1. Senats beschritten, indem er zugelassen hat, dass bei der Entscheidung über eine Revision auch ein zum Nachteil des Protokollführers geändertes Hauptverhandlungsprotokoll berücksichtigt werden kann – mit der Folge, dass die Beweiskraft des Protokolls entfällt (und dann ggf. über den gerügten Sachverhalt im Freibeweisverfahren entschieden werden muss). In der Sache ging es um die Rüge der Verletzung des § 243 III 1 StPO, die zu einem Zeitpunkt erhoben worden war, zu dem die Sitzungsniederschrift noch keinen Hinweis auf die Verlesung des Anklagesatzes enthielt. Erst nach der Revisionsbegründung ergänzten der Vorsitzende und die Urkundsbeamtin das Protokoll dahingehend, dass eine ordnungsgemäße Verlesung des Anklagesatzes erfolgt sei, was später auch die Staatsanwaltschaft bestätigte. Die Urkundsbeamtin verwies auf einen Übertragungsfehler bei Erstellung der Protokollreinschrift, da die in der Hauptverhandlung erstellten stenografischen Notizen noch einen Hinweis auf die Verlesung enthielten.

1. Ebenso wie zum allgemeinen Missbrauchsverbot sind zur Protokollberichtigung und einer etwaigen Beschränkung ihrer Wirkung i.S. eines Ausschlusses der nachträglichen Rügeverkümmerung in der StPO selbst keine expliziten Regelungen enthalten: So ist schon die Protokollberichtigung als solche in der StPO nicht geregelt, sondern wird „nur" in den (untergesetzlichen) Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren[30] als mögliche Praxis im Verfahren vorausgesetzt (vgl. Nr. 161 RiStBV, wo im Übrigen auch keine materiellen Voraussetzungen für eine Berichtigung genannt sind). Entsprechend sind Einschränkungen der Berichtigungsmöglichkeit bzw. -wirkung naturgemäß erst Recht nicht näher beschrieben. Auch aus formallogischen Strukturen lässt sich kein klares Ergebnis ableiten: Denn einerseits mag man darauf abstellen, dass eine Protokollberichtigung zugleich einen „Widerruf der früheren Beurkundung" enthält und dieser damit die absolute Beweiskraft entzieht;[31] andererseits könnte man betonen, dass es ja gerade um die Frage geht, *ob* die gesetzlich nicht vorgesehene Berichtigung im konkreten Fall überhaupt stattfinden bzw. Wirkung entfalten darf. Letztlich müssen daher die Sachargumente[32] für oder wider eine nachträgliche Rügeverkümmerung durch Protokollberichtigung entscheiden.

2. Gegen die Berücksichtigung einer nachträglichen Protokollberichtigung nach zulässig erhobener Verfahrensrüge wird zunächst mit Blick auf die Struktur des Verfahrens angeführt, durch § 274 StPO räume der Gesetzgeber der Zweckmäßigkeit einen Vorrang vor der „absoluten Wahrheit" ein; diesen dürfe der Beschwerdeführer auch nutzen, da er keine andere Möglichkeit zur Begründung seiner Verfahrensrüge habe.[33] Mit Blick auf die praktischen Schwierigkeiten einer Berichtigung wird ferner auf das nachlassende Erinnerungsvermögen der Urkundspersonen hingewiesen, das im Einzelfall fehlerhafte Berichtigungen befürchten lasse. Über das jeweils konkret betroffene Verfahren hinaus wird schließlich die „disziplinierende Wirkung" des § 274 StPO erwähnt, der die Urkundspersonen zu peinlichster Genauigkeit anhalten solle.[34]

3. Demgegenüber betont der Große Strafsenat die Verpflichtung auch der Revisionsgerichte auf die Wahrheit, welche nicht in eine „materielle" und eine „prozessuale Wahrheit" aufgespaltet werden könne. Hier begegnet uns wieder das – angreifbare, vgl. o. – Argument, die „Beweisregel des § 274 StPO" schaffe „keinen von der (objektiven) Wahrheit abweichenden Wahrheitsbegriff." Des Weiteren wird mit den Vorteilen argumentiert, die unter den Oberpunkt „Ersparnis einer neuen Hauptverhandlung" (mit möglicherweise identischem Ausgang) gestellt werden könnten: Zum einen führe die Protokollberichtigung hier zu einer Verfahrensbeschleunigung, die letztlich auch im Interesse des Angeklagten liege; zum anderen werde Opferschutzgesichtspunkten Rechnung getragen, wenn die mitunter sehr belastende Hauptverhandlungssituation dem Opfer ein zweites Mal erspart werde. Zuletzt wäre die Protokollberichtigung ein effektiver und eleganter Weg, drohenden Schwierigkeiten und Missständen im Revisionsrecht „auf beiden Seiten" vorzubeugen, nämlich den im vorherigen Abschnitt behandelten „missbräuchlichen" (da bewusst unwahren) Verfahrensrügen (die auf Grund eines geänderten „Berufsethos" der Anwaltschaft zu einem potentiellen Problem geworden seien) einerseits und den wenig überzeugenden Versuchen der Revisionsgerichte, die „Rechtsprechung zu offensichtlichen Mängeln des Protokolls" gleichsam im „Not-

---

[29] Zur Wahrheitsermittlung als Verfahrensziel vgl. nur BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 61; *Pfeiffer,* Kommentar zur StPO[5], 2005, Einl. Rn. 6; *ders*., in: KK-StPO (Fn. 3), Einl. Rn. 7; fast schon geflügelt ist dabei aber das Wort, dass sich eine Wahrheitsfindung „um jeden Preis" verbiete, vgl. nur BGHSt 14, 358, 365; 31, 304, 309.

[30] Die Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) vom 01.01.1977 geändert mit Wirkung zum 01.08.2006 sind unter http://www.bmj.bund.de/files/-/1291/RiStBV%20Stand%201.08.2006.pdf abrufbar.

[31] Insoweit zutreffend BGH (GS), NJW 2007, 2419, 2421 (Rn. 40).

[32] Vgl. zu diesen neben den nachfolgenden Nachweisen insbesondere auch Rn. 25 ff. und 34 ff. in der Entscheidung des Großen Strafsenats, NJW 2007, 2419, 2421 (jeweils m.w.N.), der diese Argumente im Wesentlichen benennt.

[33] BGHSt 2, 125, 126 f.; OGHSt 1, 277, 280.

[34] Zutreffend kritisch *Bosch,* JA 2006, 578, 579.

stand" einer sonst drohenden Urteilsaufhebung ganz unangemessen auszudehnen,[35] andererseits.

Die offenbar durchaus auch selbst gespürte „Härte" einer solchen Rügeverkümmerung versucht der Große Strafsenat durch einige verfahrensmäßige Sicherungen in einem System von Benachrichtigungspflichten, Widerspruchsmöglichkeiten und Würdigung des Protokolls durch das Revisionsgericht abzufedern:

„Die Absicht der Berichtigung ist dem Beschwerdeführer – im Fall einer Angeklagtenrevision zumindest dem Revisionsverteidiger – zusammen mit dienstlichen Erklärungen der Urkundspersonen mitzuteilen. Diese Erklärungen haben die für die Berichtigung tragenden Erwägungen zu enthalten (…). Daneben sollten gegebenenfalls während der Hauptverhandlung getätigte Aufzeichnungen, welche den Protokollfehler belegen, in Abschrift übermittelt werden. Dem Beschwerdeführer ist innerhalb angemessener Frist rechtliches Gehör zu gewähren. Widerspricht der Beschwerdeführer daraufhin der beabsichtigten Protokollberichtigung substantiiert (…), so sind erforderlichenfalls weitere dienstliche Erklärungen und Stellungnahmen der übrigen Verfahrensbeteiligten einzuholen. (…) Halten die Urkundspersonen die Niederschrift weiterhin für inhaltlich unrichtig, so haben sie diese gleichwohl zu berichtigen. In diesem Fall ist ihre Entscheidung über die Protokollberichtigung (…) mit Gründen zu versehen. Die Gründe der Berichtigungsentscheidung unterliegen im Rahmen der erhobenen Verfahrensrüge der Überprüfung durch das Revisionsgericht. Tragen sie die Berichtigung, so ist das berichtigte Protokoll zugrunde zu legen. Allerdings kommt dem berichtigten Teil des Protokolls nicht die formelle Beweiskraft des § 274 StPO zu. Verbleiben dem Revisionsgericht Zweifel, ob die Berichtigung zu Recht erfolgt ist, kann es den Sachverhalt im Freibeweisverfahren weiter aufklären. (…) Verbleiben dem Revisionsgericht auch nach seiner Überprüfung Zweifel an der Richtigkeit des berichtigten Protokolls, hat es seiner Entscheidung das Protokoll in der ursprünglichen Fassung zugrunde zu legen."[36]

4. Trotz dieser Bemühungen um eine verfahrensmäßige Abmilderung der Konsequenzen und mitunter fast beschönigend wirkenden (und etwa zum Beleg einer dennoch erfolgenden Anknüpfung an bestehende Rechtsprechungstraditionen die eine Rügeverkümmerung zulassende Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts heranziehenden) Formulierungen kann nicht verborgen bleiben, dass die Rechtsprechungsänderung zur nachträglichen Protokollberichtigung – viel stärker noch als die auf Extremfälle beschränkte Entscheidung zum Missbrauch – die Funktion des Hauptverhandlungsprotokolls mehr oder weniger grundlegend uminterpretiert und damit das Verhältnis zwischen Tatgericht, Revisionsführer und Revisionsgericht auf ganz andere Grundlagen stellt. In der Sache erscheint dieses neue Verständnis nicht begrüßenswert. Dies beginnt damit, dass – wie oben im Zusammenhang mit der Missbrauchsdebatte gezeigt – gute Gründe dafür sprechen, § 274 StPO doch eine weitergehende, in einem gewissen Sinne „prozessuale Wahrheiten" schaffende Wirkung zuzusprechen. Auch wird unter teleologischen Aspekten die zentrale Funktion des § 274 StPO, allen Prozessbeteiligten in der höheren Instanz Beweisschwierigkeiten zumindest grundsätzlich zu ersparen[37] und dadurch effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen,[38] erheblich in Mitleidenschaft gezogen.

Aber auch die praktischen Konsequenzen der Entscheidung samt den Handreichungen zum „Verfahren" bei nachträglicher Protokollberichtigung können nicht recht überzeugen: Zunächst wäre es bei Zulassung einer Rügeverkümmerung ein Gebot der Fairness, dem Beschwerdeführer die Möglichkeit zu geben, seine Revisionsbegründung „nachzubessern", womit sich bereits der behauptete Beschleunigungseffekt – den auch für den Beschwerdeführer in Anspruch zu nehmen im Übrigen recht paternalistisch erscheint – in sein Gegenteil verkehren würde.[39] Aber auch schon das eingeräumte „Widerspruchsrecht" der „Gegenpartei" droht bei der Revision der Verteidigung zumindest partiell leer zu laufen: Man stelle sich nur vor, der revisionsführende Verteidiger widerspricht der übereinstimmenden Darlegung von Richter und Urkundsbeamtem, welche eine Berichtigung anstreben. Zum einen steht kaum zu erwarten, dass das Revisionsgericht Tatrichter und Urkundsbeamtem die Gefolgschaft verweigern wird (und es ist auch gar nicht ersichtlich, anhand welcher Kriterien die Glaubwürdigkeit beurteilt werden soll). Zum anderen begibt sich der Verteidiger hier leicht in die Gefahr des Verdachts einer Strafbarkeit wegen Strafvereitelung. Schenkt das Revisionsgericht nämlich der diametral entgegengesetzten Aussage der Urkundspersonen Glauben, so steht aus seiner Sicht ja schon fest, dass der widersprechende Verteidiger zumindest objektiv die Unwahrheit gesagt hat.[40]

All diese Einwände gewinnen zusätzlich an Gewicht, wenn man berücksichtigt, dass *schlussendlich* ja auch unter Berücksichtigung des vermeintlich (!) falschen Protokolls *kein materiell unrichtiges* Ergebnis droht. Denn die entsprechende Rüge wird nicht zu einem Freispruch, sondern praktisch immer nur zu einer Zurückverweisung und Neuverhandlung führen, in der dann – verfahrensgerecht und ordnungsgemäß protokolliert – die Verurteilung erfolgen kann, wenn die Voraussetzungen hierzu vorliegen.

C. Fazit, Einordnung und Ausblick

Zieht man aus den bisherigen Überlegungen ein vorläufiges Fazit, wird zweierlei deutlich: Zum einen sind beide Wege in der neueren Rechtsprechung des BGH, die zur Relativierung der Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls beschritten werden, argumentativ gewichtigen Einwänden ausgesetzt. Die „Missbrauchslösung" krankt daran, dass eine klare Zweckbestimmung dahingehend, dass § 274 StPO nur Beweiskraft hinsichtlich tatsächlich stattgefundener oder solcher unrichtig protokollierter Vorgänge entfaltet, die ohne Kenntnis der Unrichtigkeit gerügt werden, nicht begründet werden kann. Hinzu kommt, dass der Revisionsführer mit seiner Verfahrensrüge und der Beweisführung mittels des Protokolls sowohl die Prozessbefugnis der Rechtsmitteleinlegung als auch das Institut der Beweiskraft des Protokolls zu den Zwecken gebraucht, zu denen sie geschaffen sind. Die „Rügeverkümmerung kraft Protokollberichtigung" kann als noch weitergehende Aushöhlung der Beweiskraft ebenfalls nicht überzeugen, zumal die vom Großen Senat gegebenen Hinweise

---

[35] Vgl. nur *Ventzke,* StV 2004, 300.

[36] Vgl. BGH (GS), NJW 2007, 2419, 2424 (Rn. 65).

[37] Vgl. dazu auch bereits näher *Bosch,* JA 2006, 578, 579 f.

[38] Vgl. *Jahn/Widmaier,* JR 2006, 166, 169; *Bosch,* JA 2006, 578, 580.

[39] Ganz zutreffend *Bosch,* JA 2006, 578, 580.

[40] Im Streit um die Abgrenzung zwischen Strafverteidigung und Strafvereitelung verwendet die Rspr. die Formel, der Verteidiger müsse sich jeder bewussten Verdunkelung des Sachverhalts enthalten (BGHSt 2, 375, 377; zum „Lügenverbot" *Altenhain*, in: NK-StGB[2], 2005, § 258 Rn. 34; *Stree,* in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Kommentar zum StGB[27], 2006, § 258 Rn. 20).

zur praktischen Handhabung große Schwierigkeiten erwarten lassen. Für beide Lösungswege schließlich gilt, dass die strenge Formalisierung des Beweisrechts hinsichtlich der Geschehnisse in der Hauptverhandlung sowie die auch sonst in der Revisionsinstanz durchaus bekannte „Schaffung einer eigenen prozessualen Wirklichkeit" nicht angemessen berücksichtigt zu werden scheinen.

Zum anderen ist die Missbrauchslösung – wenngleich dogmatisch vielleicht noch angreifbarer – für die Verteidigung immer noch das „kleinere Übel",[41] da sie auf die zur Überzeugung des Gerichts feststehend *bewusst unwahre* Rüge beschränkt ist. Wie auch in der allgemeinen Diskussion zu einem ungeschriebenen Missbrauchsverbot im Strafverfahrensrecht[42] wird hier deutlich, dass die Lösung von Extremfällen über eine Missbrauchsklausel – so unbefriedigend dieser Weg als gleichsam offen eingestandene methodische Aporie ist – ein Ausweg sein kann, um auf weiter reichende, eine größere Zahl von Prozesssubjekten treffende Maßnahmen verzichten zu können: Dass es etwa im der Entscheidung des 3. Senats zu Grunde liegenden Fall angesichts des umfangreichen Verfahrens und der scheinbar glasklaren Ergebnisse im Rahmen der eingeholten Stellungnahmen dem Senat misslich vorgekommen wäre, das Urteil aufzuheben, ist unschwer nachvollziehbar (was nicht heißt, dass ein Revisionsgericht nicht auch einmal eine solche „missliche Entscheidung" treffen sollte!). Die alternativen „Lösungsmöglichkeiten" – neben der Rügeverkümmerung durch Protokollberichtigung wären *de lege ferenda* etwa ein generelles Zurückstutzen der (das Problem der unwahren Rüge ja erst in voller Schärfe zutage treten lassenden) absoluten Revisionsgründe oder aber eine generelle Aufweichung der Beweiskraft des Protokolls vorstellbar – treffen die Verteidigung noch sehr viel härter. Lässt nämlich der „Missbrauchsvorwurf" letztlich die Beweiskraft des Protokolls als Institution unberührt,[43] führt die Berücksichtigung der im Gesetz nicht vorgesehenen Berichtigung zum Nachteil des Revisionsführers nach bereits zulässig eingelegter und einschlägig begründeter Revision zu einer echten partiellen Aushöhlung der Beweiskraft.

Freilich darf dieses Phänomen nicht nur isoliert als Schwächung der Stellung des Angeklagten und seines Verteidigers interpretiert werden: Dies weniger, weil der Große Senat betont, dass die Rügeverkümmerung auch bei Revisionen von Staatsanwaltschaft und Nebenklage auftreten kann, denn deren Anteil bei den auf das Protokoll gestützten Verfahrensrügen ist so gering, dass man nicht ernsthaft behaupten könnte, diese Rechtsprechungsänderung treffe beide Seiten gleichmäßig. Vielmehr scheint mir die Berichtigungsmöglichkeit und vor allem die vom Großen Senat dann für bestimmte Verfahrenssituationen den Revisionsgerichten eingeräumte Möglichkeit, die Begründung der und den Widerspruch gegen die Berichtigung zu würdigen, in den größeren Kontext einer Erweiterung der Entscheidungsmöglichkeiten und auch der Möglichkeiten einer teilweisen Rekonstruktion der Hauptverhandlung durch die Revisionsgerichte zu stellen zu sein. Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Überprüfung der Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung durch den BGH oder die (vom BVerfG zu Recht „zurückgestutzte"[44]) ausufernde Interpretation des § 354 Ia StPO zur Schuldspruchberichtigung, aber auch einzelne einschränkende Entscheidungen zur „Relativierung absoluter Revisionsgründe"[45] sind deutliche Symptome eines allmählichen Paradigmenwechsels. Die ursprünglich stark beschnittene Wirkungsmächtigkeit des Revisionsgerichts, welches Fehler des tatrichterlichen Urteils beseitigen, aber nicht ohne weiteres eine richtige Entscheidung in der Sache garantieren kann, wird zunehmend vergrößert (wobei umgekehrt ständig steigende Begründungsanforderungen dazu führen, dass die Beschwerdeführer nicht immer selbst in der Hand haben, diese gestiegene Wirkungsmächtigkeit auch für ihre Zwecke einzusetzen). In dieses Selbstverständnis eines Revisionsgerichts, das „eigentlich" unangreifbare Urteile z.B. mit Hilfe von im Einzelfall für das Tatgericht nur schwer vorhersehbaren Darlegungsanforderungen aufhebt, wenn sie ihm in der Sache als falsch erscheinen, passt es umgekehrt auch, Urteile durch Schuldspruchberichtigung oder Annahme einer Rügeverkümmerung „zu halten", obwohl diese „eigentlich" an einem revisiblen Rechtsfehler leiden. Wird irgendwann einmal das Projekt „Gesamtreform der StPO" angegangen, wird darüber nachzudenken sein, ob auch die Bindungen der Revisionsgerichte behutsam gelockert werden müssen. In die noch geltende Struktur des Verhältnisses zwischen Tat- und Revisionsgericht sowie der Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls lassen sich dagegen die aktuellen Tendenzen der Rechtsprechung nicht harmonisch einfügen. ■

[41] Vgl. zu diesem Aspekt bereits *Kudlich*, HRRS 2007, 9, 15.

[42] Vgl. *Kudlich* (Fn. 8), S. 358, 371.

[43] Der Missbrauchsvorwurf ist ja gerade dadurch gekennzeichnet, dass ein Rechtsinstitut zweckwidrig eingesetzt wird, d.h. das Institut als solches und der mit ihm an sich verfolgte Zweck werden gerade anerkannt und als Maßstab herangezogen.

[44] Vgl. BVerfG, StV 2007, 393-399; krit. bereits *Jahn/Kudlich*, NStZ 2006, 340-342.

[45] Vgl. nur BGH, NJW 1999, 3060 = NStZ 1999, 475 m. Anm. *Gössel* NStZ 2000, 181 = StV 2000, 244 m. Anm. *Park*, sowie BGH, StV 2000, 248 m. Anm. *Ventzke*.

Keine Ausgabe mehr verpassen?

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

Dr. Marco Hartmann-Rüppel und Peter Philipp Engelhoven, Hamburg/Brüssel*

Amtshaftung der Kommission im Fusionskontrollverfahren

– Besprechung der Entscheidung des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache T-351/03 - *Schneider Electric SA* / Kommission der Europäischen Gemeinschaften –

Am 11. Juli 2007 hat das Europäische Gericht erster Instanz (EuG) erstmals einer Schadensersatzklage, gestützt auf die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft für das Handeln ihrer Organe nach Art. 288 II EG wegen eines formalen Fehlers im Fusionskontrollverfahren, stattgegeben. Anlass der Klage war die rechtswidrige Untersagung eines Zusammenschlusses, der Übernahme von Legrand durch Schneider Electric, durch die Europäische Kommission. Nach Ansicht des EuG habe die Europäische Kommission bei ihrer Entscheidung die Verteidigungsrechte von Schneider Electric missachtet und damit gegen Art. 18 I und III Fusionskartellverordnung (FKVO)[1] verstoßen. Das EuG wertete dies als nicht zu rechtfertigenden Rechtsverstoß der Kommission, der einen Schadensersatzanspruch begründen kann.

A. Einleitung

Das EuG befasste sich in der vorliegenden Entscheidung mit der Frage, ob durch eine rechtswidrige Fusionsuntersagung ein Schadensersatzanspruch der betroffenen Unternehmen entstehen kann.[2] Die Beantwortung dieser Frage richtet sich nach den Grundsätzen der Haftung für fehlerhafte Amtstätigkeit der Organe der Gemeinschaft. Diese Haftungsgrundsätze sind primärrechtlich in Art. 288 II EG geregelt. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) setzt die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft[3] für ihre Organe das Handeln eines Organs[4] und die Verletzung einer höherrangigen Rechtsnorm[5] voraus, welche wiederum kausal für einen Schaden gewesen sein muss.[6] Zusätzlich fordert der EuGH einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht.[7] Dieser soll nur in Fällen vorliegen, in denen in offenkundiger und erheblicher Weise gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen wurde.[8] Erheblichkeit und Offenkundigkeit werden dabei anhand der Auswirkungen des Verstoßes festgestellt. Bei diesen Einzellfallentscheidungen spielen vor allem die Anzahl der Betroffenen, der Umfang der Belastung und das Verhalten des Organs eine Rolle.[9] Durch eine solche an die Haftung hohe Anforderungen stellende Rechtsprechung will der EuGH den Handlungsspielraum und die Beurteilungsfreiheit der Organe der Gemeinschaft schützen.[10] Über die außervertragliche Haftung im Einzelfall entscheidet nach Art. 235 EG der EuGH bzw. im ersten Rechtszug das EuG.

In der vorliegenden Entscheidung *Schneider Electric* musste sich das EuG mit allen Voraussetzungen des Haftungstatbestandes ausführlich auseinander setzen. Letztlich bejahte es erstmals die Schadensersatzpflicht wegen Fehlern im Fusionskontrollverfahren. Die Kommission habe die Verteidigungsrechte von *Schneider Electric* missachtet und das Unternehmen hinsichtlich eines betroffenen Marktes nicht über ihre aktuelle Einschätzung vor Erlass der Untersagungsentscheidung informiert. Damit sei *Schneider Electric* die Möglichkeit genommen worden, auf die Einschätzung der Kommission zu reagieren.

B. Sachverhalt

Der französische Industriekonzern *Schneider Electric*, der vornehmlich auf dem Gebiet der Elektrizitätsverteilung und der industriellen Prozesssteuerung tätig ist, plante fast alle Anteile an *Legrand* zu erwerben, einem ebenfalls in Frankreich ansässigen Unternehmen, das auf Elektrogeräte für Niederspannungsanlagen spezialisiert ist. Im Februar 2001 meldeten die Unternehmen ihr Zusammenschlussvorhaben förmlich bei der Kommission an. Diese untersagte im Oktober 2001 den Zusammenschluss.[11] In der Zwischenzeit hatte *Schneider Electric* aber bereits 98 % der Kapitalanteile an *Legrand* erworben, weshalb die Kommission *Schneider Electric* anwies, *Legrand* binnen Jahresfrist wieder zu verkaufen.[12] Gegen beide Entscheidungen erhob *Schneider Electric* Nichtigkeitsklage vor dem EuG.[13] Für den Fall der Klageabweisung bereitete *Schneider Electric* allerdings parallel die Veräußerung von *Legrand* an das Konsortium *Wendel/KKR* vor.

Im Oktober 2002 erklärte das EuG die Entscheidungen der Kommission für nichtig, weil die Kommission erstmals in der Untersagungsentscheidung vorgebracht hatte, dass die beherrschende Stellung von *Schneider Electric* auf dem französischen Markt für Bauteile für elektrische Verteilungsanlagen durch den Erwerb von *Legrand* noch verstärkt werde.[14] Durch dieses Verhalten hatte *Schneider Electric* keine Gelegenheit zu den Vorwürfen der Kommission Stellung zu neh-

---

* Dr. Marco Hartmann-Rüppel ist Partner und Rechtsanwalt der Sozietät Taylor Wessing, Hamburg/Brüssel. Peter Philipp Engelhoven ist Rechtsanwalt der Sozietät Taylor Wessing, Hamburg.

1 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. L 24, S. 1.

2 EuG, Rs. T-351/03 – *Schneider III*; noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht und auf http://curia.europa.eu nur auf Französisch abrufbar.

3 Die Gemeinschaft ist Anspruchsgegner und wird vor Gericht von dem schädigenden Organ vertreten; ebenso: EuGH, Rs. C 63-69/72 – *Werhan*, Slg. 1973, S. 1229; *Streinz*, Europarecht[7], 2005, Rn. 625; **a.A.** *Bogdandy,* in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Stand 2001, Art. 288 EGV Rn. 40, nach dem das schädigende Organ Anspruchsgegner sein soll; umfassend zum Streitstand: *Thiele*, Europäisches Prozessrecht, 2007, § 10 Rn. 11.

4 *Geiger*, EUV/EGV, 2004, Art. 288 EGV Rn. 8; *Steinle/Schwartz*, BB 2007, 1741, 1742.

5 EuGH, Rs. C 5/71 – *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt*, Slg. 1971, S. 975.

6 EuGH, Rs. C 40/75 – *Produits Bertrand*, Slg. 1976, S. 1; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 2006, S. 538 ff.

7 EuGH, Rs. 40/77 – *NHL*, Slg. 1978, S. 1209, 1224; *Geiger* (Fn. 4), Art. 288 EGV Rn. 12.

8 EuGH, Rs. C-37/90 – *Mulder*, Slg. 1992 I, S. 3061, 3103, 3126; *Bogdandy,* in: Grabitz/Hilf (Fn. 3), Art. 288 EGV Rn. 86 – 88.

9 EuGH, Rs. 143/77 – *Koninklijke Scholten-Honig*, Slg. 1979, S. 3583, 3627; in dieser Entscheidung stellt der EuGH auf willkürliches Verhalten der Kommission ab.

10 Dies führt dazu, dass die Haftungsvoraussetzungen in der Praxis selten als erfüllt angesehen werden; vgl. *Geiger* (Fn. 4), Art. 288 EGV Rn. 13.

11 Entscheidung der Kommission vom 10.10.2001, Sache Nr. COMP/M.2283 – *Schneider/Legrand*.

12 Entscheidung der Kommission vom 30.1.2002, Sache Nr. COMP/M.2283 – *Schneider/Legrand*; Veräußerungsfrist zunächst 9 Monate, dann verlängert bis zum 05.02.2003.

13 ABl. EU Nr. C 7 vom 10.01.2004, S. 37.

14 EuG, Rs. T-301/01 – *Schneider I*, Slg. 2002 II-4071 (Nichtigkeit des Zusammenschlussverbots) und EuG, Rs. T-77/02 – *Schneider II*, Slg. 2002 II-4201 (Nichtigkeit der Entflechtungsentscheidung); siehe dazu *Schohe*, WuW 2003, 359; *Ehlermann*, EuZW 2003, 1; *Wessely*, ZWeR 2003, 317.

men. Die Kommission trat daraufhin in die erneute Prüfung des Zusammenschlusses ein. Allerdings gab *Schneider Electric* das Vorhaben, *Legrand* zu erwerben, nun endgültig auf und veräußerte die an *Legrand* gehaltenen Geschäftsanteile im Dezember 2002 an *Wendel/KKR*, weil die Kommission auch in ihrer erneuten Überprüfung, trotz der Zugeständnisse von *Schneider Electric,* Zweifel an der Zulässigkeit des Zusammenschlusses geäußert hatte. Den Vertrag mit *Wendel/KKR* hatte *Schneider* ursprünglich schon im Juli 2002 geschlossen, musste dessen Wirksamwerden aber auf Dezember verschieben, um den anhängigen Gerichtsverfahren nicht den Verfahrensgegenstand zu entziehen. Im Anschluss daran erhob *Schneider Electric* Klage gegen die Kommission auf Schadensersatz in Höhe von EUR 1,66 Milliarden, vor allem deshalb, weil das Unternehmen die ursprünglich für EUR 6,7 Milliarden erworbene Beteiligung an *Legrand* nur deutlich billiger an *Wendel/KKR* habe verkaufen können.[15]

C. Rechtliche Würdigung

Obwohl das EuG ausdrücklich herausstellte, dass die von der Kommission im Rahmen einer Fusionskontrolle durchzuführenden Analysen, Prognosen und Entscheidungen wirtschaftlich äußerst komplex und schwierig seien und die Kommission daher einen weiten Ermessenspielraum bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Zusammenschlüssen habe, hat das EuG den Schadensersatzanspruch bejaht.[16] Der Kommission wurde insoweit nämlich kein materieller Beurteilungsfehler vorgeworfen, sondern eine formale Missachtung der Verfahrensrechte der Beteiligten.

I. Rechtswidriges Verhalten der Kommission

Das EuG bejahte ein rechtswidriges Verhalten der Kommission, weil sie *Schneider Electric* vor Erlass ihrer Untersagungsverfügung rechtswidrig nicht über ihre aktuelle Einschätzung in Bezug auf die Zulässigkeit des Zusammenschlusses informiert und damit gegen die ihr obliegende Informationspflicht aus Art. 18 I FKVO verstoßen habe. Danach gibt die Kommission den betroffenen Unternehmen Gelegenheit, sich zu den ihnen gegenüber geltend gemachten Einwänden in allen Abschnitten des Verfahrens zu äußern.[17] Aus Art. 18 III FKVO folgt, dass die Kommission ihre Entscheidung nur auf Einwände stützen kann, zu denen der Betroffene Gelegenheit hatte Stellung zu nehmen.[18]

Das EuG stellte vorliegend fest, dass die Kommission *Schneider Electric* von ihren Bedenken bezüglich der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem französischen Markt für Bauteile für elektrische Verteilungsanlagen nicht rechtzeitig informiert habe. Insbesondere sei auch in der Mitteilung über die Beschwerdepunkte, die sie *Schneider Electric* zuvor übermittelt hatte, von dieser Einschätzung noch keine Rede gewesen. *Schneider Electric* sei es dadurch unmöglich gewesen, auf die Einschätzung der Kommission zu reagieren. *Schneider Electric* hätte dann womöglich sein Vorhaben anders begründen oder Zugeständnisse gegenüber der Kommission machen können, um den Zusammenschluss trotz der geäußerten Bedenken als vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erscheinen zu lassen.[19]

In diesem Verhalten der Kommission sah das EuG eine Verletzung der Verteidigungsrechte von *Schneider Electric*. Verteidigungsrechte sind als allgemeine Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind, höherrangige Rechte i.S.d. Art. 288 II EG.[20] Den Verstoß gegen diese Rechte bewertete das EuG als offenkundigen und erheblichen – nicht zu entschuldigenden – Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht. Daher sah das Gericht im Hinblick auf diesen Verfahrensfehler die Haftungsvoraussetzungen des Art. 288 II EG als erfüllt an.

II. Ersatzfähige Schäden von *Schneider Electric*

Hinsichtlich des Schadens stellte das EuG zunächst fest, dass *Schneider Electric* die Kosten des zweiten Fusionskontrollverfahrens, das nach der Nichtigkeitserklärung der ersten Kommissionsentscheidung erforderlich war, ersetzt bekommt. Darüber hinaus soll die Kommission *Schneider Electric* zwei Drittel des Schadens ersetzen, der dadurch entstanden ist, dass *Schneider Electric* die Anteile an *Legrand* an das Konsortium aufgrund der laufenden Nichtigkeitsklagen nur verzögert und somit zu einem niedrigeren Preis verkaufen konnte. Die weitergehend geltend gemachten Ansprüche von *Schneider Electric* lehnte das EuG ab, insbesondere den Ersatz der Differenz zwischen dem ursprünglich bezahlten Kaufpreis und dem letztlich für die Anteile erhaltenen. Insoweit verglich das EuG unter Anwendung der Differenzhypothese die Ist-Vermögenslage von *Schneider Electric* mit der, die bei rechtmäßigem Verhalten der Kommission vorgelegen hätte. Dabei betonte das EuG aber, dass, selbst wenn *Schneider Electric* Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt hätte, dies nicht ohne weiteres zur Freigabe des Zusammenschlusses geführt hätte.[21] Daher fehle es an der Kausalität für den genannten Wertverlust. Das EuG sah lediglich die Reduzierung des Veräußerungspreises aufgrund der zeitlichen Verschiebung der Veräußerung an *Wendel/KKR* als durch das Verhalten der Kommission verursacht an. *Schneider Electric* musste die Wirkung des Veräußerungsgeschäfts wegen der noch anhängigen Gerichtsverfahren in die Zukunft verschieben und *Wendel/KKR* daraufhin eine Preisreduzierung einräumen.[22]

Weil *Schneider Electric* die Fusion schon vor der Freigabe vollzogen hatte, nahm das EuG allerdings ein Mitverschulden an, das zu einer Kürzung des erstattungsfähigen Schadens in Höhe von einem Drittel führte. Denn grundsätzlich dürfen Fusionen gemäß Art. 4 I und VII FKVO nur nach Freigabe vollzogen werden. Vorliegend war der Erwerb des Kapitalanteils an *Legrand* im Wege des Aktientauschs aufgrund und unter den Voraussetzungen des damals geltenden Art. 7 III FKVO a.F. jedoch auch ohne vorherige Freigabe möglich.[23] Da *Schneider Electric* aber sowohl Kenntnis von der eigenen starken Position auf den relevanten Märkten, als auch von der von

---

[15] ABl. EU Nr. C 7 vom 10.01.2004, S. 37.

[16] EuG, *Schneider III* (Fn. 2), Rn. 125 und 132.

[17] *Immenga/Körber*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht EG, Kommentar, 2007, Art. 18 FKVO Rn. 1; *Ohlhoff*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), 2007, Art. 18 FKVO Rn. 6 ff.

[18] *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2004, § 23 Rn. 85; *Immenga/Körber*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 17), Art. 18 FKVO Rn. 12 ff.

[19] EuG, *Schneider III* (Fn. 2), Rn. 152; vgl. auch *Schohe*, WuW 2003, 359, 360.

[20] EuGH, Rs. T-85/76 – *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979 S. 461; *Immenga/Körber*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 17), Art. 18 FKVO Rn. 2.

[21] EuG, *Schneider III* (Fn. 2), Rn. 278 ff.

[22] EuG, *Schneider III* (Fn. 2), Rn. 288.

[23] Vgl. *Ablasser-Neuhuber*, in: Löwenheim/Meesen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, Kommentar, 2005, Art. 4 FKVO Rn. 1; *Baron*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2006, Art. 4 FKVO Rn. 1 ff.; vgl. heute Art. 7 III FKVO.

Legrand hatte, sah es das EuG als äußerst riskant an, die Fusion schon vor Freigabe durch die Kommission zu vollziehen. *Schneider Electric* sei daher bewusst das Risiko eingegangen, im Falle einer Untersagung für die Beteiligung an *Legrand* nur weniger als ursprünglich bezahlt erlösen zu können.

D. Ausblick

In einer Pressemitteilung vom 6. August 2007 hat die Kommission erklärt, dass sie gegen das Urteil Rechtsmittel einlegen werde.[24] Dies ist zwischenzeitlich auch geschehen.[25] Die Urteilsbegründung sei in mehreren Punkten fehlerhaft. Zwar hat die Kommission den Rechtsverstoß in dem Gerichtsverfahren nicht bestritten, jedoch hält sie den Verstoß nicht für hinreichend qualifiziert, um einen Schadensersatzanspruch gegen die Gemeinschaft aus außervertraglicher Haftung zu begründen. Außerdem fehle zwischen dem vom EuG festgestellten Hauptschaden – der Reduzierung des Veräußerungspreises von *Legrand* – und dem Verstoß der Kommission der kausale Zusammenhang. *Schneider Electric* habe aus freien Stücken den Verkauf von *Legrand* beschlossen, ohne die (erneute) Entscheidung der Kommission abzuwarten. Daher habe *Schneider Electric* den Schaden selbst verursacht.

Es bleibt offen, ob der EuGH, der wegen der Bedeutung der Entscheidung eine detaillierte Prüfung vornehmen dürfte, die Verteidigungsrechte von Unternehmen im Rahmen eines Fusionskontrollverfahrens als so wichtige Rechtsgrundsätze einstufen wird, dass ein Verstoß zur – mitunter erheblichen[26] – Haftung der Gemeinschaft führt. Besondere Bedeutung wird auch in diesem Verfahren die Tatsache haben, dass es *Schneider Electric* und *Legrand* auch ohne Verfahrensmitteilung bewusst gewesen sein musste, dass es Probleme mit den Marktanteilen auf verschiedenen Märkten geben würde. Die Entscheidung des EuGH kann daher mit Spannung erwartet werden. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass die Folgen seiner Entscheidung Auswirkungen auf die Praxis haben werden: Denn Unternehmen, die offenkundige und gravierende Missachtungen ihrer Rechte hinnehmen müssen, werden sich zukünftig auf diese Entscheidung berufen können. Dies gilt bei Verfahrensmängeln in der Fusionskontrolle, aber auch für solche im Kartellverfahren. Allerdings ist nicht mit einer Klagewelle zu rechnen, da diese Entscheidung auf bloße Verfahrensfehler beschränkt ist und im Übrigen zumindest der weite Beurteilungsspielraum der Kommission in komplexen wirtschaftlichen Fällen, wie in Wettbewerbssachen, vom EuG ausdrücklich anerkannt wurde.[27] ■

[24] Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 06.08.2007, IP/07/1213.

[25] Das Verfahren wird beim EuGH unter dem Aktenzeichen C 440/07 geführt.

[26] Schneider Electric hatte die Gemeinschaft auf EUR 1.663.734.716,76 Schadensersatz verklagt; ABl. EU Nr. C 7 vom 10.01.2004, S. 37. Erwartet wird aufgrund des Urteils ein Betrag von bis zu EUR 400 Mio., vgl. Financial Times Deutschland v. 11.07.2007, abrufbar unter: http://www.ftd.de/unterneh men/industrie/:EU%20Fusionsverbot/224629.html (Abruf: 22.10.2007).

[27] EuG, *Schneider III* (Fn. 2), Rn. 124, 125, 131 und 132.

International

Professor Edward J. Eberle, Bristol (RI, USA)*

Religious Freedom:
Viewed From the Perspective of an Individual or the Community?

A. Introduction

Like power, money, and ambition, religion is a central force driving the motivations of people and the community or communities that comprise a society. Like those forces, the role religion plays in personal lives and in society has been one heavily contested through the ages. In modern western society, we might trace the reassessment of religion to Martin Luther's inspired Protestant Reformation (1517-1555), which reverberated throughout much of Europe, challenging the long-standing alliance between one, universal Catholic Church and its delegation of secular authority to a ruling prince under the Divine Right of Kings Theory.[1] Luther's Reformation helped propel the discussion of how to conceive and integrate religious freedoms within western society.

The locus of religious freedom lies in people's conscience. People alone, guided by their conscience, communicate with God, seeking forgiveness and absolution.[2] This protection of individual conscience thus is a paramount objective. Paralleling the safeguarding of conscience is delineation of the proper line between church and state. Since both church and state are powerful forces in society, one concern is that each should stay within their proper spheres so that each can maintain their central missions free from undue influence. If church or state intrudes too far into the realm of the other, the

* Distinguished Research Professor of Law, Roger Williams University School of Law. Copyright by Edward J. Eberle, 2007. All rights reserved.

[1] Edward J. Eberle, *Roger Williams On Liberty of Conscience,* 10 ROGER WILLIAMS U. L. REV. 289, 308-09 (2005). Luther's revolution of the Reformation divided those yet faithful to the Catholic Church and dissenting believers who became known as Protestants. The battle over how to align the relationship between church and state raged over the European continent as the Thirty Years War (1618-1648), ending in a type of peace with the Treaty of Westphalia (1648), which reaffirmed the principle of *cuius regio eius religio* (the religion of a territory shall be that of its ruler) established in the Religion Peace of Augsburg in 1555, as a compromise between German princes advocating the cause of Catholicism or Lutheranism. Mandatory belief in the sovereign's religion was the standard European solution to achieving social harmony in religious matters. Germans took note of the fact that the religious dissension decimated one-third of the population.

[2] Edward J. Eberle, *Roger Williams On Liberty of Conscience*, 10 ROGER WILLIAMS U. L. REV. 289, 318 (2005). See also Harold Berman & John Witte, Jr., *The Transformation of Western Legal Philosophy in Lutheran Germany*, 62 S. CAL. L. REV. 1573, 1580-81 (1989).

fear is that one will unduly affect the other. For Luther, his solution was the Two Kingdoms Theory; one realm for the state and one for the church. The state belonged to the world, and was governed by its law. The church belonged to the heavenly kingdom, and was governed by Gospel.[3] It was important to define each carefully so that neither would intrude unduly into the realm of the other.

These core questions entailing personal religious freedom and the institutional relationship between church and state yet resonate today. In the United States, these matters are anchored in the First Amendment of the United States Constitution which provides, "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof […]".[4] In Germany, individual religious freedoms are enumerated in Article Four of the Basic Law (Germany's constitutional charter) which protects explicitly freedoms of faith, conscience, and religious or philosophical creed [*Weltanschauung*].[5] Freedoms of faith, conscience and creed, of course, lie at the root of religious freedom. Article Four further protects "[T]he undisturbed practice of religion."[6] The institutional relationship between church and state is centered in Article 140, which incorporates as an organic whole the provisions of the 1919 Weimar Constitution (Articles 136, 137, 138, 139, and 141).[7] In the United States, the relationship between church and state follows the impulse of a separationist philosophy; in Germany, it is a cooperative one between church and state.[8]

Under personal free exercise of religion freedoms, each person is guaranteed a fundamental right to believe, worship, and practice his or her religion. Under the institutional protections involving church and state, the jurisdictions of each are delineated, to some degree, in order to protect each from the other. How to translate these personal and institutional guarantees into western constitutional democracy is a difficult, intriguing question. Should these freedoms be determined from the perspective of an individual? If so, does that mean each person can exercise these rights as they like, thereby potentiality transforming individual conscience as a law unto itself? Might that result in a certain degree of social chaos as citizens contest their rights in the playing field of society? Is that the price of freedom? Or, should these rights be determined by the community through assertion of norms determined by dominant groups? If so, some semblance of order within society may be achieved as majoritarian norms will likely win out and thereby help anchor the society. But does such order come at the cost of others' freedom? Is that the choice we face–freedom versus order–in conceiving and applying religious freedoms?

It is this topic of religious freedom viewed from the perspective of an individual or of the community that I discuss in this article. Under the individualist model, each person has an equal claim to assertion of religious liberties which an independent constitutional court protects under constitutional democracy. Constitutional protection of rights will ordinarily result in other citizens' having to respect a person's assertion of rights even if they find it displeasing. Church and state will gravitate more towards separation as a way to safeguard individual religious freedoms and those of a community of believers. Part I discusses the individualist perspective, drawing upon the jurisprudence of the United States Supreme Court during the Chief Justiceship of Earl Warren from 1953 until 1969 (Warren Court). Under the community perspective, the content of religious rights is determined significantly by the dominant members of society as they assert their values in the political process. Because they are the dominant groups, the majority will often have its way in the contest of opinions that is democratic deliberation. Dominant world views will then often be reflected in public acknowledgment of prevailing religious practices and in the laws that regulate society. This can be the case in both free exercise and church-state freedoms. Part II discusses the community perspective, focusing on the jurisprudence of the United States Supreme Court under the Chief Justiceship of William Rehnquist from 1986 until 2006 (Rehnquist Court).

B. Individual Perspective

Viewing religious freedoms from the perspective of an individual, each person has an equal claim to rights and can, therefore, assert such rights as they wish as guaranteed in the constitution. Under constitutional democracy, it is the role of the independent court to protect the rights of all citizens. Rights in this sense are conceived as arising from man's innate human condition and thus part of his natural liberties. In modern constitutional democracy, we conceive these as fundamental rights or natural claims to liberty vesting in each person the right and ability to realize their vision of spirituality. Religious rights are ordinarily conceived as both personal, in the sense of freedoms of conscience, worship and behavior motivated by religious objectives; and institutional, in the sense of separating the boundary between church and state so that each person's personal freedoms can be safeguarded against the pressures of dominant groups associated with church or state. We need to trace this idea more carefully, both from an individualist free exercise perspective and from an institutionalist church-state perspective.

I. Free Exercise

Turning first to free exercise rights, it is important to describe the quality of rights contained therein. Conventionally understood, free exercise rights comprise freedoms of conscience, faith, belief, and worship and the undisturbed practice of religion. This would be the case in both Germany[9] and the United States.[10] More debatable is whether religiously motivated actions are protected. In Germany, this is not a matter of great debate, as the Bundesverfassungsgericht has accorded wide latitude to citizens to freely exercise their religious rights in ways that collide with secular

---

[3] HAROLD J. BERMAN, LAW AND REVOLUTION II: THE IMPACT OF THE PROTESTANT REFORMATION ON THE WESTERN LEGAL TRADITION 40 (2003).

[4] U.S. CONST. amend. I.

[5] F.R.G. CONST. (Basic Law; Grundgesetz, GG) art. 4(1).

[6] *Id.* art. 4(2).

[7] For elaboration of Article 140 and other church-state German constitutional provisions, see Edward J. Eberle, *Religion in the Classroom in Germany and the United States*, 81 TUL L. REV. 67, 72-77 (2006).

[8] Portions of this article are adapted from the articles that were originally published in "Edward J. Eberle, *Free Exercise of Religion in Germany and the United States,* 78 TUL. L. REV. 1023 (2004)," and "Edward J. Eberle, *Religion in the Classroom in Germany and the United States*, 81 TUL. L. REV. 67 (2006)," both articles reprinted with permission of the Tulane Law Review Association, which holds the copyright.

[9] F.R.G. CONST. (Basic Law; Grundgesetz, GG) art. 4(1).U.S. CONST. amend. I.

[10] U.S. Const. amend. I.

laws.[11] Of course, not all exercise of rights are protected in Germany; sometimes the demands of the law will prevail. But on the whole, the Bundesverfassungsgericht is sympathetic to the claims of believers.

In the United States, this is a matter of heated debate. The Supreme Court has pursued two courses. Under the approach of the Warren Court in Sherbert v. Verner,[12] a conflict between religiously motivated behavior and secular laws will generally result in favoring the religious exercise unless the secular law is of overriding importance.[13] By contrast, in the 1990 case of Employment Division, Department of Human Resources v. Smith,[14] the Court ruled that a secular controlled substance law took precedence over religiously motivated use of peyote, integral to religious ritual of certain Native Americans. It is fair to say that *Sherbert* preferences religion over law, while *Smith* preferences law over religion. We will have more to say about the *Smith* approach later. For now, let us focus on the German and *Sherbert* approaches, which represent the individualist perspective.

Under the individualist approach, it seems fair to say that the equal claim to religious rights that each citizen possesses consists of freedoms to believe, worship, and act on religious motivation. Belief and worship would seem almost certainly beyond state sanction, as these are elements of the inner citadel of the human mind and spirit. Accordingly, they are indispensable to human personality and, moreover, are less likely to pose any threat to the social order. Religiously motivated behavior is more uncertain. Because constitutional democracy consists of a form of ordered liberty and not the absolute liberty of the state of nature, claims contesting free exercise of religion and the dictates of secular laws must be arbitrated carefully to see which of the two is weightier in the circumstance. This is essentially the approach of the Bundesverfassungsgericht (which applies intensive review to the claims at issue to see which should prevail) and the Supreme Court under the approach of *Sherbert* (which follows the general path of the Bundesverfassungsgericht, but in the conventional American manner of employing strict scrutiny, which calls for an evaluation of government policies pursuant to justification of compelling ends that are tightly tailored to facilitate those objectives.) More in the United States but also in the German approach, rights, like religious rights, are presumptively favored unless the government can come up with a compelling justification for its law.

It is fair to describe this individualist approach as comprising a fundamental right, meaning that each person has an innate claim to liberty that one may exercise as one sees fit, in order to rule and determine that person's life, subject to important constraints of the social order. For example, in United States v. Lee,[15] the Supreme Court ruled that an Old Order Amish could not be excused from paying a social security tax, even though it was against his religious belief as he felt obligated to provide for his employees, because the fiscal integrity of the social security system was weightier. Still, the individualist approach bestows essential freedoms on each individual to act as one wishes.

The consequences of the individualist approach are that the individual will mainly determine one's actions, free from the constraints of majoritarian norms. Each person can thereby exercise their rights relatively unencumbered. In this regard, rights are a preserve of personal freedom. While all people have an equal claim to rights, individual protection of rights are more likely to have positive benefits for minority members of society, as their exercise of rights will help protect them from the reach of the state and majoritarian forces. Under the norms of democracy, majoritarian forces, including those of religion, will likely get their way. Exercise of religious rights acts, in essence, as a check on majoritarian power.

Exercise of such rights will often result in a wide range of religious practices, many outside the mainstream. For example, it is quite abnormal to refuse a blood transfusion when a human life is in danger, as in the Blood Transfusion German Case.[16] It also seems outside the mainstream to sacrifice animals as part of religious ritual, as in Church of the Lukumi Aye, Inc. v. City of Hialeah.[17] To those in the mainstream, this would seem more an act of voodoo (which it is) than of religious practice. But such shaking up of the social order is an unavoidable consequence of free exercise of fundamental rights.

It would seem fair to say that the individualist perspective will generally result in proliferation of a wide range of views and practices that will sift through and attract the attention of the community. This is a result of minorities being on the same plane as majorities with respect to exercise of rights. Minorities' practices are likely to be dissenting ones which, of course, will generally shake up conventional norms and perhaps cause some social upheaval. Minority practices may offend, if not threaten, majoritarian groups, or at least their dominant position in society. But new perspectives are good. Convention may simply have to yield to assertion of freedom. Over time, the community will perhaps settle on a new practice as a norm.

II. Church-State Relations

The other component of religious freedom is, of course, the institutional one of the relationship between church and state, which we must now examine from the individualist perspective. One common core between free exercise and church-

[11] See, e.g., Ritual Slaughter, BVerfGE 104, 337 (2002) (Turkish citizen living in Germany and working as butcher according to Islamic religious law must be granted exemption from law that circumscribes how animals must be slaughtered); Blood Transfusion, BVerfGE 32, 98 (1971) (Court released husband from any criminal sanction due to his wife's death for foregoing a blood transfusion during childbirth because the husband was respecting his wife's religious convictions).

[12] Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963). In *Sherbert*, the Court ruled that a Seventh Day Adventist who refused to work Saturdays because that was the day of her Sabbath could not be denied unemployed benefits.

[13] In fact, the Supreme Court has granted accommodations from laws in only two instances: unemployment compensation, Frazee v. Ill. Dep't of Employment Sec., 489 U.S. 829 (1989); Hobbie v. Unemployment Appeals Com., 480 U.S. 136 (1987); Thomas v. Review Bd. of Ind. Employment Sec. Div., 450 U.S. 707 (1981), all of these cases following *Sherbert;* and mandatory public school attendance. Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972). That makes for only five cases in which the Court has granted accommodation from the law based on religious rights. In Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah, 508 U.S. 520 (1993), the Court ruled in favor also of the religious claimant, but the ruling was not based on accommodation but rather discrimination under the rule of *Smith.*

[14] Employment Div. v. Smith, 494 U.S. 872, 890 (1990). In *Smith*, a Native American was fired from his job as a drug counselor because he smoked peyote, a substance treated as part of the sacrament in Native American religion, but also one regulated as a controlled substance under Oregon's drug laws. The Court concluded that the dictates of conscience must yield to secular laws.

[15] United States v. Lee, 455 U.S. 252 (1982).

[16] Blood Transfusion, BVerfGE 32, 98 (1971).

[17] Church of Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah, 508 U.S. 520 (1993).

state relations is a concern for the protection of the inviolability of freedom of conscience. Conscience must particularly be guarded against from coercion by dominant social groups. Otherwise, the religious liberty of some may be squelched. Church-state relations primarily attempt to accomplish this objective through institutional line drawing, aimed at delimiting official power as a means of safeguarding the voluntariness of individual and group choice over religion.

The individualist approach often follows a strategy of separation of church and state. Of course, separation of church and state does not necessarily mean complete and permanent separation; the relationship can operate on different degrees of separation. Total separation is not realistic. But the essential goal is to separate the church from the state and the state from the church, as much as possible, so that the legitimate purposes of each might be pursued unaffected by the intrusion of church into state or vice-versa. Generally, state intrusion into church is more feared (because of the ability of the state to influence if not control church activities) than church intrusion into the state (churches mainly can influence social policies). But, of course, it could work the other way too.

The separationist theory is rooted in the theories of Roger Williams, Thomas Jefferson, and James Madison. For Williams, the movement toward separation was a way to protect the purity and integrity of religion from an evil, confusing world.[18] Yet, Williams also believed that separation would serve the interests of the state since government could function better untroubled by religious disputes.[19] Jefferson believed in separation as a way to protect the integrity of the fragile experiment in civic republicanism from the influence of religion. Madison believed in separation for the reasons asserted by Jefferson, but also, like Williams, as a way to protect the purity of religion from the influence of the state.

The consequence of the separationist approach is that religion is mainly a private affair, to be determined by people, outside the influences of state or majoritarian forces. The objective is to minimize the power of majoritarian or official forces, which might act to coerce conscience through imposition of majoritarian norms. The separationist approach is compatible with the free exercise approach of the individualist perspective since religion should freely be determined and practiced by people, not dominant groups or government.

Under the separationist approach, the state is committed to an approach of scrupulous neutrality so that all individuals will have the opportunity to determine and practice their religion. Separationism is especially concerned with protecting people who dissent from the mainstream so that the practices of dominant religious groups will not retard the equal claim to rights of minorities. Otherwise, religious views of the majority will dominate the public sphere and minorities may have to contend with dominant world views. This will often force a choice between the dictates of individual conscience and the requirements of the law.

For these reasons, in the United States these dominant Christian religious practices have been declared unconstitutional in public schools: teacher sponsored prayer,[20] teacher sponsored Bible reading,[21] posting the 10 Commandments on the walls of public school classrooms,[22] and the teaching of creation science alongside evolution.[23] The core concern in all these cases is protection of the inviolability of personal conscience. Majoritarian forces should not be able to coerce those who have a contrary opinion. Each person has an equal claim to conscience which must be safeguarded from dominant powers. At the root of this is the concern that alignment between majoritarian political and religious forces will act both to retard others' equal claims to rights and, also, undermine the essence of both religion and government. But it is also fair to say that a separationist approach has the effect of retarding the ability of majorities to practice their religion, in public spaces which is our next topic: the community perspective.

C. Community Perspective

The community perspective is opposite of the individual perspective in that its focus is not individuals but the dominant members of society. Like the individualist perspective, the concern here is the equal opportunity of all to freely practice their religion. All people, majorities or minorities, should have the opportunity to believe and practice their religion as they like. In the private sphere, it is beyond question that every person has such an equal right. The real concern is exercise of religious practices in the public sphere, especially with state sanction or support. For minorities, this is generally not much of an issue; as minor political players, they are less likely to influence the political process. The real concern is the role of majorities: can they, and if so, how far can they attract state support for their religious practices and norms? If majoritarian religious norms prevail, will this trammel upon the equal rights of minorities? That is our concern as we examine the community perspective.

I. Free Exercise

Turning first to the individual right to freely exercise religion, the community perspective often results in the ability of majoritarian groups to determine and practice their religion, often in the public forum. Majoritarianism will tend to prevail either because of state sanction of dominant religious practices or by virtue of the ability of majoritarian groups to determine the laws that comprise the society.

A representative case of the community perspective is the 1990 United States Supreme Court case of *Smith*.[24] Here, the Court refused to sanction a Native American's use of peyote in a sacramental ceremony central to his religion because peyote was a controlled narcotic and, therefore, subject to the drugs laws of Oregon. The Court was unwilling to recognize the significance of the religious ceremony under the United States Free Exercise Clause. Under *Smith*, personal religious freedom is significantly more circumscribed compared to the approaches of the United States Supreme Court in *Sherbert*[25] and the Bundesverfassungs-

---

[18] Edward J. Eberle, *Roger Williams' Gift: Religious Freedom in America*, 4 ROGER WILLIAMS U. L. REV. 425, 453 (1999). Williams assumed that the "world lies in wickedness . . . like a wilderness or a sea of wild beasts innumerable." PERRY MILLER, ROGER WILLIAMS: HIS CONTRIBUTIONS TO THE AMERICAN TRADITION 124 (1965) (quoting from Bloody Tenent).

[19] EBERLE, *supra* note 14.

[20] Lee v.Weisman, 505 U.S. 577 (1992); Engel v. Vitale, 370 U.S. 421 (1962).

[21] Sch. Dist. of Abington Twp. v. Schempp, 374 U.S. 203 (1963).

[22] Stone v. Graham, 449 U.S. 39 (1980).

[23] Edwards v. Aguillard, 482 U.S. 578 (1987).

[24] Employment Div. v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

[25] Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963).

gericht.[26] Under *Smith* individual "religious freedom can fairly accurately be calibrated along a dichotomy of belief [and certain worship] (protected)/action (unprotected), unless allowed by the polity."[27] This contrasts with the Court's approach in *Sherbert* and that of the Bundesverfassungsgericht: belief and worship are absolutely protected, and religiously motivated action is protected unless the state has a compelling reason to circumscribe that behavior.

Under *Smith*, religiously motivated behavior is allowable only to the extent permitted by the law. "When religiously inspired action collides with generally applicable neutral laws, neutral laws predominate. Under the rule of *Smith*, therefore, the scope of religious action is determined by the democracy through the enactment of its laws. Law controls more than religion."[28] "We can thus see a difference in perspective: *Sherbert* and the Bundesverfassunsgericht is oriented toward the believer; religious duties control over the law. *Smith* is oriented toward the law; law determines the range of religious freedom."[29]

The approach of *Smith* is grounded in the philosophy of John Locke and Thomas Jefferson. Locke believed in the inviolability of conscience. However, when faced with a conflict between conscience and the civil law, a person should follow the dictates of conscience but nevertheless suffer the punishment of the civil law.[30] Jefferson was similar: opinion and belief were protected, but not actions. When religious principles "break out into overt acts against peace and good order,"[31] they may be sanctioned. In other words, the bounds of religious freedom are met when the law proscribes the activity.

Under the community perspective, it is fair to say that majoritarian preferences determine the range of the laws, including those that effect religious practices. This thought is captured well by Justice Scalia in *Smith*:

> Values that are protected against government interference through enshrinement in the Bill of Rights are not thereby banished from the political process. . . . It may fairly be said that leaving accommodation to the political process will place at a relative disadvantage those religious practices that are not widely engaged in; but that unavoidable consequence of democratic government must be preferred to a system in which each conscience is a law unto itself or in which judges weigh the social importance of all laws against the centrality of all religious beliefs.[32]

The community perspective is thus motivated by a concern for the primacy of democratic determination and law and order.

Concern for the primacy of social cohesion has been an objective of long term, especially in the decisive time of the 1600s when religious freedoms were framed as a form of natural liberty. Thomas Hobbes, Edmund Burke, and many others advocated for social unity and order over personal freedoms, including religious liberties. But, of course, this was not the object of the American Revolution: freedom of conscience was, among other rights. Part of the concern with law and order is that, as Justice Scalia remarks, "each conscience [might otherwise be] a law unto itself."[33] This might lead to chaos or social disruption, the concern of Hobbes, influenced by the social disruption of the 30 Years War and the 1600s English Civil War, and Burke, concerned about the 1789 French Revolution. Of course, revolution and civil war is one thing; exercise of rights quite another. We are always faced with a choice between liberty or order.

In sum, the community approach to free exercise rights means that dominant political forces will primarily determine the norms of society through democratic governance, and this will result in norms that tend to coincide with dominant religious views. The consequence for religious practice is that dominant views will be permitted, but minority views may not, depending on the vagaries of the democratic process. From the stand point of majoritarian groups, this is a good thing because they can determine the character of society through their ability to exert their will. From the stand point of minority groups, the outcome is less good. They run the danger of having their religion or their lives compromised, as they will often face a choice between following the dictates of their conscience or conforming to the law. It will be far more difficult for minorities to achieve both objectives.

II. Church-State Relations

The community perspective in church-state relations largely follows the philosophy it plays in free exercise rights. Dominant religious groups will tend to have their religious practices sanctioned by the state. Again, this is a matter of the equal right to exercise religious freedoms. People who are members of dominant parts of society can certainly make a claim that they have a right to exercise their religion as they like, as anyone else. For many of them, this may entail public exercise of religion, such as prayer, display of religious symbols or common acts of faith. Since a majority will prevail under democratic governance, majoritarian views will tend to prevail.

In western society, these will be Christian views. For instance, invoking God in the United States Pledge of Allegiance, placing "In God we trust" on American coins, displaying Christian symbols in public places,[34] displaying the 10 Commandments on state capitol grounds,[35] beginning a legislative session with a prayer,[36] and paying for a chaplain with federal tax monies are all permissible activities that al-

---

[26] See, e.g., Ritual Slaughter, BVerfGE104, 337 (2002) (Turkish citizen living in Germany and working as butcher according to Islamic religious law must be granted exemption from law that circumscribes how animals must be slaughtered); Blood Transfusion, BVerfGE 32, 98 (1971) (Court released husband from any criminal sanction due to his wife's death for foregoing a blood transfusion during childbirth because the husband was respecting his wife's religious convictions).

[27] Edward J. Eberle, *Free Exercise of Religion in Germany and the United States,* 78 TUL L. REV. 1023, 1071 (2004).

[28] Edward J. Eberle, *Free Exercise of Religion in Germany and the United States,* 78 TUL. L. REV. 1023, 1071 (2004).

[29] *Id.*

[30] JOHN LOCKE, A LETTER CONCERNING TOLERATION (1688).

[31] THOMAS JEFFERSON, A BILL FOR ESTABLISHING RELIGIOUS FREEDOM (June 12, 1779).

[32] Employment Div. v. Smith, 494 U.S. 872 at 890.

[33] *Id.*

[34] Allegheny v. ACLU, 492 U.S. 573 (1989) (Jewish menorah can be displayed on main staircase of county courthouse when placed next to Christmas tree); Lynch v. Donnelly, 464 U.S. 668 (1984) (permissible to display Christian crèche among other symbols of Christmas in city downtown public space).

[35] Van Orden v. Perry, 125 S. Ct. 2854 (2005) (display of 10 Commandments constitutional because surrounded by 21 other historical markers and 17 other monuments, not of religious character).

[36] Marsh v. Chambers, 463 U.S. 783 (1983) (prayer beginning legislative session constitutional, in part, because of deference to history and tradition).

low dominant groups to assert their voice in the public square. This will tend to have the effect of inculcating a value structure in society in line with that of majoritarian groups.

Of course, there are likely to be certain limitations to assertion of majoritarian voices under constitutional democracy. It is unlikely that there can be official explicit favoring of religion over nonreligion or one religion over that of another. Instead, a norm of neutrality will obtain under which there can be no favoritism or explicit discrimination among religions or nonreligons. Still, since there is equal opportunity for all, dominant groups will tend to prevail. Minority groups also may be able to assert their voice, but this will depend on the democratic process.

From the community perspective there is value in having the norms of society determined by its members. Religious practices will coincide with dominant groups. This can act as a unifying measure in society, achieving a degree of social cohesion and coherence. Majoritarian norms also tend to reflect the history and tradition of a society, helping give it character and substance, if not a certain uniqueness. On the downside, minorities will mainly pay the price as their religious views may, on occasion, have to yield to the laws of society, as determined by the majority.

D. Conclusion

Religious rights, like other rights, may be evaluated from the perspective of an individual or of the community. For much of western society, the community perspective has been the preferred option. The focus on individual human rights is largely a 20th century phenomenon, now extending into our 21st society. We have seen that there are positive and negative benefits to both approaches. From the individualist perspective, the equal claim to rights means that every person has a certain inviolable core of natural liberty, including over religious matters. Under this model, protection of the individual is paramount. Still, exercise of rights can induce unrest, if not sometimes chaos, in society. Social upheaval can be beneficial or negative. Here liberty is prized more than order. From the community perspective, the common equal claim to rights mainly results in dominant groups having their way under norms of democratic governance. This allows the members of a society to determine the course of their affairs. Majoritarian dominance often achieves social cohesion and stability. Still, the rights of minorities may have to yield to the requirements of majority rule. Order is prized more than liberty. Which of the individual or community perspective is preferable is a matter for the society to determine in its basic charter or through the norms of democratic governance. ■

European Law Essay Competition

Ab
14.01.2008
an über 40 deutschen Unis

Schreibt einen Essay zu einem europarechtlichen Thema und gewinnt einen der folgenden Preise:

1.-6. Platz:

Ein Praktikum bei CMS Hasche Sigle oder Morgan Lewis an einem deutschen Standort nach Wahl (mit einer Vergütung zwischen 500- 800 €)

7. Platz:

Ein Jahresabo der JuS inkl. Zugang zu JuS-Studium

Die vier besten Aufsätze werden im Bucerius Law Journal oder im Kleinen Advokat publiziert.

Einsendeschluss:
31.03.2008

Streitgespräch

Klaus Bepler, Ulrich Fischer, Thomas Ubber

Tarifverträge im Wettbewerb
– Das Ende der Tarifeinheit im Betrieb? –

Das Bucerius Law Journal veranstaltete am 1. Oktober 2007 eine Diskussionsrunde zum Thema „Tarifverträge im Wettbewerb". Es diskutierten drei Persönlichkeiten, die nicht nur einen erstklassigen Einblick in die aktuelle wissenschaftliche Diskussion geben konnten, sondern auch die praktischen Probleme darlegten, die mit der Konkurrenz verschiedener Gewerkschaften einhergehen: Klaus Bepler, Ulrich Fischer und Thomas Ubber. ***Klaus Bepler*** *ist Vorsitzender Richter des Vierten Senats des Bundesarbeitsgerichts,* ***Ulrich Fischer*** *ist Rechtsanwalt und Prozessvertreter der Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) im aktuellen Tarifstreit,* ***Thomas Ubber*** *ist Rechtsanwalt und Prozessvertreter der Deutschen Bahn im Tarifstreit mit der GDL. Die Veranstaltung wurde von der Kanzlei Morgan Lewis gesponsert.*

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht an der Bucerius Law School, hielt zur Einstimmung auf die Diskussion einen Kurzvortrag zum Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb, der auch im Folgenden als Einführung dienen soll.

Dieser Vortrag kann im Format MP3 von der Webseite www.law-journal.de heruntergeladen werden.

Das Thema des heutigen Streitgesprächs lautet: „Tarifverträge im Wettbewerb – das Ende der Tarifeinheit im Betrieb?". Man muss der Redaktion des Bucerius Law Journals dafür ein großes Kompliment machen: Thema, Zeitpunkt und Diskutanten hätten nicht besser gewählt werden können:

– Die Auseinandersetzung zwischen der Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) und der Deutschen Bahn AG steht zunächst in idealer Weise für die heutige Fragestellung. Bislang gab es bei der Bahn nämlich trotz dreier Bahngewerkschaften faktisch Tarifeinheit und keinen Wettbewerb von Tarifverträgen. Für alle Arbeitnehmer des Konzerns gelten einheitliche Tarifbedingungen. Das möchte die GDL ändern. Sie verlangt einen eigenständigen Tarifvertrag für das Fahrpersonal. Ließe sich die Bahn darauf ein, gäbe es Tarifpluralität und damit einen Wettbewerb der Tarifverträge.
– In der Nacht zum heutigen Montag ist außerdem die vereinbarte Friedenspflicht abgelaufen. Heute Vormittag hat der Bundesvorsitzende der GDL, Herr Schell, bekannt gegeben, dass bei der Bahn ab Freitag bundesweit befristet gestreikt werden soll.
– Und drittens: Jemanden, der „näher dran" ist am konkreten Streit zwischen der Bahn und der GDL als Herr Ubber und Herr Fischer als deren Verfahrensbevollmächtigte, und jemanden, der „näher dran" ist am Tarifvertragsrecht als Herr Bepler als Vorsitzender des Tarifsenats des Bundesarbeitsgerichts, hätte man nicht finden können.

Zur Einführung in die rechtliche Problematik nun ganz wenige Worte von mir: Seit 1957 vertritt das BAG das im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelte sog. Prinzip der Tarifeinheit im Betrieb, demzufolge in jedem Betrieb nur ein Tarifvertrag zur Anwendung gelangen darf. Diese Rechtsprechung stößt allerdings seit etwa dreißig Jahren in einer für das Arbeitsrecht seltenen Einmütigkeit zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerlager auf engagierten Widerspruch im Schrifttum. Es gibt nur wenige Stimmen, die dem BAG folgen.

Vor etwa fünfzehn Jahren begann das Thema dann auch praktisch relevant zu werden: Zum einen entdeckten die Arbeitgeber nach der Wiedervereinigung besonders in den neuen Bundesländern, dass es neben den DGB-Gewerkschaften auch noch christliche Gewerkschaften gibt, insbesondere die CG Metall, die bereit war, Tarifverträge auch unter dem Niveau der IG Metall-Tarifverträge abzuschließen.

Zugleich begannen sog. „Funktionseliten", in Spezialistengewerkschaften eigenständige Tarifpolitik zu betreiben: anders als die christlichen Gewerkschaften allerdings mit dem Ziel, die eigenen Arbeitsbedingungen deutlich zu verbessern, anders als die DGB-Gewerkschaften nicht nach dem Grundsatz „Ein Betrieb – eine Gewerkschaft", sondern rein berufsbezogen organisiert. Den Anfang machte zunächst die Vereinigung cockpit mit einem sehr erfolgreichen Tarifabschluss im Jahr 2001. Den Piloten gefolgt sind bis heute zum Beispiel die Fluglotsen (GdF), das Kabinenpersonal bei den Fluggesellschaften (UFO) oder die in Krankenhäusern angestellten Ärzte (Marburger Bund). Der Verlust von Mitgliedern trifft die DGB-Gewerkschaften nicht nur als solcher. Besonders schmerzhaft ist, dass es sich bei diesen Funktionseliten um Schlüsselkräfte handelt, die bei einem Streik wie zum Beispiel die Lokführer besonders effektiv agieren können.

Rechtlich interessieren vor allem zwei Fragenkreise:

– Erstens: Sind das Nebeneinander mehrerer Tarifverträge im Betrieb (Tarifpluralität) und damit ein Wettbewerb von Tarifverträgen im Betrieb rechtlich zulässig?
– Zweitens: Wenn Tarifpluralität zulässig ist: Welches sind ihre Folgen für die Tarifpraxis? Welche neuen rechtlichen Probleme entstehen, und wie sind sie zu lösen?

Zunächst zur Zulässigkeit von Tarifpluralität: Eine gesetzliche Norm, die Tarifeinheit im Betrieb anordnet, gibt es nicht. Das Tarifvertragsgesetz ist umgekehrt sogar auf Tarifpluralität angelegt, denn es stellt auf die Normwirkung im einzelnen Arbeitsverhältnis ab. Das BAG löst die Tarifpluralität bislang dennoch zugunsten des spezielleren Tarifvertrags auf, der dann im Betrieb alleine gültig ist. Begründet wird diese Rechtsfortbildung in erster Linie mit Praktikabilitätserwägungen. Das Nebeneinander mehrerer Tarifverträge im Betrieb führe zu tatsächlichen und rechtlichen Unzuträglichkeiten. Der Grundsatz der Tarifeinheit sei daher einem übergeordneten Prinzip der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu entnehmen.

Dagegen wird eingewandt, dass die Voraussetzungen einer Rechtsfortbildung nicht vorlägen. Außerdem verstoße die BAG-Rechtsprechung gegen die durch Art. 9 III GG geschützte Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften und ihrer Mitglieder, deren Tarifverträge verdrängt werden. Besonders deutlich zeigt sich diese Konsequenz bei den Arbeitnehmern, die aus der Sicht der Rechtsprechung ganz in einen „tariffreien Raum“ geraten.

Der Vierte Senat denkt offenbar über eine Änderung oder eine Modifikation seiner Rechtsprechung nach. Nach heutigem Diskussionsstand könnten eine Einschränkung der Koalitionsfreiheit und damit eine Rechtfertigung des Prinzips der Tarifeinheit im Betrieb möglicherweise im Wege praktischer Konkordanz durch Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter erfolgen. Zu ihnen gehört nämlich auch die Tarifautonomie, die manche Stimmen durch ständige Tarifverhandlungen und permanente Arbeitskämpfe mit immer wieder anderen Gewerkschaften als Folge von Tarifpluralität in Gefahr sehen. Das ist sicher ein wichtiger Punkt, der auch gleich zu den möglichen Folgen von Tarifpluralität überleitet.

Diese werden in der Praxis – Herr Ubber wird das bestätigen – zum Teil als sehr problematisch angesehen. Einige Punkte möchte ich hervorheben:

Eine nicht unwichtige Folge ist zunächst die Freigabe von Wettbewerb zwischen Tarifverträgen. Damit wird auch der Gewerkschaftswettbewerb gestärkt. Das ist im Ansatz positiv, denn Wettbewerb deckt zum Beispiel Missstände auf und verhindert Verkrustungen. Nachteil: Der Wettbewerb zwischen verschiedenen Gewerkschaften kann zugleich eine Entsolidarisierung der Arbeitnehmer bedeuten.

Die zweite Folge ist vermutlich die problematischste: Tarifpluralität führt zu Verwerfungen im Arbeitskampfrecht. Wenn der Arbeitgeber wie jetzt bei der Bahn durch mehrere Gewerkschaften in die Zange genommen wird, die nicht nur gegen den Arbeitgeber, sondern auch gegeneinander kämpfen, kann man darüber streiten, ob eine Verschiebung der Kampfparität zu Lasten des Arbeitgebers stattfindet, die Modifikationen bei der Beurteilung von Streiks, insbesondere von Spezialistengewerkschaften, erforderlich macht.

Von diesem Problem abzugrenzen ist übrigens eine andere arbeitskampfrechtliche Fragestellung, um die sich Herr Fischer und Herr Ubber vor den Sommerferien vor verschiedenen Arbeitsgerichten gestritten haben: Ist ein Streik schon deshalb rechtswidrig, weil er auf einen Tarifvertrag gerichtet ist, der nach dem Prinzip der Tarifeinheit im Betrieb ohnehin weichen müsste?

Schließlich hat Tarifpluralität auch im einzelnen Arbeitsverhältnis Konsequenzen, die zu durchdenken sind: Wenn verschiedene Arbeitnehmer Mitglieder unterschiedlicher Gewerkschaften sind, weiß der Arbeitgeber nicht ohne weiteres, welcher Arbeitnehmer in welcher Gewerkschaft organisiert ist. Für ihn stellt sich also die Frage, wen er nach welchem Tarifvertrag behandeln soll. Hat er etwa das Recht, nach der Gewerkschaftszugehörigkeit zu fragen? Problematisch ist auch ein anderer Punkt: In der Praxis wird in 90% aller Arbeitsverträge auf Tarifverträge Bezug genommen. Wenn eine solche Bezugnahmeklausel zum Beispiel lautet: „Es gilt der für die *Lokführer* jeweils einschlägige Tarifvertrag“, welcher ist das dann: der GDL-Tarifvertrag oder der transnet/GDBA-Tarifvertrag?

Sie sehen: Fragen über Fragen, die sicher genügend Stoff für das nun folgende Streitgespräch geben. ■

Bucerius Law Journal: Herr Bepler, Sie haben die jüngere Diskussion um Tarifeinheit und Tarifpluralität maßgeblich mit begleitet. Welche Erträge aus dieser Diskussion sehen Sie – und kann man sagen, dass mittlerweile alles Wesentliche gesagt wurde?

Bepler: Ich denke, dass man wahrscheinlich nicht mehr sehr viele neue Argumente zu diesem Thema erhoffen kann. Wir haben als Senat im Januar / Februar dieses Jahres sehr intensiv mit verschiedenen Verbänden und Verbandsvertretern diskutiert – eigentlich, muss man ehrlicherweise sagen, an der ZPO vorbei. Das hat uns aber nicht sehr bekümmert: Wenn man die Rechtsprechung dafür einsetzt, gesetzesvertretend tätig zu werden, muss man ihr auch zugeben, sich Informationen wie der Gesetzgeber zu verschaffen. Nur, Sie dürfen nicht annehmen, dass die Antwort „Argumente sind genug gewechselt worden, es gibt wohl keine neuen mehr“ gleichbedeutend ist mit der Antwort auf die Frage „Soll Tarifeinheit aufrechterhalten werden oder nicht?“. Wäre ich der Meinung, dieses Thema sei abschließend geklärt, hätte ich mich wohl nicht so beherrschen können, hier sphinxartig zu sitzen.

Ich will aber gerne ein Faktum und eine Entschuldigung loswerden. Das Faktum ist: Wir hatten im März, als wir die Entscheidung zu dem Thema angekündigt hatten, sehr umfangreiche Gutachten vorliegen und die Beratung mit den ehrenamtlichen Richtern zum ersten Mal, seit ich am Bundesarbeitsgericht bin – und das sind immerhin schon 14 Jahre –, nicht für 9.00 Uhr am selben Morgen anberaumt, sondern bereits für 14.00 Uhr vor dem Sitzungstag. Daraus mögen Sie bitte schließen, dass wir diskussionswillig – fast -wütig – waren. Wir wollten hier wirklich in eine offenere, langwierige und präzise Diskussion eintreten.

Zur Entschuldigung, die vielleicht auch ein bisschen ins Thema führt: Herr Professor Jacobs sprach in seinem Eröffnungsvortrag davon, wie vorteilhaft es sei, wenn durch Konkurrenz alte Verkrustungen aufgelöst und neue Entwicklungen angestoßen werden, und wie problematisch es ist, wenn dadurch Solidaritäten auf Arbeitnehmerseite aufgelöst werden. Da habe ich mich zu Herrn Fischer gebeugt und ihm zugeflüstert, dort beschriebe gerade jemand die beiden Seelen, die in seiner, Fischers, Brust kämpften.

Nun zuletzt noch zu der Frage, was eigentlich rausgekommen ist bei den vielen Gesprächen: Rausgekommen ist, dass – mit Ausnahme der Wissenschaft – nur sehr wenige Menschen die Abkehr vom Prinzip der Tarifeinheit wollen. Und es ist insbesondere festzustellen, dass das mit Politik, auch mit Sozialpolitik nichts zu tun hat. Der stellvertretende Vorsitzende des DGB ist derselben Meinung wie der Arbeitsrechtsverantwortliche der BDA, beide natürlich stets betonend, dass völlig andere Gesichtspunkte dahinter stehen, damit man das eigene Profil nicht verwässert. Aber dennoch: Völlig einheitliche Angst – das könnte für einen allgemeinen Konservativismus sprechen; es könnte aber auch dafür sprechen, dass es für das Prinzip der Tarifeinheit gute sachliche Gründe gibt.

BLJ: Herr Fischer, kann man sich solch intensive und facettenreiche Diskussionen in Maßen nicht schon deswegen sparen, weil der Grundsatz der Tarifeinheit sowieso verfassungswidrig ist?

Fischer: Ja, wenn es so einfach wäre, dass man einen Zettel schreibt mit Art. 9 III GG darauf und den dann in den Gerichtssaal hält, dann hätte ich damit schon viele Prozesse in meiner beruflichen Laufbahn gewonnen. Leider war dem nicht so, sondern es muss immer wieder um die konkrete Anwendung des Verfassungsrechts gerungen werden. Und das Verfassungsrecht wird durch vielerlei andere Überlegungen – richterpsychologische, soziologische, politische, rechtliche – überlagert. Natürlich ist es einfach zu sagen, jedermann und jeder Beruf ist berechtigt, eine Gewerkschaft zu gründen oder ihr beizutreten, das ist sein Grundrecht. Und es wäre dann komisch, sagte man, das gelte aber nicht für die Verkehrsbetriebe, für die Ärzte oder die Piloten. Das müsste eigentlich auf den ersten Blick ins Auge springen, tut es aber nicht. Und woran das wohl liegt: Es liegt an ganz mächtigen Interessen, knallharten wirtschaftlichen Interessen – auf beiden Seiten, wohlgemerkt. Verfassung ist ein Stück Papier – wirtschaftliche Interessen sind ein bisschen mehr.

BLJ: Herr Ubber, der BDA-Präsident Dieter Hundt hat in der FAZ vorgeschlagen, den Grundsatz der Tarifeinheit positivrechtlich ins TVG aufzunehmen. Wäre das eine Lösung in Ihrem Sinne?

Ubber: Das wäre sicherlich eine Lösung. Die Frage ist aber, ob man diese Lösung eigentlich braucht. Das hängt davon ab, ob der Grundsatz der Tarifeinheit nicht nur als richterliche Rechtsfortbildung verfassungsgemäß ist, sondern ob er – darüber hinaus gehend – nicht vielleicht die einzige Lösung ist, die tatsächlich verfassungsrechtlich geboten erscheint. Und das hängt natürlich wiederum davon ab, was wäre, wenn wir den Grundsatz der Tarifeinheit nicht hätten.

Zunächst einmal – um an das anzuknüpfen, was Herr Professor Jacobs in seinem Eröffnungsreferat bereits gesagt hat – ist es keine Besonderheit, dass höchste Gerichte wie das BAG das Recht fortbilden, schon gar nicht, wenn es um Fragen des Art. 9 III GG – Tarifrecht und Arbeitskampfrecht – geht. Um noch einmal auf die verfassungsrechtliche Komponente einzugehen – die Frage ist: Welche Grundrechte liegen denn im Widerstreit? Herr Fischer hebt hier Art. 9 III GG hervor. Er betont, dies sei ein hohes Gut, womit er natürlich Recht hat. Aber es gibt auch andere Grundrechte, die im Rahmen der praktischen Konkordanz miteinander in Einklang zu bringen sind: Art. 12 und 14 GG auf der Unternehmensseite, Art. 9 III GG ebenfalls auf Seiten der Unternehmen, aber auch Grundrechte des Arbeitgeberverbandes aus Art. 9 III GG. Zu berücksichtigen sind auch die Grundrechte aus Art. 9 III GG der konkurrierenden Gewerkschaften, die eine sehr viel größere Anzahl an Arbeitnehmern hinter sich haben und denen es darum geht, *ihren* Tarifvertrag für ihre Mitglieder – in unserem konkreten Fall: auch für Lokführer und für das Fahrpersonal, zugleich aber auch für alle übrigen Mitarbeitergruppen – zur Anwendung zu bringen. Schließlich kann sich auch die von Streiks betroffene Allgemeinheit auf Grundrechte berufen.

Und, was mir als das wichtigste erscheint: Die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems fällt ebenfalls unter den Schutz des Art. 9 III GG. Ich bin der Meinung, und darüber werden wir sicherlich noch näher diskutieren, dass das Tarifsystem, wie es sich in Deutschland seit den 50er Jahren entwickelt hat, jedenfalls nicht mehr aufrechtzuerhalten ist, wenn die Tarifeinheit fällt. Wir werden zu einem System gelangen, in dem nicht mehr die sonst von der Arbeitnehmerseite viel beschworene Solidarität eine Rolle spielt, sondern in der der Gruppenegoismus einzelner Arbeitnehmergruppen sich durchsetzen wird, und zwar ausgerechnet der Arbeitnehmergruppen, die besonders kampfstark sind. Diese Arbeitnehmergruppen – die zwar nicht zwangsläufig die wertvollsten Leistungen erbringen, die aber aufgrund ihrer Schlüsselpositionen in der Lage sind, den Betrieb stillzulegen – werden künftig die besseren Konditionen für sich durchsetzen. Wenn nun der Arbeitgeberseite vorgehalten wird: „Wettbewerb, das ist doch etwas Gutes, das fordert ihr doch immer“, dann hat dieser Wettbewerb wenig mit dem zu tun, was hier in Rede steht. Unter Wettbewerb stelle ich mir vor, dass mir zwei Anbieter – auf unseren Fall übertragen: Gewerkschaften – gegenüberstehen, die mir eine Leistung anbieten, und dass ich mir aussuchen kann, an wen ich mich wende. Das würde ich dann nach Qualität und Preis entscheiden. Die Situation hier ist eine ganz andere: Hier stehen dem Arbeitgeber mehrere Gewerkschaften gegenüber, mit denen er letztlich kontrahieren *muss*, weil ihn die Gewerkschaften ansonsten in einen Arbeitskampf hineinzerren werden, aus dem er nicht mehr herauskommt. Weshalb das so ist, wollen wir später vielleicht genauer diskutieren – jedenfalls an dieser Stelle schon einmal: Der Wettbewerbsgedanke greift hier nicht.

BLJ: Herr Bepler, wäre es denn eine Vereinfachungslösung in Ihrem Sinne, würde der Gesetzgeber den Grundsatz der Tarifeinheit ins TVG schreiben?

Bepler: Im Allgemeinen versuche ich, mich sehr zurückzuhalten. Bei dieser Frage nicht. Hier stimme ich völlig Herrn Ubber zu. Entweder muss der Grundsatz der Tarifeinheit aus verfassungsrechtlichen Gründen gekippt werden, dann hilft es beim besten Willen nichts, wenn ich in ein einfaches Gesetz reinschreibe, dass er aufrechtzuerhalten ist, oder es gibt verfassungsrechtliche Gründe, die dafür sprechen, den Grundsatz – trotz der Bedenken, die man hat – gleichwohl aufrechtzuerhalten, dann brauche ich ihn nicht im Gesetz.

BLJ: Professor Jacobs hat eingangs dargelegt, das BAG leite den Grundsatz der Tarifeinheit rechtsfortbildend aus den Prinzipien Rechtssicherheit und Rechtsklarheit her. Herr Bepler, wenn man sich nun einmal – unabhängig vom verfassungsrechtlichen Aspekt – das geltende Recht ansieht: Bleibt denn angesichts der Systematik des TVG überhaupt noch Raum für solche Rechtsfortbildung oder hat sich der Gesetzgeber nicht vielleicht schon längst entschieden? Kann man nicht im Umkehrschluss zur Sonderregelung für Betriebsnormen in § 3 II TVG davon ausgehen, dass für Individualnormen Pluralität nicht aufgelöst werden soll?

Bepler: Nun, Sie wissen, dass das Bundesarbeitsgericht keine Probleme hat, Räume für Rechtsfortbildung zu entdecken. Aber zum Thema: Ich finde es sehr bemerkenswert, dass Sie auf die Sonderregelung für Betriebsnormen zu sprechen kommen. Das wird immer wieder diskutiert, aber dieses Argument sollte man einfach aus dem Raum tun; es gehört da nicht hin. Betriebsnormen und Pluralität, das funktioniert nicht. Das ist deshalb verfehlt, weil Betriebsnormen nie Pluralität, sondern immer Konkurrenz begründen: Die Betriebsnormen richten sich an einen Arbeitgeber und nur er ist verpflichtet. Das heißt, es wird nie den Fall geben, dass in einem Unternehmen zwei Betriebsnormen gelten können. Bei Inhaltsnormen geht das, d.h. Pluralität ist praktisch möglich:

Arbeitnehmer A ist bei der Christlichen Gewerkschaft Metall, Arbeitnehmer B bei der IG Metall; der Arbeitgeber hat mit beiden Gewerkschaften kontrahiert. Da gibt es theoretisch und praktisch die Möglichkeit, dass beide Arbeitsverhältnisse unterschiedlichen Regelungen unterstehen. Wenn aber in einem der beiden Tarifverträgen steht „An Silvester bleiben die Geschäftsstellen geschlossen" – eine Entscheidung des 3. Senats von vor vielen Jahren [BAG NZA 1996, 1214 ff.], nach unserer Auffassung eine Betriebsnorm – und im anderen ist dies nur für Heiligabend vorgesehen, dann ist es völlig ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber die Geschäftsstellen für die CGM-Leute an Heiligabend schließt und für die IG-Metall-Leute öffnet und an Silvester umgekehrt verfährt. Er ist alleiniger Adressat der einander widersprechenden Normbefehle und muss einem davon gehorchen – und die Rechtsprechung muss das als Konkurrenzproblem lösen. Das ist nie ein Pluralitätsproblem gewesen – kann es auch nicht sein. Ansonsten: Dem Tarifvertragsgesetz wird sich eine abschließende Regelung angesichts der knappen Sätze, die sich dort finden, nicht entnehmen lassen. Sagen wir es so: Ich halte beide Lösungen – die Tarifeinheitslösung, die von bestimmten Ordnungsvorstellungen getragen ist, als auch die Pluralitätslösung – unter dem Dach des TVG für ableitbar.

Das Problem ist für mich aber weniger, wie Herr Ubber sagte, die konkurrierenden Grundrechte verschiedener Parteien, sondern letztlich die Frage: Art. 9 III GG versus Gemeinwohl. Und zwar Gemeinwohl in der Ausprägung der Tarifautonomie, des funktionierenden Tarifvertragssystems in unserem Wirtschaftssystem. Das ist die Abwägungsfrage! Nur daran kann es scheitern oder nicht scheitern. Wir bewegen uns auf der Verfassungsebene und stellen uns nicht primär die Frage: Wie lege ich die §§ 1, 3 oder 4 TVG aus? So gerne wir das täten.

BLJ: Herr Fischer, wie würden Sie das sehen?

Fischer: Also zunächst mal: Das TVG ist mein Lieblingsgesetz. Es hat zwölf Paragrafen und die Kommentatoren bringen es auf 1.700 Seiten. Das ist für mich der Inbegriff der Jurisprudenz. Zwei Seiten Gesetzestext, 1.700 Seiten Kommentar. Da weiß man wenigstens, warum man studiert hat. Und die Öffentlichkeit weiß, warum sie Juristen braucht: Weil sie mit den Gesetzen nämlich wenig anfangen kann. Das ist das eine.

Das zweite ist: Tarifrecht ist Recht in Bewegung, *law in motion*, und zwar deshalb, weil Tarifrecht – wie das Arbeitsrecht überhaupt – natürlich an den sich rasch wandelnden Wirtschaftsbedingungen klebt. Und aufgelöst wurde die Tarifeinheit von den deutschen Arbeitgeberverbänden; sie wurde aufgelöst in dem Moment, als das Outsourcing begann: Sie können sich vielleicht an Zeiten erinnern, da gab es bei Karstadt, Kaufhof und Hertie Gaststätten, wo man günstig Currywurst mit Pommes essen konnte, und die Mitarbeiter, die dort beschäftigt wurden, unterlagen den Tarifbestimmungen, die damals von der HBV abgeschlossen wurden. Als die Arbeitgeber mit diesen Tarifverträgen nicht mehr einverstanden waren, gründeten sie diese Gaststätten als eigenständige Kaufhaus-Gaststätten-GmbHs aus und traten flugs dem Arbeitgeberverband Hotel und Gaststättengewerbe bei. Somit war nunmehr die NGG zuständig und schloss Tarifverträge ab. Gleiches tat das Kaufhaus beispielsweise mit dem Fuhrpark, der ausgegliedert wurde und dem Arbeitgeberverband Verkehr und Transport beitrat. Nun kann ich Ihnen für alle Branchen und für alle großen Unternehmen die Fälle nennen, wo man durch Unternehmerentscheidung in eine Tarifpluralität gekommen ist. Denn: Die Gaststätte ist nicht aus dem Kaufhaus verlagert worden; der Fuhrpark ist nicht aus dem Unternehmen verlagert worden. Sondern unter einem Dach gab es nun plötzlich eine bunte Vielfalt an und einen Wettbewerb zwischen Tarifverträgen.

Und es gibt noch ein zweites Phänomen, das die Tarifeinheit aufgelöst hat: Das ist die Leiharbeit. Politisch gefördert, politisch durchgesetzt und jetzt auch ökonomisch erfolgreich – mit der Folge, dass wir teilweise Betriebe haben, wo 25% der Belegschaft Leiharbeitnehmer sind. Die Tarifverträge, die dort galten, haben mit denen bspw. von der IG Metall wenig zu tun. Das heißt, dass die ganze Debatte – „Alles ist neu, alles von Arbeitnehmerseite aufgekommen!" – eine Schein- oder Gespensterdebatte ist. Entscheidend ist die Veränderung in der Struktur der Wirtschaft.

Nun komme ich doch einmal auf die Deutsche Bahn AG zu sprechen: Die war bis 1994 eine Bundesbehörde und wurde anschließend als Aktiengesellschaft neu aufgestellt. Dann kam die Bahn auf den Gedanken, wir divisionieren so: Wir machen einen Geschäftsbereich „Traktion" für alle Lokführer, einen Geschäftsbereich „Netz", dem alle netzbezogenen Aufgaben zugeordnet werden, usw. Bis man dann aber feststellte, dass bspw. im Geschäftsbereich Traktion die betriebsverfassungsrechtlichen Mehrheiten alle in die GDL übergingen. Und dann wurde – möglicherweise nicht nur, aber auch aus diesen Gründen – gesagt: „Das machen wir jetzt anders." Jetzt machen wir „Fernverkehr" und da kommen ein paar Lokführer rein, „Regionalverkehr", dem ein paar Lokführer zugeordnet sind, „DB Regio" – auch da kommen ein paar Lokführer rein – usw. Außerdem eine Gesellschaft für den Ticketverkauf, eine für das Marketing – hundert Gesellschaften unter dem Dach der Bahn mit völlig unterschiedlichen Aufgabenstellungen, so dass ich zu der These komme: Die Diskussion, die wir hier führen – „Tarifeinheit im Betrieb" –, ist jedenfalls bei der Bahn eine Schimäre.

Bei der Bahn gibt es 200, 300 Betriebe in einem Konzern, und dass das BAG gesagt hätte, es müsse im Konzern Tarifeinheit herrschen, das habe ich allerdings noch nicht gehört. Und deshalb verstehe ich Teile der Debatte nicht, weil das, was im dortigen Fall gerade läuft, mit Tarifeinheit *im Betrieb* nichts, aber auch gar nichts zu tun hat. Sondern wir reden hier über Tarifeinheit *im Konzern*. Darüber kann man ja reden, ob das ein Prinzip ist. Das BAG hat entschieden: Einen Gleichbehandlungsgrundsatz im Konzern gibt es nicht. Warum dann aber plötzlich Tarifeinheit im Konzern sein soll – *I don't know*.

Ubber: Das ist einfach nicht richtig, Herr Fischer. Wir reden im konkreten Beispielsfall, bei der Bahn, durchaus von einer Struktur, in der in jedem einzelnen Betrieb Lokführer und andere Mitarbeiter tätig sind. Und diese Mitarbeiter, z.B. die Lokführer, sind zum Teil Mitglieder der GDL, und zum nicht geringen Teil Mitglieder bei Transnet und GDBA. Bei den Zugbegleitern und Bistromitarbeitern, die im gleichen Betrieb tätig sind, ist die Situation nochmals eine andere: Dort ist die weit überwiegende Mehrheit bei Transnet und GDBA und nur ein geringer Teil bei der GDL. Und die GDL ist keine reine Spezialistengewerkschaft, sondern eine Gewerkschaft, die sich für alle Mitarbeiter öffnet. Jeder, der im Bahnbereich tätig ist, kann dort Mitglied werden; für jeden hat die GDL in der Vergangenheit auch Tarifverträge ausgehandelt. Diesen

Pfad verlässt sie nun dadurch, dass sie sich auf reine – seit heute wieder – „Fahrpersonal-Tarifverträge" beschränkt.

Auf einen Punkt, der gerade eben schon angesprochen wurde, würde ich an dieser Stelle gerne noch zu sprechen kommen: Wurde mittlerweile von den vielen Leuten, die in den vergangenen 30 Jahren zum Prinzip der Tarifeinheit und den praktischen Problemen geschrieben haben, schon alles gesagt und alles durchdacht? Vielleicht wurde ein Argument noch nicht vertieft diskutiert, und dies betrifft genau die Problemkonstellation, wie sie sich im Moment in der laufenden Tarifauseinandersetzung zeigt. Am Anfang war die Bahn in einer Situation, in der auf der einen Seite mit der Tarifgemeinschaft Transnet und GDBA, auf der anderen Seite mit der GDL Tarifverhandlungen geführt wurden. Es gab dann Warnstreiks von beiden Seiten, und unter dem Druck dieser Warnstreiks hat man sich letztlich zu einem Tarifabschluss mit Transnet und GDBA durchgerungen, der für alle Mitarbeitergruppen – einschließlich der Lokführer und des gesamten Fahrpersonals – gilt. Nachdem dieser Tarifabschluss unter Dach und Fach ist, kommt nun die GDL und sagt: „Wir streiken, wir wollen nämlich für das Fahrpersonal 31% mehr Lohn." Wenn es nun möglich wäre, nach Abschluss eines für alle Mitarbeitergruppen geltenden Tarifvertrags für einen Spartentarifvertrag zu streiken, dann hätte die Arbeitgeberseite keine Möglichkeit, mit auch nur einigermaßen griffigen Abwehrmechanismen zu reagieren. Sie müsste diesen Streik hinnehmen, müsste zu 31% abschließen und sich damit den Tarifabschluss von der GDL diktieren lassen, denn sie hätte keine Möglichkeit, Abwehrmaßnahmen zu ergreifen. Warum? Die Arbeitgeberseite kann nicht aussperren – und die Aussperrung ist die einzige, wirklich griffige Arbeitskampfvariante, die ein Unternehmen, jedenfalls eines wie die Bahn, hier hat. Sie kann deshalb nicht aussperren, weil sie den Mitgliedern der Gewerkschaften Transnet und GDBA zum Frieden verpflichtet ist, nachdem dort ja ein Tarifvertrag abgeschlossen wurde. Und sie kann auch deshalb nicht nur die GDL-Mitglieder aussperren, weil eine selektive Aussperrung nach der Rechtsprechung des BAG nicht möglich ist. Abgesehen davon wäre die selektive Aussperrung von GDL-Lokführern auch kein Mittel, das hier greifen würde. Das heißt, die GDL könnte nach Belieben streiken, was die Bahn – in der Diktion des Großen Senats des BAG – zu dulden und durchzustehen hätte.

Gehen wir davon aus, es käme irgendwann zum Abschluss mit der GDL: Dann käme nun als nächstes die Tarifgemeinschaft aus Transnet und GDBA und sagte: „Wir haben in unserem Tarifvertrag eine Revisionsklausel durchgesetzt, d.h. wir können ihn jetzt außerordentlich kündigen, weil die GDL bessere Konditionen erzielt hat." Und dann hätte die Tarifgemeinschaft die Möglichkeit, erneut mit dem Ziel des Aufsattelns auf die erreichten GDL-Konditionen zu verhandeln. Dann schließen – vielleicht nach neuen Streiks – Transnet und GDBA eventuell einen Tarifvertrag ab, der über dem der GDL liegt. Weil die GDL das natürlich vorhersehen konnte, hat auch sie sich eine Revisionsklausel in ihrem Tarifvertrag ausbedungen. Wenn es nun also zum erhöhten Abschluss mit der Tarifgemeinschaft kommt, legt die GDL wieder los und streikt erneut. Und so schaukeln sich die Positionen beider Gewerkschaftsgruppen immer weiter in die Höhe.

Was macht nun ein Unternehmen, das mit einer solchen Situation konfrontiert ist? Ein Unternehmen, das nun nicht wie die Bahn an die Schiene gebunden ist, etwa ein Produktionsunternehmen, würde so reagieren, wie jedes Unternehmen auf zu hohe Tarifabschlüsse in den letzten zehn Jahren reagiert hat: Es schließt seine Pforten hier in Deutschland und verlegt seine Produktion ins Ausland. Das kann die Bahn nicht tun. Sie ist darauf angewiesen, in Deutschland und mit hier ansässigen Arbeitnehmern tätig zu werden. Deshalb wären in einer solchen Situation die Kampfparität und die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems nachhaltig gestört, wenn der Grundsatz der Tarifeinheit aufgegeben würde. Und das ist, denke ich, ein Aspekt, der in der bisherigen Diskussion noch deutlich zu kurz kam. In der letzten NZA hat Herr Greiner dazu etwas geschrieben, das in die richtige Richtung geht [NZA 2007, 1023 ff.] – vielleicht aber mit dem falschen Lösungsansatz. Er schreibt, die lösende Aussperrung müsse möglich sein. Ich weiß nicht, ob das den richtigen Weg beschreibt und in Ihrem Interesse wäre, Herr Fischer.

Bepler: Ich würde dazu gerne loswerden, dass das Szenario von Herrn Ubber bei rein tarifrechtlicher Betrachtung sicherlich richtig ist. Ich bin mir nur nicht sicher, ob das eine Frage von Tarifeinheit oder Tarifpluralität ist. Ich räume ein, das Argument war auch für uns vom Vierten Senat relativ neu, als es durch das Urteil des ArbG Düsseldorf publiziert wurde [ArbG Düsseldorf, Beschluss v. 9.7.2007 – 11 Ga 64/07, EzA-SD 2007, Nr. 16, 14 f. sowie Urt. v. 1.8.2007 – 11 Ga 74/07].

Ich glaube zu wissen, dass das Unwohlsein bei den derzeitigen Auseinandersetzungen auch auf Arbeitnehmerseite etwas damit zu tun hat, dass es in der Tat sein kann, dass im Zuge der Diskussion das Arbeitskampfrecht erheblich verändert wird. Das ist ein Risiko, das die Arbeitnehmerbewegung sehen muss und natürlich auch sieht. Und insofern, Herr Ubber, könnte die Lösung Ihres Problems natürlich auch im Arbeitskampfrecht liegen. Lassen Sie mich eine These einfach einmal in den Raum werfen, weil ich nicht im Ersten Senat bin: Ob tatsächlich aus einem Tarifvertrag, der eine Revisionsklausel enthält, eine Friedenspflicht erwächst – darüber kann man heftig diskutieren. Die Insider unter Ihnen können sich vielleicht erinnern: Es gab einen Fall, in dem ein nicht organisierter Einzelarbeitgeber einen ungekündigten Anerkennungstarifvertrag, was die einschlägigen Flächentarifverträge angeht, abgeschlossen hatte und im Hinblick auf eine angestrebte Änderung des einschlägigen Flächentarifvertrag mit bestreikt wurde, weil der Flächentarifvertrag über die Anerkennung auch auf ihn ausstrahlen würde. Die Gewerkschaft rief nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts auch die Arbeitnehmer des eigentlich durch den Anerkennungstarifvertrag geschützten Arbeitgebers rechtmäßig zum Streik auf. Die Aussage des Bundesarbeitsgerichts [BAG, NZA 2003, 866 ff.] war: Wenn ich mich in ein bestimmtes Tarifvertragssystem hineinbegebe – und sei es auch mittelbar, indem ich sage, ich erkenne das an, was die anderen abgeschlossen haben –, dann muss ich auch riskieren, dass ich in einen Arbeitskampf, der dort stattfindet, einbezogen werde.

Ist das hier nicht eine vergleichbare Situation – mit einem Tarifvertrag, der selbst sagt „Ich will nur gelten, bis möglicherweise etwas anderes in Betracht kommt"? Wenn das so wäre, dann hätten wir hier fast wertlose Tarifverträge. Denn eines muss den Arbeitnehmerorganisationen klar sein: Das Vorteilhafte an Tarifverträgen für Arbeitgeber ist, dass sie durch die Friedenspflicht aus dem Tarifvertrag auf Zeit geschützt werden und so Kalkulationssicherheit haben. Diese „Sicherheit

auf Zeit“ ist die Gegenleistung für die Arbeitgeber im Tarifvertragssystem. Und wenn ich diese durch solche dem Wettbewerb konkurrierender Gewerkschaften geschuldeten Klauseln verwässere oder gefährde, entwerte ich das System. Dieses Problem der Systemgefährdung lässt sich überhaupt nicht bestreiten – die einzige Frage ist die nach der Gewichtigkeit.

Fischer: Ich kann Herrn Ubber nicht ganz so schnell entlassen aus der Thematik „Tarifeinheit im Betrieb oder im Konzern“. Und ich weiß auch nicht, ob das Bundesarbeitsgericht, als es anfing, über die Tarifeinheit nachzudenken, überhaupt wusste, was ein Konzern ist. 1957 gab es diese Phänomene nicht. Damals hatten wir eine monolithische Industriestruktur und -kultur, da hatte die BASF 40.000 Leute in Ludwigshafen, und die waren alle bei einem Arbeitgeber beschäftigt, nämlich der BASF AG. Und wenn Sie heute in die großen Unternehmen schauen, dann sehen Sie dort unter einem Konzerndach hunderte von Konzerngesellschaften, die als Arbeitgeber auftreten. Und das BAG ist aufgerufen, die Fragen, die sich daraus ergeben, im Rahmen der Debatte um die Tarifeinheit sorgfältig daraufhin zu prüfen, ob es nicht Differenzierungsnotwendigkeiten zwischen einer Tarifeinheit im Betrieb, im Unternehmen und im Konzern gibt. Das ist das eine.

Das andere ist: Ich kann noch etwas zu dem ergänzen, was Herr Bepler zur sog. Revisionsklausel sagt. Der Tarifvertrag zwischen der Tarifgemeinschaft Transnet/GDBA und der Deutschen Bahn enthält eine Klausel – die übrigens nicht Revisionsklausel, sondern Konkurrenzklausel heißt –, in der folgendes steht: Solange noch um einen anderen Tarifvertrag gestritten wird, haben die Arbeitnehmer keine Ansprüche aus diesem Tarifvertrag. Das heißt, dass im Moment noch gar keine normative Wirkung des Tarifvertrages entstanden ist. Das heißt, im Moment gibt es überhaupt kein Tarifpluralitätsproblem – aber das nur am Rande.

Grundsätzlich aber muss man sich die Frage stellen: Ist die Tarifeinheit dazu da, unliebsame Gewerkschaften außen vor zu lassen? Ist es wirklich Sache der Gerichte, darüber zu entscheiden, welcher Gewerkschaft sich Mitglieder wirksam anschließen können sollen? Da habe ich doch erhebliche Bauchschmerzen, und da sind alle möglichen Konkordanzfragen, von denen wir eben schon gehört haben, aus meiner Sicht zunächst mal hintanzustellen. Art. 9 III GG ist seinem Wesen nach zunächst einmal ein Arbeitnehmergrundrecht. Sekundär, abgeleitet daraus, erst ein Arbeitgebergrundrecht. Und die Auslegung von Art. 9 III GG muss im Lichte der Schutzfunktion dieses Grundrechts gesehen werden. Und die Schutzfunktion heißt: Jedermann – und das heißt auch: jeder Beruf – hat das Recht, Gewerkschaften zu gründen und ihnen beizutreten. Auch eine berufsspezifische Ausrichtung der Gewerkschaften sollte zulässig sein. Und hier gehe ich ganz kurz in die Historie: Natürlich hatten wir Erfahrungen aus der Weimarer Republik, die negativ waren, weil durch die Zersplitterung der Arbeiterbewegung in christliche Gewerkschaften, Hirsch-Duncker’sche Gewerkschaften, kommunistische Gewerkschaften, nationalsozialistische Gewerkschaften, SPD-Gewerkschaften usw. – nicht nur deshalb, aber auch deshalb – der Faschismus freie Bahn hatte. Und nach dem Krieg war ein *politischer* Wille da, jedenfalls bei den DGB-Gewerkschaften: Wir wollen eine Einheitsgewerkschaft! Wir wollen das Prinzip: Ein Betrieb, eine tarifvertragsschließende Gewerkschaft. So steht es auch in der DGB-Satzung. Aber so steht es eben nicht in Art. 9 III GG. Das mag man politisch bedauern, aber in Art. 9 III GG steht genau das Gegenteil: Jedermann, auch jeder Beruf! Also Pluralität! Und obwohl dieser politische Wille in den 40er und 50er Jahren noch massiv war und auch das BAG unter *Nipperdey* mit Sicherheit beeindruckt hat, gab es auch schon damals christliche Gewerkschaften. Und es gab die DAG, die über eine halbe Million Mitglieder hatte. Das war die erste tarifplurale Konstellation in der deutschen Sozialgeschichte nach 1949.

Und deshalb meine ich, dass man das Grundrecht nach Art. 9 III GG auch in diesem Lichte sehen muss. Der politische Wille nach Einheitsgewerkschaften hat sich eben nur teilweise durchgesetzt. Und der ist – aus welchen Gründen auch immer – ins Bröckeln gekommen.

BLJ: Unterstellt, Tarifpluralität wird in die Betriebe einziehen. Herr Fischer, sehen Sie dann Modifikationsbedarf im geltenden Arbeitskampfrecht? Sehen Sie etwa die Kampfparität gefährdet oder sind neue Gesichtspunkte im Rahmen von Verhältnismäßigkeitserwägungen zu berücksichtigen – wenn bspw. Spezialistengewerkschaften streiken?

Fischer: Grundsätzlich meine ich, unser System ist relativ belastbar und das BAG hat schon viele andere Krisen bewältigt und wird auch diese Krise bewältigen. Wenn der Gesetzgeber es nicht schafft, sich daran zu machen, die Fragen zu regeln, dann bleibt nichts anderes übrig, als dass die Praxis diese Rechtslage selbst gestaltet. Das kann sie tun, indem sich die Arbeitgeberverbände und die Gewerkschaften an einen Tisch setzen und selbst Regelungen schaffen. So wie es in Europa ja möglich ist, wo Richtlinien mittlerweile zu großen Teilen aus Verhandlungen der Dachverbände von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden entstehen. Über ein derartiges Modell könnte man nachdenken – in der Schweiz gibt es ja auch Vergleichbares –, um diese neuen Verhältnisse in den Griff zu bekommen. Aber ich weiß, dass die Chancen dafür gering sind. Also wird das BAG auch in Zukunft gut zu tun haben, und ich bin sicher, dass das BAG diese Aufgabe bewältigen wird. Aber – und da bin ich sicher – es müssen mit Sicherheit völlig neue Gedankengänge angestellt werden.

Einige Punkte haben Sie genannt. Mir ist völlig klar – ein System, das zu einem „Gewerkschafts-Hopping“ führt, das zu einem Aufschaukeln von Tarifverträgen führt, wird in der Öffentlichkeit keine Erfolgschancen haben. Rechtssysteme haben nur dann Erfolg, wenn sie Akzeptanz in der Gesellschaft finden. Bei der Lufthansa hat man das Problem gelöst, indem man eine zeitliche Synchronisierung geschafft hat. Und das, eine effektive zeitliche Synchronisierung, ist meines Erachtens zwingend.

Aber man muss auch bedenken: Die Effektivität eines Streikes hängt nicht nur von den rechtlichen Rahmenbedingungen ab, sondern sie hängt auch ganz wesentlich von anderen Rahmenbedingungen ab: Habe ich im Unternehmen vielleicht Beamte, die als Streikbrecher einsetzbar sind? Kann ich es schaffen, durch Streikbrecher aus anderen Ländern und aus aktivierten Ruhestandsverhältnissen den Streik durchzustehen? Das ist im Moment die Strategie der Bahn – völlig legitim. Das ist ganz normale Härte des Arbeitskampfes.

BLJ: Man sieht also, dass auch Arbeitgeber kämpfen können. Doch die Frage bleibt: Muss es zu rechtlichen Modifikationen kommen oder liegen solche nahe, wenn es zur betrieblichen Tarifpluralität kommt?

Bepler: Nach meiner Kenntnis wird vor Boxkämpfen selten gesagt, dass man sich die Schlaghand verstaucht hat. Man sollte also Äußerungen vor Arbeitskämpfen um die eigenen Fähigkeiten, Arbeitskampfmaßnahmen abzuwehren, vielleicht nicht zu hoch aufhängen. Ich denke schon, dass Herr Ubber Recht hat und dass die Möglichkeiten der Deutschen Bahn, auf Arbeitskämpfe zu reagieren, nicht allzu günstig sind. Das Verlagern des Verkehrs über die Grenzen ist jedenfalls keine Lösung.

Um auf Ihre Frage präzise zu antworten: Es muss ein neues Arbeitskampfrecht geschrieben werden. Ob sich die Regeln dort grundlegend ändern, ist eine ganz andere Frage. Aber Sie können beispielsweise in jedem Lehrbuch des Arbeitskampfrechts, das Sie aufschlagen, lesen: Am Arbeitskampf, dessen Rechtmäßigkeit vom Aufruf einer Gewerkschaft im Rechtssinne außerhalb des Zeitraums der Friedenspflicht abhängt, darf sich jedes Mitglied der betreffenden Gewerkschaft, jeder Nichtorganisierte und jeder Andersorganisierte beteiligen. Und Herr Ubber sagte gerade: Aber die Andersorganisierten unterliegen doch der Friedenspflicht, die kann ich nicht aussperren. Wenn er Recht hat, dann stimmt der erste Satz nicht. Einer von beiden ist falsch. Wir wissen nicht, welcher. Es gibt keine Entscheidung des 1. Senats dazu. Es wird sie geben, irgendwann einmal.

Nur, was ich damit deutlich machen will, ist folgendes: Wir haben bisher aufgrund der Tarifgemeinschaften und der Friedfertigkeit der konkurrierenden Gewerkschaften das Problem nicht gehabt. Jetzt aber stellen wir fest, dass es mehrere Gewerkschaften gibt, die zu entsprechender Zeit kampfbereit sind. Man muss eigentlich sagen: Die Friedenspflicht ist im Wege ergänzender Auslegung dem Tarifvertrag zu entnehmen. Die dadurch gebundenen Parteien sind der Arbeitgeberverband und die Gewerkschaft. Wo steht etwas davon, dass die Friedenspflicht sich auf die Arbeitnehmer erstreckt? Ist das ein Vertrag zulasten Dritter? Sie finden dazu nichts, weil das noch nie eine Rolle gespielt hat. Wir wissen eines: Wenn die GDL zum Arbeitskampf aufruft, dann wird Transnet wohl nicht berechtigt sein, den Transnet-Lokführern Streikunterstützung zu zahlen, wenn die sich an dem Streik beteiligen. Diese Möglichkeit ist zwar nicht besonders realistisch, aber ich will damit folgendes sagen: Unterstellt, der Tarifvertrag vermittelt die Friedenspflicht, ist die Organisation gesperrt. Was mit der Streikbeteiligungsbefugnis der Arbeitnehmer ist und damit auch mit deren Aussperrbarkeit, wissen wir nicht. Wir können uns dazu Gedanken machen, aber es gibt keine höchstrichterliche Entscheidung, geschweige denn eine des Bundesverfassungsgerichts. Hier sind wir in einem völlig ungeordneten Raum.

Lassen Sie mich noch zwei Fragen zur Arbeitskampfrisikolehre anreißen: Ich unterstelle, dass aufgrund des Streiks der GDL beim Fahrpersonal Schichten ausfallen. Im Fahrpersonal finden sich Transnet-Mitglieder. Kann der Arbeitgeber nun sagen: „Ich kann Euch nicht beschäftigen – deshalb habe ich auch keine Lohnzahlungspflicht.“? Gilt das auch dann, wenn ich damit Leute in die Solidarität einbinde, die mit den Streikenden überhaupt nicht solidarisch sein wollen? Oder das Thema suspendierende Stilllegung, ein Lieblingskind der 90er Jahre. Kann ein Arbeitgeber, der von der GDL bestreikt wird, seinen Betrieb schließen, wenn 200 Andersorganisierte sehr gern arbeiten würden? Wir wissen es nicht. Unser Modell geht bisher von völlig anderen Abläufen aus. Und wenn es zu anderen Abläufen kommt, wie sie sich jetzt andeuten, dann muss man anfangen, von vorne zu denken, und man muss die ganzen Regeln, die es gibt, daraufhin abklopfen, ob sie noch funktionieren. Die Leitlinie ist die Kampfparität. Die Gerichte werden unter diesen Begriff subsumieren, und sie werden sich fragen, ob ein Kampf, bei dem angemessene Ergebnisse zu erwarten sind, unter diesen Rahmenbedingungen möglich ist. Diese Fragestellung wird neu zu durchdenken sein, wenn die Dinge sich so entwickeln, wie es sich andeutet.

Ubber: Das Szenario, das Sie aufzeichnen, ist schon kompliziert. Doch es wird noch komplizierter dadurch, dass die Arbeitgeberseite gar nicht weiß, wer denn GDL-Mitglied, Transnet-Mitglied oder GDBA-Mitglied ist. Vielleicht ist der eine oder andere sogar Mitglied bei mehreren Gewerkschaften. Selbst wenn wir also ein Muster hätten, nach dem die Abwehrmaßnahmen der Arbeitgeberseite funktionieren könnten, könnte der Arbeitgeber nach diesem Muster gar nicht verfahren, weil er keine Kenntnis über die Gewerkschaftsmitgliedschaft hat und diese ja auch gar nicht haben soll.

Bepler: Sie gehen dabei aber von einer Prämisse aus, die fraglich ist: Es ist fraglich, ob zwischen den Arbeitnehmern wirklich zu differenzieren ist. Das Szenario ist für die Arbeitnehmerseite viel schlimmer. Alle dürfen sich beteiligen, alle dürfen ausgesperrt werden. Nur: Die einen bekommen keine Streikunterstützung von ihrer Organisation. Die Solidarität zwischen den Arbeitnehmern bräche weiter weg. Das ist ein Szenario, mit dem man rechnen muss.

Ubber: Wenn nicht zu differenzieren ist. Wenn man aber unterstellt, man müsse unterscheiden zwischen den Mitgliedern verschiedener Gewerkschaften, dann hat – so sagt zum Beispiel Professor Jacobs – der Arbeitgeber im Falle der Tarifpluralität ein Fragerecht. Und wenn die Frage nicht zutreffend beantwortet wird, dann ist das vor Gericht zu klären. In einer Arbeitskampfsituation ist es aber abwegig, dass ein Arbeitnehmer, der gefragt wird: „Sind Sie Mitglied der GDL, denn wir beabsichtigen, Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen?“ darauf überhaupt antworten wird, und dass er auch noch wahrheitsgemäß antworten wird und seinen Gewerkschaftsausweis auf den Tisch legt. Hier den Arbeitgeber darauf zu verweisen, erst einmal alle Arbeitnehmer auf Auskunft darauf zu verklagen, in welcher Gewerkschaft sie denn sind – wobei sie natürlich auch von heute auf morgen die Gewerkschaftszugehörigkeit ändern können, was ja gerade auch in einer Verhandlungs- und Kampfsituation, in der die eine Seite soeben ein Ergebnis erzielt hat, nicht so ganz unwahrscheinlich ist – das ist, denke ich, völlig unzumutbar.

Zu der Frage, wie sich das Arbeitskampfrecht verändern wird: Wir sind im Moment in einer Situation, in der sich die Arbeitgeberseite auf der gesicherten Basis der Rechtsprechung von 1957 bis jedenfalls 2006 bewegt. Wenn es denn so sein sollte, dass sich das BAG einmal vom Grundsatz der Tarifeinheit entfernen wird, dann wird es das durch eine Ankündigungsrechtsprechung deutlich machen oder aber unmittelbar bei gegebenem Anlass. Gelegenheit hätte es dazu schon in Entscheidungen im Jahr 2006 gegeben. Bislang fehlt aber eine Entscheidung, die einen Leitfaden enthält, wie mit den Problemen zukünftig umzugehen ist. Einem Unternehmen zuzumuten, von bisherigen Gepflogenheiten und von der Anwendung der Grundlagen abzuweichen, die bisher in der

Bundesrepublik Deutschland das Fundament des Tarif- und Arbeitskampfrechts bilden, ist absolut unmöglich. Es ist nun einmal völlig unklar, was in verschiedenen denkbaren Konstellationen gelten soll, wenn Tarifeinheit womöglich einmal nicht mehr gilt.

Nur ein Beispiel: Arbeitszeitregelungen – die Lokführer verlangen ja auch eine Verkürzung der Arbeitszeit, eine Veränderung von Schichtregelungen. Nehmen wir an, für verschiedene Lokführergruppen gelten verschiedene Arbeitszeitregelungen, dann ist es nicht möglich, Schichtpläne aufzustellen, die man dann nebeneinander anwenden kann. Man müsste bei der Frage, ob ein bestimmter Lokführer von Frankfurt nach Hamburg fahren kann, danach differenzieren, ob er GDL- oder Transnet-Mitglied ist. Wenn dieser Lokführer die Gewerkschaft wechselt, ist der ganze Schichtplan hinfällig. Und man weiß ja nicht einmal, wer in welcher Gewerkschaft ist. Der Lokführer mag einen Anspruch haben, doch wenn er es mir nicht sagt, dann hilft mir das auch nicht weiter.

Fischer: Sie haben im Ausgangspunkt nicht Recht. Der Ausgangspunkt ist, dass wir uns auf der Ebene des geltenden Rechts bewegen, und da haben Sie insofern nicht Recht, als das für die Arbeitskampfdebatte in Bezug auf die Tarifpluralität nicht gilt. Es gilt nur für die Normanwendungsdebatte: Das Bundesarbeitsgericht hat bisher nur auf der Normanwendungsebene, also wenn schon verschiedene Tarifverträge existieren, die Tarifeinheit postuliert. Hier reden wir aber nicht über Tarifanwendung, weil es einen Tarifvertrag noch gar nicht gibt, sondern über Normschaffung. Über die Normschaffung im Rahmen von Tarifpluralitäten hat das BAG bisher kein einziges Wort verloren. Es hat lediglich die Konsequenz benannt: Später einmal, wenn ein Tarifvertrag da ist, wird er eventuell verdrängt. Jetzt stelle man sich vor, die GDL setzt sich mit ihren Forderungen durch und dann treten alle plötzlich in die GDL ein. Wo bleibt da die Tarifpluralität? Die gibt es dann nicht mehr, weil alle plötzlich in der GDL sind. Darum geht's: dass die Arbeitnehmer die Wahl zwischen zwei Gewerkschaften haben und frei entscheiden können, in welche sie gehen. Das ist der Grundkonflikt. Das BAG wird sich mit der Frage zu beschäftigen haben: Dürfen wir unsere Grundsätze der Tarifeinheit schon auf der Ebene der Normschaffung anwenden?

Nächster Punkt: Was ist, wenn die Tarifgemeinschaft sich auflöst? Welcher Tarifvertrag gilt dann? Wäre es dann nicht besser, wenn wenigsten der GDL-Tarifvertrag „in Reserve" gelte? Was ist, wenn wir unterschiedliche Kündigungstermine haben? So ist die Situation jetzt. Die GDL hat ihren Arbeitszeit-Tarifvertrag zum 30.06. gekündigt – Transnet nicht. Wir haben jetzt bereits Tarifpluralität, weil bei den einen Nachwirkung herrscht, bei den anderen nicht. Die beiden einzigen Entscheidungen, die sich mit der Normschaffungsfrage, also dem Arbeitskampf zur Herbeiführung von Tarifpluralitäten, befassen – die des LAG Hessen [NZA 2003, 679 ff.] und des LAG Rheinland-Pfalz [ZTR 2007, 488 ff.] – vertreten die von mir hier propagierte Meinung. Und wenn wir das Argument der Rechtssicherheit ernst nehmen, und das Bedürfnis habe ich auch, dann kann ich nicht so tun, als gäbe es diese Entscheidungen nicht.

Eine Entscheidung des BAG zu der Frage gibt es nicht. Die Rechtsfortbildung ist in der Hand der Parteien, und damit auch der Arbeitgeber, die hier kein Interesse daran haben, Rechtsfortbildung zu betreiben. Im Februar wollte man keine Entscheidung zu diesem Thema haben, denn man wusste ja, dass der Bahnkonflikt bevorsteht. So funktioniert praktisch Rechtsfortbildung, wenn nicht der Gesetzgeber, sondern ein „Ersatzgesetzgeber" da ist. Der aber ist abhängig von vielerlei Umständen, insbesondere von prozessualen: Wie viele Anträge sind schon an „Globalheit" gescheitert, wie viele Revisionen sind schon zurückgenommen worden, wie viele Anträge waren nicht bestimmt genug? Sich also hier im Saal die Illusion zu machen, bald hätten wir eine Entscheidung zur Tarifeinheit, ist meines Erachtens hoch riskant, hoch risikoreich.

Zusammengefasst stelle ich fest: Lasst doch erstmal den Tarifvertrag entstehen, lasst ihn doch kommen, und dann kann die Bahn immer noch sagen: Jetzt schauen wir mal, wie wir ihn anwenden. Dann kann die Bahn sagen: Der Tarifvertrag mit der GDL gefällt mir nicht, den wende ich nicht an. Als Lohnabrechnung bekommen alle die Transnet-Abrechnung. Dann sagt das GDL-Mitglied: Das ist zu wenig, für mich gilt der GDL-Tarifvertrag. Zuletzt wird das Gericht dann feststellen, ob der Mitarbeiter bei der GDL ist oder nicht, und der Mitarbeiter wird den Prozess gewinnen oder verlieren – je nachdem, ob er beweisen kann, dass er Mitglied der Gewerkschaft ist oder nicht. Der Arbeitgeber könnte ja auch alle nach dem GDL-Tarifvertrag bezahlen, wie es der Öffentliche Dienst bezüglich des Tarifvertrages des Marburger Bundes macht.

Ubber: Wenn Sie hier zwischen der Rechtsanwendung und der Rechtsschaffung differenzieren, Herr Fischer, und die Frage der Tarifeinheit erst bei der Frage der Tarifanwendung aufwerfen, dann müsste das aus Ihrer Sicht heißen, die Bahn solle erst einmal einfach einen Spartentarifvertrag unterschreiben, um dann anschließend zu sagen, den Vertrag wende sie jetzt überhaupt nicht an, weil er nach dem Grundsatz der Tarifeinheit verdrängt werde. Das kann nicht die Lösung sein! Das hätte mit verantwortungsvoller Unternehmensführung nichts mehr zu tun. Was wollen Sie denn den Mitarbeitern sagen, wenn Sie vor einer Woche einen Tarifvertrag unterschrieben haben, und sodann ignorieren, sobald die Lohnzahlung fällig wird?

Deshalb sind wir in einer Situation, in der wir uns schon im Vorfeld Gedanken darüber machen müssen, welche Auswirkungen der Grundsatz der Tarifeinheit hier hat. Wir betrachten die Normschaffung schon mit Blick auf die Normanwendung. Wenn die Konsequenz ist, dass der Tarifvertrag nie zur Anwendung kommen kann, darf er eben auch nicht im Wege des Arbeitskampfes durchgesetzt werden.

BLJ: Um vielleicht noch einen Punkt anzusprechen, den Professor Jacobs eingangs erwähnt hat: Dynamisch formulierte Bezugnahmeklauseln haben die Praxis ja in letzter Zeit wieder verstärkt beschäftigt. Angenommen, der Grundsatz der Tarifeinheit fällt: Was passiert dann mit einer Klausel, die bspw. auf die „jeweils für den Betrieb einschlägigen Tarifverträge" verweist, Herr Bepler?

Bepler: Als wir uns im Dezember 2005 einig waren, dass wir eine Auslegungsregel, die wir hatten, nicht mehr anwenden wollen, haben wir nicht gleichzeitig auch überlegt, ob wir den Grundsatz der Tarifeinheit mit aufgeben sollten. Das wurde zwar prompt in der Fachpresse geschrieben, aber da überschätzte man ein wenig die Bedeutung von Vorsitzenden Richtern.

Ich kann Ihnen Ihre Frage ehrlich gesagt nicht beantworten. Ich kann Ihnen sagen, dass in der nächsten NZA ein Aufsatz von *Preis* und *Greiner* erscheint [NZA 2007, 1073 ff.], der Klauselvorschläge für diesen Fall macht. Es gibt weiter die Überlegung, ob man für solche Fälle dem Arbeitgeber nicht vielleicht ein Wahlrecht gibt, das dann einer Ausübungskontrolle nach § 315 BGB untersteht. Darüber kann man nachdenken. Ich bin mir sicher, dass die Rechtsprechung Lösungen finden wird. Bezugnahmeklauseln sind vor Jahren geschaffen worden, um einer bestimmten Situation Rechnung zu tragen. Bzgl. dieser Situation haben wir gemeint, einen gewissen Vertrauensschutz gewähren zu müssen, aber für neue Verträge haben wir das dann nicht mehr so gesehen. Und es wird jetzt natürlich die Aufgabe der Kautelarjuristen sein, für mögliche Änderungen Klauseln zu formulieren. Natürlich wird das so sein, und natürlich kann ich Ihnen noch nicht sagen, was da halten wird oder nicht. Aber das ist doch immer so!

Dass wir so viele Probleme haben, beruht nicht darauf, dass wir uns welche basteln, sondern dass die Welt sich ändert. Und geändert hat sich, dass nunmehr viel mehr Menschen als früher denken, sie seien selbst ihres Glückes Schmied, und sich deshalb in Organisationen finden, wo sie meinen, dass sie ihrem Glück besser folgen können als in Großorganisationen, wo eine gewisse Nivellierung stattfindet. Das kann man gut finden, das finden auch viele gut – ich habe durch meine Wortwahl angedeutet, dass ich es nur begrenzt gut finde –, aber so ist die Welt! Ich kann es nicht ändern. Und die Entwicklungen in der Gewerkschaftsszene sind Entwicklungen, auf die die Rechtsordnung irgendwie reagieren muss.

Und, weil Herr Fischer die Outsourcing-Strategie der Arbeitgeber angesprochen hat, nur eine zweite Bemerkung zur Arbeitgeberseite, bevor ich wieder zu den Gewerkschaften komme: Als der 1. Senat letztes Jahr die CGM als Gewerkschaft anerkannt hat [BAG NZA 2006, 1112 ff.], dauerte es drei Wochen, dann erschien in der AuA ein Aufsatz zur Instrumentalisierung der CGM zur Vermeidung der teuren IG-Metall-Tarife [*Wilhelm/Dannhorn*, AuA 2006, 343 ff.]. Dass es da die Forderung zur Abschaffung der Tarifeinheit gab, verwundert dann nicht.

Was ich in diesem Zusammenhang den Gewerkschaften noch ins Stammbuch schreiben möchte: Erstens ist es nicht schön, wenn eine Gewerkschaft zu wenig Geld hat. Aber ob das soweit führen muss, dass ich Großorganisationen gründe, in denen sich die Organisierten nicht mehr in der notwendigen Form wiederfinden, das ist eine ganz andere Frage. Und zweitens: Wenn ich auf Gewerkschaftstagen nur nach Mehrheiten schielend die Forderungen definiere und nicht nach der Breitenwirkung in der Branche, in der ich regulieren soll, dann darf ich mich nicht wundern, wenn sich Funktionseliten bilden, die sagen, sie seien schlecht behandelt worden. Auch das muss man sehen. Hier gibt es sehr viele hausgemachte Probleme innerhalb der Gewerkschaftsbewegung. Und deshalb ist es kein Zufall, dass beide Koalitionsseiten alles gern so hätten, wie sie es immer schon hatten, obwohl sie viele Fehler gemacht haben, die es schwierig machen, das unter den neuen Bedingungen aufrecht zu erhalten.

BLJ: Der Grundsatz der Tarifeinheit wird schon sehr lange praktiziert. Genügt das, um auf Arbeitgeberseite schützenswertes Vertrauen zu etablieren? Andererseits wurde ja in der Literatur viel gegen den Grundsatz der Tarifeinheit geschrieben. Und wenn man von Vertrauensschutz ausgeht – reicht dann die Ankündigung einer Grundsatzentscheidung aus, um solches Vertrauen zu erschüttern?

Bepler: Sie verstehen, dass ich darauf keine abschließende Antwort geben könnte, da ich ja nicht einmal weiß, ob wir etwas ändern wollen. Doch eines kann ich schon sagen: Es ist sicherlich wertungsmäßig ein Unterschied, ob ich Vertrauensschutz für eine Unterschrift gewähre, die im Jahre 1985 geleistet wurde, oder 2000, oder im Jahre 2007. Dass man heute einen Tarifvertrag unterschreibt und sich dabei denkt „Tarifpluralität, gibt's das?" – ist kaum vorstellbar, wie Ihnen Herr Ubber zeigt, der natürlich weiß, dass dieses Risiko besteht. Aber letztlich: Ich weiß es nicht! Wir werden es erst ab zehn Minuten vor der Verkündung unserer Entscheidung sicher wissen, irgendwann einmal im nächsten Jahr, hoffentlich. ■

Das Gespräch führten
Johannes Gerberding und Christopher Krois.

Rezensionen

***Alan M. Dershowitz:* Blasphemy**

„The Religious Right is engaged in a crusade to convert the United States into a Christian theocracy based on the Bible, and more specifically, on the divine authority of Jesus Christ." (S. 1). Mit keinem geringer wiegenden Vorwurf beginnt *Alan Dershowitz*, Rechtsprofessor in Harvard, sein neues Buch, „Blasphemy: How the Religious Right is Hijacking Our Declaration of Independence".

Wie in früheren Büchern erweist sich *Dershowitz* auch hier als *public intellectual*. Als solcher schreibt *Dershowitz* in einem unkomplizierten Stil über brennende Themen des Zeitgeschehens: dieses Mal ist sein Fokus die vermeintliche Gefahr, dass die Trennung von Staat und Religion von der religiösen Rechten in Amerika zunehmend verringert und schließlich aufgehoben werde. In diesem Versuch mache sich die Rechte die Unabhängigkeitserklärung zu Eigen und führe deren Unterzeichner als ihre Hauptzeugen an. Die Unabhängigkeitserklärung erscheint als geeignetes Dokument, da sie, anders als die US-Verfassung, Verweise auf Gott und Naturrecht enthält. Wer jedoch dies als Beweis anführe, dass die USA als christliches Land gegründet wurde, betreibe Geschichtsrevision.

Zunächst einmal haben die allermeisten der Unterzeichner nicht ans Christentum geglaubt. Vielmehr waren die Gründungsväter von der Aufklärung inspirierte Deisten, die nicht viel mit den Lehren der Bibel und den Doktrinen des Christentums anfangen konnten. Aus diesem Grunde wurde in der

Unabhängigkeitserklärung auch nicht auf einen christlichen oder biblischen Gott verwiesen, sondern auf „Nature's God", ein nicht-biblischer, deistischer Gott, der die Welt erschuf und sich fortan vom menschlichen Geschehen zurückhielt. Dennoch bestreitet die religiöse Rechte in Amerika heute diese historische Tatsache.

Im zweiten Teil von „Blasphemy" zitiert *Dershowitz* eine Vielzahl von religiösen und politischen Persönlichkeiten, die vertreten, die USA seien auf einem christlichen Fundament errichtet. *Dershowitz* glaubt hierin eine Strategie der religiösen Rechten zu erkennen, um die USA in ein christliches Land umzuwandeln. Diese Strategie erfolge in zwei Schritten: Erstens werde versucht, Religion im Allgemeinen in die öffentliche Sphäre zu drängen, z.B. durch interkonfessionelle Schulgebete, die Berufung auf Gott in Reden und religiöse Symbole in der Öffentlichkeit. Im zweiten Schritt werde debattiert werden, welche die „wahre Religion" Amerikas sei: Hierbei werde dann versucht, Christentum, die Religion der mehrheitlichen Bevölkerung, als Staatsreligion zu etablieren.

Im dritten Teil seines Buches führt *Dershowitz* aus, warum die Gründungsväter überhaupt „Nature's God" in die Unabhängigkeitserklärung aufgenommen haben. *Dershowitz* vermutet, dass sich die Gründungsväter trotz ihrer Areligiosität auf Naturrecht beriefen, weil sie schlichtweg keine Alternativen hatten. Die Sezession von der englischen Krone war schließlich Hochverrat. Könne man sich nicht auf das positive Recht berufen, so sei es nur folgerichtig, sich auf eine höhere Instanz zu berufen: Naturrecht. Dessen Befürworter erkennen in ihm die einzige Basis, um die Geltung des positiven Rechts zu rechtfertigen. Wie *Dershowitz* jedoch erinnert, kann – und wurde – Naturrecht auch zur Rechtfertigung großen Übels angeführt: Ob die Inquisition, Sklaverei, der Holocaust, die Diskriminierung von Frauen oder Terrorismus – überall hat man sich auf eine höhere Instanz berufen, die positives Recht transzendiert.

Das Problem ist, dass man mit Naturrecht scheinbar alles begründen kann. Der Grund dafür liegt darin, dass wir nicht in einer intelligenten Weise darüber debattieren können, was Natur beinhaltet. Und selbst wenn wir es könnten, würden wir einen Fehlschluss begehen, wenn wir etwas guthießen, nur weil es natürlich ist. Man kann keinen normativen Satz von einem deskriptiven ableiten; kein „soll" von einem „ist." Insofern ist Naturrecht – obgleich es vielen guten Zwecken diente – nichts anderes als eine „rechtliche und moralische Fiktion" (S. 138).

Wenn Naturrecht keine Alternative zu positivem Recht ist, auf welcher Basis konnten *Jefferson et al.* ihren rechtswidrigen Akt gegen das britische Königreich dann rechtfertigen? Für *Dershowitz* ist die Antwort: Erfahrung von Unrecht. Recht entstehe durch die Erfahrung von Unrecht. So sei auch die Unabhängigkeitserklärung das Produkt von Ungerechtigkeiten unter der britischen Herrschaft. Bezeichnenderweise enthält das Gründungsdokument selbst einen langen Katalog von Ungerechtigkeiten, die unter *König Georg III.* erfahren wurden. So überrascht es nicht, dass man jeden Zusatzartikel der *Bill of Rights* auf bestimmte Ungerechtigkeiten unter Georg III. zurückführen kann. Natürlich ist die Unabhängigkeitserklärung ein moralisch und rechtlich unvollkommenes Werk: Während man sich in der Präambel auf die Gleichheit aller Menschen berufen hat, war mehr als die Hälfte der Bevölkerung vom politischen Prozess ausgeschlossen.[1] So gesehen ist Recht etwas, was ständiger Nachbesserungen bedarf; ein andauernder *amendment process*.

Auch wenn man *Dershowitz* nicht in jedem Punkt seiner Analyse zustimmen muss, so ist das Buch aus zwei Gründen bemerkenswert: zum einen enthält es eine *bottom-up*-Theorie über die Quelle und Entstehung von Recht und Moral, die eine attraktive Alternative zu der Naturrecht-Positivismus-Dichotomie aufzeigt. Zum anderen entlarvt *Dershowitz* in einer sehr sorgfältigen historischen Analyse den Versuch der religiösen Rechten, Geschichtsrevision im Namen von *Jefferson* und *Adams* zu betreiben. Zu polemisch ist *Dershowitz* wohl in seiner Behauptung, die religiöse Rechte versuche, die USA in eine Theokratie umzuwandeln. Es ist eine traurige Realität, dass Religion immer mehr mit Politik vermischt wird. Und es stimmt auch, dass die USA heute so entzweit ist wie noch nie. Die Debatten um Schulgebete, Abtreibung, Todesstrafe und gleichgeschlechtliche Ehen scheinen das Land immer mehr zwischen einer republikanischen und demokratischen Nation zu spalten.[2] Die Ursache dieser Entzweiung ist nicht zuletzt religiöser Natur. Insofern kommt *Dershowitz*' Erinnerung an die Wurzeln des Landes zur richtigen Zeit. Aber ob auf diesen Schritt ein zweiter folgt, in dem sich die USA als „christliche Nation" etablieren wird, ist fraglich. Aufklärungsarbeit in dieser Sache, wie sie *Dershowitz* und andere *public intellectuals* leisten, lässt trotz einer bedrückenden Gegenwart hoffen, dass es dazu nicht sobald kommen wird. ■

(*Aaron Voloj Dessauer*)

Alan M. Dershowitz: Blasphemy: How The Religious Right is Hijacking Our Declaration of Independence. Erschienen in Hoboken, NJ, USA bei Wiley, 2007. XXX, 208 Seiten, broschiert, 22,95 USD.

Thomas Vesting: Rechtstheorie

Eine „Rechtstheorie" auf weniger als 160 Seiten – dieses Versprechen gibt *Thomas Vesting* mit der Veröffentlichung seines im Verlag C.H. Beck erschienenen Werkes. Ausdrücklich richtet der Autor, Professor für Öffentliches Recht, Recht und Theorie der Medien an der Universität Frankfurt am Main, das Buch an Studierende, sogar an Studieninteressierte. So könnte man hier eine Konzentration auf das „Kanonische", eine Zusammenfassung des – für den Studiengebrauch – Unstrittigen erwarten. Doch schon im Vorwort klärt der Autor, dass neben den „tradierte[n] Begrifflichkeiten" der Rechtstheorie auch „experimentelle[…] Partien" (S. VI) ihren Platz in dem Werk finden werden.

Das Buch ist in sieben Paragraphen untergliedert, die konzeptionell ineinander greifen und terminologisch aufeinander aufbauen. Mit „Ort und Funktion" der Rechtstheorie beginnt *Vesting* seine Ausführungen. Schon auf den ersten Seiten dieses Kapitels offenbart das Buch ein insgesamt prägendes Charakteristikum: seine feste Verankerung im Jetzt. Der Autor nimmt den Leser nicht auf eine lange Reise durch die Geschichte rechtstheoretischen und -philosophischen Denkens

---

[1] Es dauerte schließlich noch bis zum Bürgerkrieg und der Verabschiedung des 13. Zusatzartikels der Verfassung, bis Sklaverei ein Ende nahm; fast sechs weitere Jahrzehnte, bis Frauen mit Inkrafttreten des 19. Zusatzartikels das Wahlrecht bekamen.

[2] Vgl. *Ronald Dworkin*, Is Democracy Possible Here?, Princeton, NJ, USA, 2006.

mit, um ihn irgendwann, schon etwas erschöpft, im 20. Jahrhundert ankommen zu lassen. Er steht neben ihm auf dem Plateau der Gegenwart und weist ihn auf klug ausgewählte Landmarken in der Vergangenheit hin. Dass also *Friedrich von Savigny, Hans Kelsen, Max Weber* und *Niklas Luhman* alle schon in den ersten sechs Randnummern auftreten, wirkt deshalb nicht überhastet, sondern wohl komponiert.

Mit dem kürzlich verstorbenen Bielefelder Soziologen *Luhmann* stellt der Autor einen Wissenschaftler vor, dessen Denken die Darstellung maßgeblich fundiert, natürlich nicht stets im affirmativen Nachvollzug. Über ihn wird der Leser in die sogenannte Systemtheorie eingeführt. Sie begreift das Recht als eine Summe von aufeinander bezogenen, aneinander anknüpfenden und bestimmten Regeln gehorchenden Kommunikationsakten. Seine Umwelt – beispielsweise die Systeme Politik oder Wirtschaft – nimmt das Rechtssystem nur durch selbstgeschaffene Filter und nach eigenen Maßstäben wahr. Ausdifferenzierungen, Fortentwicklungen und Umgestaltungen mögen von außerhalb des Rechtssystems angeregt werden; stets finden sie aber auf der Grundlage systemimmanenter Eigengesetzlichkeiten statt. Die Ausführungen zu Inhalt, Leistungsfähigkeit und Grenzen des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, denen *Vesting* zwei Kapitel seines Buches widmet (§§ 3 und 4), laufen auf eine angesichts der Kürze des Buches sehr ausführliche Darstellung von Facetten und Implikationen des *Luhmann*'schen Systembegriffs hinaus.

Andere rechtstheoretische Bausteine, denen sich *Vesting* widmet, sind eine Ausführung des Begriffs der Norm (§ 2), Reflexionen zum Grund der Rechtsgeltung (§ 5) und zur Interpretation von Rechtsnormen (§ 6) und schließlich zum Evolutionsgedanken im Recht (§ 7). Neben Tradiertem findet der Leser auch zahlreiche Problemaufrisse, die in Einführungen, die vornehmlich für eine studentische Leserschaft geschrieben sind, normalerweise unerwähnt bleiben. Die Hinwendung der Philosophie, der Geistes- und Gesellschaftswissenschaften zu einem vom Sprachgebrauch ausgehenden Denken (der *linguistic turn*, Rn. 54 ff.), die Beziehungen von Rechtsgeltung, Rechtsauslegung und dem gesellschaftlichen Praktiken einbeschriebenen „impliziten Wissen" (Rn. 186 ff., 236 ff.) mögen dies illustrieren. Darüber hinausgehend knüpft *Vesting* – der Fußnotenapparat macht dies augenfällig – vielfach an Autoren an, deren Erscheinen im rechtstheoretischen Kontext den studentischen Leser durchaus überraschen kann.

Die Terminologie des Buches ist überaus anspruchsvoll; von Begriffen wie Emergenz, Performanz und Relationalität muss der Leser eine Vorstellung mitbringen oder mit anderen Werken entwickeln. Misslich erscheint, dass der Autor mit einer großen Zahl an (zentralen) Begriffen arbeitet, die nicht definitorisch eingeführt werden, deren Kontext eine Erklärung nicht überflüssig macht und bei denen es schwerfällt, andere Werke zu finden, mit deren Hilfe man sich über ihre Bedeutung versichern kann. Das macht die Lektüre schwierig und passagenweit äußerst dunkel. Als Defizit fällt dies auch deshalb auf, weil *Vesting* an anderen Stellen durchaus in der Lage ist, komplizierte Ideen mit verblüffenden Beispielen verständlich zu machen. Problematisch ist die stellenweise Anknüpfung an mathematisch-naturwissenschaftliche Erkenntnisse. So lasse sich laut *Vesting* aus *Kurt Gödels* mathematischem Beweis über die Grenzen des logisch-deduktiven Aufbaus der Arithmetik „leicht zeigen", dass „die … Regel, die das positive Recht erkennbar macht, nicht eine dem positiven Recht selbst angehörige Regel sein" könne (Rn. 139). Dass Arithmetik und das Recht derart strukturidentisch sind, dass aus mathematischen Sätzen Aussagen über letzteres ableitbar sind, kann kaum behauptet werden. Für eine metaphorisch-analoge Vergleichbarkeit freilich erscheint *Gödels* Theorem ob dessen – im Text auch nicht dargestellter – immenser Komplexität ungeeignet.

Dennoch: Mit dem konzeptionell geschlossenen Buch macht man eine lohnende, wenn auch sehr schwierige Lektüreerfahrung. In dem Werk funkelt der große Enthusiasmus, mit dem sich der Autor den rechtstheoretischen Problemen zuwendet; Erkenntnisdrang und -freude stecken hier durchaus an. Außerdem führt *Vesting* den Leser weg von den ausgetretenen Pfaden, die in jeder Einführung in die Rechtstheorie vornehmlich beschritten werden. ■

(*Johannes Gerberding*)

Thomas Vesting: Rechtstheorie. Erschienen in München im Verlag C.H. Beck, 2007. XIX, 165 Seiten, broschiert, 19,50 Euro.

Florian Felix Weyh: Die letzte Wahl

Es ist eine Sammlung von „Therapien für die leidende Demokratie", die „Die letzte Wahl" dem Leser verspricht. Der medizinische Beiklang des Untertitels stimmt auf die Lektüre trefflich ein. Es sind die Behandlungsaufzeichnungen eines Psychotherapeuten, die dem Leser hier präsentiert werden. Man ist Zeuge der Heilungsgeschichte von dessen Patientin, die ein kurioses Seelenleiden plagt: *Herniaaetaephobie* – „Epochenbruchangst" –, die Sorge um das Ende der Demokratie in Deutschland, treibt sie um und in die Praxis des Therapeuten. Der Autor der „letzten Wahl", der Journalist und Publizist *Florian Felix Weyh*, arrangiert diese skurril anmutende Rahmenhandlung unaufdringlich und souverän um die von ihm zusammengetragenen Vorschläge zur Revitalisierung einer weniger und weniger geliebten Staatsform. Wer hier eine zwangsoriginelle und überzogene Albernheit erwartet, den wird das Buch angenehm überraschen. Der Text gewinnt durch die Einbettung ins Komische eine Leichtigkeit und Frische, die die Lektüre zu einem Vergnügen macht.

Der Psychotherapeut nimmt den Kampf gegen die Angst auf, indem er der Patientin im Verlauf der Therapie 40 Strategien zur Fortentwicklung, Umgestaltung und Erneuerung der Demokratie vorstellt: Unser Gemeinwesen ist noch zu retten, die nagende Angst ist unbegründet! – Das zu zeigen ist seine Heilungsstrategie. Nahe liegende und auch einige nicht so nahe liegende Einwände gegen die Vorschläge werden in den in der Form von Gedächtnisprotokollen präsentierten Therapiegesprächen formuliert. Es sind zum Teil recht scharfsinnige Schlagabtausche, deren Zeuge der Leser hier wird; manchmal hätte man sich etwas energischeres Nachhaken der Patientin freilich gewünscht. Eingestreut in das Buch finden sich Zitate, in denen die Problemlagen demokratischer Herrschaft prägnant formuliert werden; es sind auch die Ängste der Patientin, die sich hier artikulieren.

Herzstück des Buches allerdings sind die 40, auch optisch hervorgehobenen, Vorschläge zur Demokratieverbesserung selbst. Mit der Schilderung minimalinvasiver Eingriffe in den demokratischen Prozess beginnt die Sammlung des Thera-

peuten; sie endet mit Radikalkuren, die grundlegend andere Systeme des Regierens und der gesellschaftlichen Selbstorganisation zur Folge hätten. Es sind diese Vorschläge, die das Buch auch in juristischer Hinsicht interessant machen. Man findet unter ihnen alte Bekannte wie das Kinderwahlrecht, verschieden qualifizierte Mehrheiten, und Mechanismen direkter Demokratie; man findet Überkommenes wie verschiedene Zensuswahlrechte. Doch wirklich spannend sind die exotischen Entwürfe, die unter den Vorschlägen weit überwiegen: „Funktionale" statt geographischer Wahlkreise, Märkte für Wählerstimmen oder Zufallselemente in den Wahlen. *Weyh* diskutiert die Vorschläge nicht vorrangig unter juristischen Gesichtspunkten, doch haben rechtliche Erwägungen in der Darstellung ihren durchaus Platz neben gruppenpsychologischen, ökonomischen und politischen. Einige der vorgestellten Reformvorschläge haben prominente Väter wie *Friedrich August von Hayek* oder *Albert Otto Hirschman*. Die meisten sind Werken der (politischen) Ökonomie und Politologie entnommen. Oft greift *Weyh* hier schon auf Sekundärliteratur zurück; eine ausgreifende Ideen- oder Entwicklungsgeschichte der einzelnen Vorschläge kann der Leser damit nicht erwarten. Die Vorschläge sind lose in mehrere Gruppen unterteilt: „Wahlkorrektur" und „Wahlbeschränkung", die beide um Modifikationen in Auszählung und Wählerschaft kreisen; „Wahlfreiheit" und „Totale Wahl", die Los-, Siebe- und Filterverfahren und tiefgreifende direkte Einmischung in den politischen Prozess thematisieren. Die titelgebende Kategorie der „Letzten Wahl", die befremdliche *Hayek*'sche Designs zur Abkoppelung von Formen der demokratischen Entscheidungsfindung versammelt, bildet den Schluss. Beiläufig kommen viele Strukturelemente, aber auch diverse Paradoxien und Ungereimtheiten des geltenden deutschen Wahlrechtssystems zur Sprache. Daneben erfährt der Leser einiges über Wahlgestaltungen aus der Geschichte und aus anderen Demokratien.

Es ist offensichtlich, dass die Therapieansätze keine Schritte und erst recht keinen 40-Punkte-Plan hin zu einer „besseren" Demokratie darstellen. Die meisten von ihnen sind wechselseitig unvereinbar. Gegen eine Vielzahl lassen sich gravierende Einwände formulieren. Das mindert den Wert des Buches nicht, verführt es den Leser doch dadurch dazu, sich mit den Reform-Gedankenexperimenten, die *Weyh* schildert, auseinanderzusetzen. Es bleibt ein nachhaltiges Erstaunen darüber, welch großen Gestaltungsspielraum eine Gesellschaft besitzt, die ihre kollektiven Entscheidungsprozesse „demokratisch" gestalten möchte.

Beginnt man die Lektüre also mit passenden Erwartungen, so schließt sich eine wunderbare Leseerfahrung an. Es ist kein eherner Traktat und kein wissenschaftliches Werk, das *Weyh* verfasst hat. Geschlossenheit, diskursive Anschlussfähigkeit oder erschöpfende Literaturauswertung erwartet der Leser vergeblich. Eleganz, Stil und anregende Gedankenexperimente findet er dagegen reichlich. Damit harmoniert die Gestaltung des bei *Eichborn* in der „Anderen Bibliothek" erschienenen Bandes, die das Buch fast auf das Niveau eines Buchkunstwerks hebt. ■

(*Johannes Gerberding*)

Florian Felix Weyh: Die letzte Wahl. Therapien für die leidende Demokratie. Erschienen in Frankfurt am Main in der Anderen Bibliothek im Eichborn Verlag, 2007, 314 Seiten, gebunden, 27,90 Euro.

Klassiker der juristischen Literatur

***Niccolò Machiavelli:* Der Fürst**

„Wie löblich es für einen Fürsten ist, sein Wort zu halten und aufrichtig statt hinterlistig zu sein, versteht ein jeder; gleichwohl zeigt die Erfahrung unserer Tage, dass diejenigen Fürsten Großes vollbracht haben, die auf ihr gegebenes Wort wenig Wert gelegt und sich darauf verstanden haben, mit List die Menschen zu hintergehen; und schließlich haben sie sich gegen diejenigen durchgesetzt, welche auf die Redlichkeit gebaut hatten." Dieser Satz von *Niccolò Machiavelli* (1469-1527), italienischer Renaissancepolitiker, viel gereister Diplomat und belesener Literat, beschreibt den Kernbestandteil des *Machiavellismus*, der den Florentiner noch Jahrhunderte nach seinem Tod ebenso berühmt wie berüchtigt bleiben lässt. Täuschung statt Aufrichtigkeit, Wankelmut an Stelle von Beständigkeit, im Zweifel eher eine Lüge als die Wahrheit aussprechen und den Hinweis, „vom Guten so lange nicht abzulassen, wie es möglich ist, aber sich zum Bösen zu wenden, sobald es nötig ist" legt *Machiavelli* in seinem kurzen Traktat „Der Fürst" von 1513 *Lorenzo II. de' Medici*, Herrscher von Florenz, nahe, dem das Werk gewidmet ist. *Machiavelli* zeigt sich in seiner Abhandlung nicht als widerwilliger Apologet politischer Amoral, sondern als deren ausdrücklicher Befürworter, sofern ihr Einsatz erforderlich ist, fürstliche Macht zu erreichen, zu festigen und gegen Widerstände im Landesinneren und durch äußere Feinde zu verteidigen. Die aus heutiger Sicht radikal anmutenden Thesen zur Führung politischer Auseinandersetzungen entstammen nicht der Gedankenwelt eines ungestümen politischen Neulings. Sie spiegeln persönliche Reflexionen einer 14-jährigen erfolgreichen politischen Laufbahn wider als Sekretär der „Zweiten Kanzlei" der Republik Florenz, vergleichbar einem Kriegs- und Außenministerium, die durch einen Machtwechsel für *Machiavelli* ein schmerzhaft-plötzliches und – von ihm nicht verwunden – ehrloses Ende nahm. Unter eine Art Verbannung gestellt, die ihm gebot, das Florentiner Gebiet nicht zu verlassen, aber verbot, den Regierungspalazzo zu betreten, begann *Machiavelli*, in „Der Fürst" in 26 Kapiteln Möglichkeiten von Machterwerb und -verteidigung darzulegen. Er schuf sein Werk in der zweifachen Hoffnung, *Lorenzo II. de' Medici* werde nicht nur das in zahllose Fürstentümer zersplitterte Italien einen und vor französisch-germanisch-spanischer Fremdherrschaft sichern, sondern auch nicht vergessen „wie unverdient ich große und andauernde Ungunst des Schicksals zu ertragen habe."

Die ersten elf Kapitel seines Werks sind den Möglichkeiten des Erwerbs von Fürstenherrschaft gewidmet, gefolgt von einer kurzen Darstellung der verschiedenen Heereswesen (Kap. 12-14). Der dritte Teil (Kap. 15-26) behandelt Eigenschaften, die ein Fürst aus Sicht *Machiavellis* besitzen sollte, gibt persönliche Ratschläge für die erfolgreiche Herrschaftsführung und begründet damit auch primär das andauernde wissenschaftliche Interesse an seinem literarischen Vermächtnis.

Machiavelli spricht sich nicht ausdrücklich für eine von ihm bevorzugte Art des Machterwerbs aus, sondern stellt Chancen und Risiken dar von ererbten, gemischten, durch eigene oder fremde Truppen oder durch Verbrechen neu erworbenen Fürstenherrschaften sowie bürgerlichen oder geistlichen Fürstenherrschaften. Die Ausführungen werden fast lehrbuchhaft dargestellt, abstrakten Definitionen folgen Illustrationen mit

Beispielen aus der Bibel, Antike und der zeitgeschichtlichen italienischen Wirklichkeit, in der die Fürstentümer im erstickenden *bellum omnium contra omnes* ihren Untergang herbeizuführen drohten. Mit einer Mischung aus beklemmender Faszination und Schrecken mag besonders ein Völkerrechtsinteressierter erfahren, dass *Machiavelli* Kolonisation, Annexion und Eliminierung politischer Feinde als probate Mittel von Machterhalt und -sicherung propagiert, denn „wer bewirkt, dass ein anderer mächtig ist, der richtet sich selbst zugrunde; denn diese Macht ist von ihm entweder durch Geschicklichkeit oder durch Gewalt verursacht, und das eine wie das andere ist demjenigen verdächtig, der dadurch mächtig geworden ist". Viele Erkenntnisse *Machiavellis* bezeugen die Erfahrung eines Menschen, der brieflich die Selbstauskunft gibt, sich nur auf die Politik zu verstehen. Ein Volk sei in seinen Loyalitäten nicht beständig, wenn es von einem anderen Herrscher bessere Zustände erwartet, ein Gebiet, das durch feste Feudalstrukturen innerlich gefestigt ist, lasse sich schwerer erobern als ein zerrüttetes Staatswesen, und ein Fürst, der Tüchtigkeit demonstriert, werde eher reüssieren als derjenige, der nur auf glückliche Umstände vertraut. In diesem Zusammenhang stellt *Machiavelli* bei Erörterung des Machterwerbs von *Agathokles*, Tyrann von Syrakus, fest, Tüchtigkeit sei nicht, „seine Mitbürger umzubringen, seine Freunde zu verraten und ohne Treue, Mitleid und Religion zu sein; auf solche Weise kann man zwar Macht erwerben, aber keinen Ruhm". Und obgleich *Agathokles* ein mutiger und erfolgreicher Feldherr sei, „erlauben seine brutale Grausamkeit und Unmenschlichkeit mitsamt seinen unzähligen Verbrechen es nicht, ihn als einen unter den hervorragendsten Männern zu preisen." *Machiavelli* bezeugt durch diese Auffassungen zwar sein Verständnis eines ethisch-moralisch zulässigen Verhaltens, fährt allerdings fort, Grausamkeiten seien „schlecht", mithin ethisch verwerflich, aber „gut angewandt" zur Sicherung persönlicher Macht. Dieser rigide Utilitarismus wird durch den Nachsatz, Gewalt solle Eroberungen nur im Rahmen des Notwendigen begleiten, kaum durch Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte abgeschwächt.

Der Kontrast zur Gegenwart ist drastisch. Das heutige Völkerrecht, das als zwischenstaatliches Kooperationsrecht seine Hauptaufgabe als Kriegsverhinderungsrecht hat, lässt sich bei *Machiavelli* nicht einmal in Ansatzpunkten erkennen. Legalität und Legitimität von Eroberungen schenkt er in „Der Fürst" keine Beachtung. Gradmesser der Stärke eines Fürsten sei politische Autarkie, Staatsgrundlage ein wehrhaftes Heer aus eigenen Truppen, und „ein Fürst darf ... weder ein anderes Ziel noch einen anderen Gedanken haben oder sich mit irgendeiner anderen Kunst befassen als mit der Kriegskunst, ihren Regeln und der ihr eigenen Disziplin." Zwingend erforderlich sei das skizzierte Verhalten zum Machterhalt. Diese Erkenntnis gewinnt *Machiavelli* als profunder Kenner der italienischen Politik und genauer Beobachter ihrer selbstzerstörerischen Dynamik, dem es angemessener erscheint, „der Wirklichkeit der Dinge nachzugehen als den bloßen Vorstellungen über sie." Desillusioniert kommt er zu der Schlussfolgerung, „viele haben sich Republiken und Fürstentümer vorgestellt, die nie jemand gesehen oder tatsächlich gekannt hat; denn es liegt eine so große Entfernung zwischen dem Leben, wie es ist, und dem Leben, wie es sein sollte, dass derjenige, welcher das, was geschieht, unbeachtet lässt zugunsten dessen, was geschehen sollte, dadurch eher seinen Untergang als seine Erhaltung betreibt, denn ein Mensch, der sich in jeder Hinsicht zum Guten bekennen will, muss zugrunde gehen inmitten von so viel anderen, die nicht gut sind." *Machiavelli* erscheint weniger als zynischer Machtmensch, sondern eher als resignierter Realist, wenn er schlussfolgert, es müsse „ein Fürst, wenn er sich behaupten will, die Fähigkeit erlernen, nicht gut zu sein, und diese anwenden oder nicht anwenden, je nach dem Gebot der Notwendigkeit." Dieses Postulat der Anpassung politischer Positionen an sich wandelnde Umstände stellt aus heutiger erkenntnistheoretischer Sicht kein Novum dar. Die Brisanz der Lehren *Machiavellis* besteht aber in ihren modernen Rechtsstaatsprinzipien diametral entgegenstehenden Extremen: „Ihr müsst nämlich wissen, dass es zweierlei Kampfweisen gibt: die eine mit der Waffe der Gesetze, die andere mit bloßer Gewalt; die erste ist dem Menschen eigen, die zweite den Tieren; da aber die erste oftmals nicht ausreicht, ist es nötig, auf die zweite zurückzugreifen. Daher muss ein Fürst es verstehen, von der Natur des Tieres und von der des Menschen den rechten Gebrauch zu machen."

Eine dauerhafte Wiederbelebung seiner Reputation und Karriere wurde *Machiavelli* durch seine Streitschrift zu Lebzeiten nicht ermöglicht. Er starb verarmt und seelisch gebrochen auf seinem Landgut. Sein Werk wurde zunächst auf den Index gesetzt und nur in einer durch Vorzensur beschnittenen Fassung zur Veröffentlichung zugelassen. Die Rezeptionsgeschichte ist geprägt sowohl von fundamentaler Ablehnung, u.a. von Jean Bodin und Friedrich dem Großen, als auch politischer Vereinnahmung durch die italienischen Faschisten.

Die Abhandlung „Der Fürst", dessen Verfasser mit seinem Vornamen in England ein Synonym für Teufel (‚Old Nick') schuf, muss zu den einflussreichsten und bedeutendsten Werken der rechtshistorisch-politischen Weltliteratur gezählt werden. ■

(*Anna Bodemann*)

Niccolò Machiavelli: Il Principe. Der Fürst. Italienisch/Deutsch. Erschienen u.a. bei Reclam in Stuttgart, broschiert, 255 S., 6 Euro.