



Aufsätze	<i>Sascha Arnold</i> · Die Föderalismusreform in der Fallbearbeitung	1
	<i>Morten Mittelstädt</i> · Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf europäische Kapitalgesellschaften (Teil 1)	7
	<i>Anna Burmeister</i> · Instrumente zur Sicherung der Daseinsvorsorge – Telekommunikation und Energie im Vergleich	11
	<i>Christopher Krois</i> · Auslegung arbeitsvertraglicher Verweisungen auf Tarifverträge – Eine Analyse im Lichte der aktuellen Rechtsprechung von BAG und EuGH	17
	<i>Sebastian Schulenberg</i> · Der freie Wille in den Naturwissenschaften – Möglichkeiten auch für das Strafrecht?	23
International	<i>Paul D. Carrington</i> · Mandatory Constitutions	31
Streitgespräch	<i>Peter Lichtenberg/Thomas Rönau</i> · Absprachen im Strafverfahren	38
Rezensionen	Norbert Hoerster: Was ist Recht?, Inga Markovits: Gerechtigkeit in Lüritz, Bernhard Losch: Kulturfaktor Recht (<i>Besprechung Johannes Gerberding</i>)	44

Schriftleitung

Sascha Arnold
Cathrin Bauer
Stefan Frick
Johannes Gerberding
Heiner Kahlert
Jan Krauß
Christopher Krois
Carsten Lindner
Sebastian Schneider
Till Soyka

Redaktionelle Mitarbeit

Susanne Kaminski
Benedikt Laudage
Sebastian Pläster
Birga Tanneberg

Korrespondierender Beirat

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

Impressum

© Bucerius Law Journal GbR, 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 beigelegt 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

Professor Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt

Dem Bucerius Law Journal zum Geleit

Vielleicht wurde es Zeit, dass endlich eine Zeitschrift den Namen Bucerius trägt, also den Namen dieses Zeitungsverlegers, Juristen und Politikers, dem die ZEIT-Stiftung und damit am Ende auch die Bucerius Law School ihre Existenz verdankt. Ganz bestimmt steht es der Bucerius Law School gut an, von nun an die Heimat auch eines eigenen Law Journals zu sein. Und ganz entschieden passt es schließlich zur Bucerius Law School, dass sich das Bucerius Law Journal einer studentischen Initiative verdankt und nicht dem Beschluss eines Leitungsgremiums. Die Perspektive, mit der unsere Gründer an die Zeitschrift herangehen, ist schon der ersten Ausgabe anzusehen: Vielfältig, vielseitig und insgesamt vielversprechend soll sie sein, soll Beiträge von Professoren mit solchen von Mitarbeitern und Studierenden, unbedingt aber auch von Praktikern mischen, soll nicht auf die deutsche Sprache beschränkt und natürlich für Entwicklungen offen sein, soll Arbeiten aus der Bucerius Law School neben solchen für die Bucerius Law School enthalten. Natürlich ist das Bucerius Law Journal alles andere als eine Hauszeitschrift oder ein Campus Letter. Die Beiträge richten sich an ein aufgeschlossenes Lesepublikum in Praxis und Wissenschaft. Das „Streitgespräch“ verspricht, eine Institution zu werden. Der Rezensionsteil soll sich von dem anderer Zeitschriften unterscheiden, soll vor allem als Leseempfehlung wirken, nicht also als Ranking von Studienliteratur oder gar als mittelbare Verlagswerbung, aber auch nicht als polemisch-doktrinaire Bühne für Schulenstreitigkeiten. Anregen will das Bucerius Law Journal, anregen zum Lesen und zum Schreiben, nicht will es den vielen vorhandenen Zeitschriften bloß eine weitere hinzufügen. Die Hochschulleitung gratuliert den Gründern und wünscht dem Bucerius Law Journal, es möge ein Marktplatz für Ideen, Anstöße und Perspektiven werden. Vor allem wünscht sie dem jungen Produkt und seiner Redaktion dauerhaften Erfolg. Wie sagte man früher dazu? „Vivat, crescat, floreat!“



Liebe Leser,

nach einem Jahr Arbeit an Konzeption, Erscheinungsweise, Inhalt und Layout ist es nun soweit: Wir freuen uns, die erste Ausgabe des Bucerius Law Journals, der juristischen Fachzeitschrift von Studenten und Absolventen der Bucerius Law School, präsentieren zu dürfen.

Die inhaltliche Bandbreite der Beiträge reicht von aus der aktuellen Tagespresse bekannten Themen wie der lange intensiv diskutierten Föderalismusreform (Aufsatz von *Sascha Arnold*) und dem brisanten Thema der Absprachen im Strafverfahren (Streitgespräch zwischen *Peter Lichtenberg* und *Thomas Rönnau*) bis hin zu grundlegenden Fragen wie „Was ist Recht?“ (Rezensionen von *Johannes Gerberding*). *Morten Mittelstädt*, *Anna Burmeister* und *Christopher Krois* widmen sich in ihren Beiträgen aktuellen Fragen aus dem Gesellschafts-, Regulierungs- und Arbeitsrecht. *Paul D. Carrington* und *Sebastian Schulenberg* schließlich wagen den Blick über den nationalen und den juristischen Tellerrand hinaus.

So unterschiedlich wie der Inhalt der Beiträge ist auch der Hintergrund unserer Autoren: Studenten, Praktiker und Wissenschaftler kommen im Bucerius Law Journal zu Wort. Das breite Spektrum der ersten Ausgabe steht *pars pro toto* auch für die generelle Ausrichtung des Journals, das Beiträge aus allen Bereichen der Rechtswissenschaften veröffentlicht und studentische Beiträge mit solchen aus der Wissenschaft und Praxis vereinen will.

Als junge Zeitschrift sind wir entwicklungs offen und freuen uns über Kommentare und Kritik (info@law-journal.de).

Wir hoffen, dass die Lektüre ebenso gewinnbringend ist, wie es die Gestaltung für uns war.

Die Redaktion

Sascha Arnold, LL.B., Hamburg*

Die Föderalismusreform in der Fallbearbeitung

A. Einleitung

Die Föderalismusreform ist am 1.9.2006 in Kraft getreten.¹ Dem gingen langwierige Verhandlungen in der hierfür eingesetzten Kommission voran, ehe der Bundestag am 30.6.2006 sowie der Bundesrat am 7.6.2006 dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes² zustimmten. Ziel der Föderalismusreform war die Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, um vielfach kritisierten Fehlentwicklungen entgegen zu wirken. Die teilweise weit reichenden Änderungen insbesondere in den Art. 70 ff. GG sowie den Art. 84 ff.³ betreffen Bereiche des Grundgesetzes, die zum Kernwissen jedes Studenten gehören sollten. Mit Klausuren und mündlichen Prüfungen, die sich dieser Thematik widmen, ist daher schon in nächster Zeit zu rechnen. Dieser Beitrag greift die für die Ausbildung relevantesten Vorschriften auf und erläutert anhand von acht Übungsfällen die wichtigsten Änderungen.

B. Reform der Gesetzgebungskompetenzen

Die wohl tiefgreifendsten Änderungen hat Titel VII. des Grundgesetzes, „Die Gesetzgebung des Bundes“, erfahren. Ziel der Föderalismusreform war hier die „Stärkung der Gesetzgebung von Bund und Ländern durch eine deutlichere Zuordnung der Gesetzgebungskompetenzen“⁴.

I. Änderungen im Rahmen von Art. 71, 73

Fall 1 - Zur besseren Bekämpfung des internationalen Terrorismus schafft der Bund mit Zustimmung des Bundesrates per Gesetz eine „Datei zur Erfassung terrorismusrelevanter Daten“, die vom BKA zu führen ist. Es ist vorgesehen, dass die biometrischen Daten von EU-Ausländern erfasst werden, bei denen ein begründeter Anfangsverdacht besteht, um so durch den Abgleich mit Datenbanken anderer Polizeidienste potentielle Terroristen schon frühzeitig erkennen zu können. Land L rügt, dass die Gefahrenabwehr doch eigentlich eine Landesaufgabe sei

Stellt sich dem Studenten die Aufgabe, die Verfassungsmäßigkeit eines (Bundes-)Gesetzes zu prüfen, so hat die Föderalismusreform keine grundsätzlichen Änderungen an den bewährten Prüfungsschemata bewirkt. Nach wie vor gilt also die sich aus Art. 70 Abs. 1 ergebende Vermutung zu Gunsten der Gesetzgebungskompetenz der Länder; der Bund muss sich auch weiterhin auf eine der in Art. 73 oder 74 genannten Kompetenzen berufen können. Innerhalb der zunächst zu prüfenden ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz aus Art. 71, 73 Abs. 1 kam es aber zur Aufnahme einiger neuer

Materien, die bisher Teil der Rahmen- (Nr. 5a) oder aber konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen (Nr. 12 – 14) waren. Neu geschaffen wurde die Kompetenz des Bundes zur „Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus“ in Nr. 9a. Für die Praxis von Relevanz wird insbesondere die Definition des Begriffes „internationaler Terrorismus“ sein. Die Gesetzesbegründung verweist hierfür auf das „den internationalen und nationalen Normen zugrunde liegende Verständnis“⁵ und nimmt zur näheren Konkretisierung auf den EU-Rahmenbeschluss vom 13. Juni 2002⁶ sowie § 129a Abs. 2 StGB Bezug. Nicht übersehen werden darf der neu eingefügte Absatz 2, wonach Gesetze, die auf Grund von Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a ergehen, der Zustimmung des Bundesrates bedürfen. Diese bei der Ausübung einer ausschließlichen Kompetenz des Bundes überraschende Mitwirkungsmöglichkeit des Bundesrates erklärt sich daraus, dass Nr. 9a Gesetze zur Gefahrenabwehr erlaubt, also eine eigentlich genuin landesrechtliche Aufgabe betrifft.

Lösung zu Fall 1 - Das Gesetz des Bundes betrifft primär Aufgaben der Gefahrenabwehr, da es um die frühzeitige Entdeckung potentieller Attentäter geht, so dass grds. die Länder zuständig wären. Der Bund kann sich aber auf die neu geschaffene Kompetenz des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a berufen, da es um die Bekämpfung von Gefahren durch den internationalen Terrorismus geht.

II. Änderungen im Rahmen von Art. 74

Nicht nur der Kompetenzkatalog des Art. 73, sondern auch der des Art. 74, der die konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen des Bundes regelt, hat mit der Föderalismusreform umfassende Änderungen erfahren.

Fall 2 - Aufgeschreckt durch neue Studien, die die Schädlichkeit des Passivrauchens belegen, entschließt sich die Große Koalition, gegen Rauchen in der Öffentlichkeit vorzugehen.

* Mein Dank gilt Herrn Wiss. Mit. Volker Steffahn für wertvolle Hinweise und Anregungen.

¹ BT-Drs. 16/813, S. 7; einen guten Überblick über den Hintergrund der Föderalismusreform und die damit verfolgten Ziele bietet Selmer, JuS 2006, 1053-1060.

² BT-Drs. 16/813, BR-Drs. 178/06.

³ Artikel ohne nähere Bezeichnung sind solche des Grundgesetzes in der Fassung vom 1. 9. 2006.

⁴ BT-Drs. 16/813, S. 7.

⁵ BT-Drs. 16/813, S. 12.

⁶ Abl. EG Nr. L 164, S. 3.

Allerdings kann man sich nicht auf ein einheitliches und flächendeckendes Rauchverbot einigen. Geplant ist vielmehr, lediglich in Speisewirtschaften, nicht aber z.B. in Schankwirtschaften das Rauchen zu verbieten. Ist der Bund für eine solche Regelung zuständig?

Die von der Großen Koalition mit großem Medienaufwand betriebene Einführung eines Rauchverbotes in der Öffentlichkeit muss wohl als erstes „Opfer“ der Föderalismusreform angesehen werden. Denn der Bund hat sich mit Inkrafttreten der Grundgesetzänderungen für unzuständig erklärt. Da Ziel des Rauchverbotes vor allem der Schutz der Arbeitnehmer war, liegt eigentlich eine Kompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12, dem Arbeitsschutz, nahe. Allerdings erscheint es fraglich, ob die vielen im Gesetzesentwurf vorgesehenen Ausnahmen und Sonderregelungen mit Art. 3 Abs. 1 vereinbar wären. Auch der Vorstoß des Gesundheitsministeriums, das Rauchen als „gemeingefährliche Krankheit“ bzw. Tabak als „Gift“ einzustufen (beides Art. 74 Abs. 1 Nr. 19), wurde letztlich nicht angenommen.⁷ Blicke somit die Kompetenz des Bundes zur Regelung des Gaststättenrechts aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 a.F. Doch hat der Bund gerade hier im Zuge der Föderalismusreform Kompetenzen an die Länder abgegeben. Aus dem Anwendungsbereich des für die Ausbildung besonders relevanten Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 wurden insbesondere Kompetenzen im Bereich des Öffentlichen Wirtschaftsrechts ausgenommen. Durch die neu eingefügte Negativformulierung sind nun das Recht des Ladenschlusses (insb. LadSchlG), der Gaststätten (GastG), der Spielhallen (§ 33i GewO), der Schaustellung von Personen (§ 33a GewO) sowie der Messen, der Ausstellungen und der Märkte (Titel IV der GewO) nicht länger Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung. Ebenso wurde das Versammlungsrecht in die Kompetenz der Länder entlassen. Hintergrund dieser Regelungen ist, dass man vor allem lokal radizierte Gesetzesmaterien ohne bundesweite Bedeutung in die Kompetenz der Länder verlagern wollte.⁸

Relevant ist hierbei insbesondere die Bestimmung des Umfangs der neu geschaffenen Kompetenzen der Länder. Beispielsweise wird in der Literatur diskutiert, wie die Formulierung „Recht des Ladenschlusses“ zu verstehen und ob diese synonym mit dem Inhalt des Ladenschlussgesetzes ist.⁹

Hingegen hat der übrige Kompetenzkatalog des Art. 74 Abs. 1 insbesondere durch den Wegfall der Rahmengesetzgebung Erweiterungen erfahren. Die ehemals in Art. 75 geregelten Materien finden sich nun mit Ausnahme der Rechtsverhältnisse der Presse und des Kulturgüterschutzes in Nr. 27 – 33 wieder. Zu beachten sind ferner einige Detailänderungen in den einzelnen Nummern des Kompetenzkataloges (z.B. Nr. 1, 7, 18, 20, 24), die aber kaum klausurenentscheidend sein werden.

Lösung zu Fall 2 - Die allein in Betracht kommende Kompetenz des Bundes zur Regelung des Gaststättenrechts wurde mit der Föderalismusreform in die Kompetenz der Länder entlassen. Der Bund ist für die Regelung eines Rauchverbots somit nicht länger zuständig.

III. Unterscheidung von Kern- und Bedarfskompetenzen, Art. 72 Abs. 1, 2

Im Zuge der Föderalismusreform haben die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes aber nicht nur inhaltliche, sondern auch dogmatische Änderungen erfahren. Gab es bisher im

Grunde nur die konkurrierende Gesetzgebung, deren Voraussetzungen durch Art. 72 Abs. 1, 2 a.F. näher bestimmt wurden, so tritt an deren Stelle eine Trias aus Kern-, Bedarfs- und Abweichungskompetenzen.¹⁰ Zur Unterscheidung von Kern- und Bedarfskompetenzen folgender Fall 3:

Fall 3 - Der Bund erlässt ein Gesetz, in dem der Beruf des Altenpflegers eine umfassende Ausgestaltung erfährt. Insbesondere werden die in den einzelnen Bundesländern unterschiedlichen Ausbildungsvoraussetzungen vereinheitlicht. Dies sei im Hinblick auf den bevorstehenden demographischen Wandel notwendig. Bundesland L wendet ein, dass eine solche Vereinheitlichung keineswegs erforderlich gewesen wäre. Zu Recht?

Studenten in den höheren Semestern wird der Sachverhalt nicht unbekannt sein. Ihm liegt die Altenpflege-Entscheidung des BVerfG¹¹ zu Grunde, in der das Gericht die „Erforderlichkeit“ im Rahmen von Art. 72 Abs. 2 a.F. äußerst restriktiv interpretiert hatte. Nahm demnach der Bund eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz in Anspruch, so musste er stets die „Erforderlichkeit“ einer bundeseinheitlichen Regelung nachweisen. Seit der Föderalismusreform ist dieser Nachweis ausweislich des neuen Art. 72 Abs. 2 indes nicht mehr in allen Fällen notwendig. Denn Art. 72 Abs. 2 enthält nun eine (abschließende) Aufzählung all derjenigen Kompetenztitel, in denen weiterhin eine „Erforderlichkeit“ iSd Altenpflegeurteils des BVerfG festgestellt werden muss. Dies sind die sog. *Bedarfskompetenzen* – Kompetenzen also, die der Bund nur bei einem Bedürfnis nach einer bundeseinheitlichen Regelung in Anspruch nehmen darf. Ausweislich der Gesetzesbegründung ist insofern auch weiterhin an der zu Art. 72 Abs. 2 a.F. entwickelten Dogmatik festzuhalten.¹² Im Umkehrschluss hieraus ergibt sich, dass die „Erforderlichkeit“ bei der Inanspruchnahme sonstiger konkurrierender Gesetzgebungskompetenzen keine Rolle mehr spielt und auch in der Klausur keineswegs mehr geprüft werden darf. Für diese sog. *Kernkompetenzen* gilt lediglich Art. 72 Abs. 1, der keine zusätzlichen Voraussetzungen für ein Tätigwerden des Bundes aufstellt. Die Gesetzesbegründung lässt darauf schließen, dass die Erforderlichkeitsklausel hier nicht einfach abgeschafft wurde, sondern vielmehr Bund und Länder bei den Kernkompetenzen stets von der Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung ausgehen.¹³

Zu beachten ist ferner das neu eingeführte Verfahren gemäß Art. 93 Abs. 2 S. 2 vor dem BVerfG. Es handelt sich dabei

⁷ Vgl. SZ vom 9./10.12.2006, S. 14.

⁸ Vgl. Schönleiter, GewArch 2006, 371, 372.

⁹ Vgl. hierzu Kämmerer/Thüsing, GewArch 2006, 266-274 am Beispiel des § 17 LadSchlG, der nicht eine primär ladenschlussrechtliche Zielsetzung verfolgt, sondern dem Arbeitsschutz dient. Der Arbeitsschutz ist aber weiterhin eine konkurrierende Kompetenz des Bundes (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12), so dass die Länder hiervon nur im Rahmen von Art. 72 Abs. 1 abweichende Regelungen treffen könnten.

¹⁰ Zu diesen Begriffen vgl. Ipsen, Staatsrecht¹⁸, 2006, Rn. 557.

¹¹ BVerfGE 106, 62.

¹² BT-Drs. 16/813, S. 11: „Die Regelung in Artikel 72 Abs. 2 bleibt in ihren inhaltlichen Voraussetzungen unverändert (...)“ A.A. aber z.B. Thiele, JA 2006, 714, 716 wonach durch die Neuregelung des Art. 72 Abs. 2 dessen Ausnahmeharakter noch verstärkt und ggf. auch eine restriktivere Auslegung angebracht wäre.

¹³ BT-Drs. 16/813, S. 11; Ipsen, NJW 2006, 2801, 2803. Versteht man Art. 72 Abs. 1 somit als gesetzliche Regelvermutung zu Gunsten der „Erforderlichkeit“ einer Regelung, so ist fraglich, ob diese Vermutung nicht ggf. auch entkräftet werden könnte.

um ein besonderes Kompetenzkontrollverfahren, mit dem die Länder den Wegfall der Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung rügen können. Die Feststellung des BVerfG, dass eine Erforderlichkeit nicht mehr gegeben ist, ersetzt dann das nach Art. 72 Abs. 4 eigentlich notwendige Gesetz.

Lösung zu Fall 3 - Der Bund kann sich für die Regelung des Altenpflegerberufes auf den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 (Heilberufe) stützen. Nr. 19 wird (anders als Nr. 19a!) nicht in Art. 72 Abs. 2 aufgeführt, so dass es sich um eine Kernkompetenz nach Art. 72 Abs. 1 handelt. Für diese ist keine Erforderlichkeitsprüfung notwendig. Der Einwand des Landes L ist unbegründet.

IV. Einführung der Abweichungskompetenzen, Art. 72 Abs. 3

Als neue Form der Gesetzgebung wurde mit der Föderalismusreform die sog. *Abweichungskompetenz*¹⁴ der Länder in Art. 72 Abs. 3 geschaffen. Die Verortung dieser Regelung in Art. 72 lässt vermuten, dass es sich dabei um eine weitere besondere Form der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes handelt. Tatsächlich aber stellt Abs. 3 keine zusätzlichen Anforderungen an ein Tätigwerden des Bundes auf, sondern betrifft nur die Länder, denen hierdurch ein Abweichungsrecht von bestimmten Bundesgesetzen eingeräumt wird. Hierzu folgender Fall 4.¹⁵

Fall 4 - Der Bund trifft eine Regelung im Hochschulbereich, wonach die Dauer von Masterstudiengängen mindestens 3 Jahre, die von Bachelorstudiengängen mindestens 2 Jahre beträgt. Land L ist hiermit nicht einverstanden und erlässt ein eigenes Hochschulgesetz, das die Dauer der Studiengänge auf 4 bzw. 3 Jahre festlegt. Der angehende Student S fragt sich, wie lange er denn jetzt eigentlich für seinen Masterstudiengang studieren muss.

Mit dem Erlass des Hochschulgesetzes hat der Bund von der ihm nun zustehenden konkurrierenden Kompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 (dem Recht der Hochschulzulassung und der Hochschulabschlüsse) Gebrauch gemacht. Nach altem Recht hätte es sich hierbei um eine Rahmenkompetenz gemäß Art. 75 Abs. 1 Nr. 1a gehandelt, so dass schon fraglich gewesen wäre, ob der Bund nicht eine unzulässige Detailregelung getroffen hätte (Art. 75 Abs. 2). Diese Frage stellt sich aber nicht mehr, denn eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz ermächtigt auch zu Detailregelungen.

Hat der Bund von einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz (abschließend) Gebrauch gemacht, so sind gemäß Art. 72 Abs. 1 die Länder nicht länger zur Gesetzgebung im gleichen Bereich befugt. Das Bundesgesetz entfaltet also zeitliche und sachliche Sperrwirkung gegenüber späteren Landesgesetzen. Seit der Föderalismusreform gilt dies uneingeschränkt aber nur noch für die Kern- und Bedarfskompetenzen. Handelt es sich hingegen um eine in Art. 73 Abs. 3 S. 1 genannte *Abweichungskompetenz*, so können die Länder trotz der Existenz eines Bundesgesetzes weiterhin eigene Landesgesetze erlassen, von den bundesrechtlichen Regelungen also abweichen. Entgegen dem eigentlichen Wortsinn müssen die Landesgesetze dabei nicht unbedingt andere Regelungen enthalten, die Länder können sich also z.B. auch auf den Erlass inhaltsgleicher Regelungen beschränken.¹⁶ Um die Länder nicht in unmittelbaren Zugzwang zu setzen und ihnen eine angemessene Überlegungsfrist zu gewähren, bestimmt Art. 72 Abs. 3 S. 2, dass Bundesgesetze im Rahmen von

Art. 72 Abs. 3 S. 1 abweichend von Art. 82 Abs. 2 S. 2 frühestens nach sechs Monaten in Kraft treten. Zu beachten ist aber Art. 125b Abs. 1 S. 2, der die Abweichungskompetenzen der Länder für eine Übergangszeit noch ausschließt.

Die anfänglich scheinbar willkürliche Aufzählung der verschiedenen Abweichungskompetenzen lässt auf den zweiten Blick doch ein System erkennen: Es handelt sich dabei sämtlich um ehemalige Rahmenkompetenzen, also Kompetenzen, bei denen die Länder auch schon nach der bisherigen Rechtslage zur inhaltlichen Ausgestaltung berufen waren (Art. 75 Abs. 3). Selbstverständlich ist, dass die Länder hierbei auch weiterhin an verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Prinzipien gebunden sind.¹⁷ Näher zu klären wird dabei insbesondere sein, inwiefern die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Bundestreue der Ausübung von Abweichungskompetenzen Grenzen setzen.

Zu beachten sind ferner die in Absatz 3 genannten abweichungsfesten Kernbereiche. Diese Bereiche sind, sofern der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat, von einer Abweichung durch die Länder ausgeschlossen. Es gilt insofern also die Grundregel des Art. 72 Abs. 1. Für Klausur und Praxis wird hier vor allem die korrekte Auslegung dieser Kernbereiche – was z.B. zählt zu den „allgemeinen Grundsätzen des Naturschutzes“? – problematisch sein.

Die nach Art. 72 Abs. 2 mögliche Kollision von Bundes- und Landesrecht, das auf einer Abweichungskompetenz beruht, regelt Art. 72 Abs. 2 S. 3 als *lex specialis* zu Art. 31. Demnach bricht Bundesrecht ausnahmsweise nicht Landesrecht; es gilt vielmehr die *lex-posterior*-Regel, wonach das jeweils spätere Gesetz dem früheren Gesetz vorgeht. Das Bundesrecht wird damit aber nicht außer Kraft gesetzt. Art. 72 Abs. 2 S. 3 regelt vielmehr nur einen auf das jeweilige Bundesland beschränkten Anwendungs-, nicht aber auch einen Geltungsvorrang.¹⁸ Dies ist auch nachvollziehbar, denn in anderen Bundesländern, die (noch) keine eigenständige Regelung erlassen haben, gilt weiterhin das Bundesrecht fort.

Lösung zu Fall 4 - Grundsätzlich ist das Land L zur Regelung der Studiendauer an seinen Hochschulen befugt (Art. 70 Abs. 1). Hier hat allerdings der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 abschließend Gebrauch gemacht, so dass das Landesgesetz wegen Art. 72 Abs. 1 kompetenzwidrig und damit nichtig wäre.¹⁹ Für das Recht der Hochschulabschlüsse besteht aber eine Abweichungskompetenz gemäß Art. 72 Abs. 3 Nr. 6. Land L war also weiterhin zur Gesetzgebung befugt. Das von L erlassene Gesetz geht somit dem Bundesgesetz vor (Art. 72 Abs. 3 S. 3). S muss 4 Jahre studieren.

¹⁴ In den Materialien wird diese Form der Gesetzgebung auch als *Zugriffsgesetzgebung* bezeichnet, vgl. z.B. Deutscher Bundestag und Deutscher Bundesrat (Hrsg.), zur Sache 1/2005: Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, 2005, S. 98.

¹⁵ Fall nach Degenhart, Staatsrecht²², 2006, S. 55.

¹⁶ Schmidt, Staatsorganisationsrecht⁷, 2007, Rn. 820; Ipsen (Fn. 10), Rn. 582, beide mit dem Hinweis auf die Modellfunktion des Bundesgesetzes.

¹⁷ BT-Drs. 16/813, S. 11.

¹⁸ BT-Drs. 16/813, S. 11.

¹⁹ Kompetenzwidriges Landesrecht ist allein schon auf Grund fehlender Zuständigkeit nichtig, auf Art. 31 kommt es insofern nicht mehr an, vgl. Dreier, in: ders., Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 31 Rn. 23.

Die sich mit der Schaffung von *Abweichungskompetenzen* ergebenden Konstellationen sind mit dem Erlass eines abweichenden Landesgesetzes aber noch nicht erschöpft:

Abwandlung 1 - Nachdem Land L die Studienzeiten auf 4 und 3 Jahre festgesetzt hat, erlässt der Bund ein Änderungsgesetz und senkt die Regelstudienzeit auf nun 3,5 und 2,5 Jahre ab. Im Land L entbrennt daraufhin eine politische Debatte über die richtige Studiendauer. Nachdem hiermit 6 Monate vergangen sind, will Student S endlich wissen, ob er nun immer noch 4 Jahre oder doch nur 3,5 Jahre für seinen Master studieren muss.

Die Schaffung einer Abweichungskompetenz bedeutet nicht, dass den Ländern hiermit ein ausschließliches Gesetzgebungsrecht eingeräumt wurde. Auch wenn die Länder von ihrem Abweichungsrecht Gebrauch gemacht haben, bleibt der Bund weiterhin uneingeschränkt zur Gesetzgebung befugt. Es bestehen also ausnahmsweise parallele Vollkompetenzen von Bund und Ländern.²⁰ Erlässt demnach der Bund erneut ein Gesetz, so geht dieses wiederum gemäß Art. 72 Abs. 3 S. 3 allen bisher erlassenen Landesgesetzen im Wege des Anwendungsvorrangs vor.

Lösung zu Abwandlung 1 - Der Bund hat hier erneut von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 Gebrauch gemacht. Dem steht auch nicht entgegen, dass das Land inzwischen seine Abweichungskompetenz ausgeübt hat. Das Bundesrecht verdrängt in seinem Anwendungsbereich entgegenstehendes Landesrecht (Art. 73 Abs. 3 S. 3). Da auch die Frist von sechs Monaten (Art. 73 Abs. 3 S. 2) abgelaufen ist, ist das Bundesgesetz wirksam in Kraft getreten. S muss nun also 3,5 Jahre studieren.

Dieses in der Literatur als *Ping-Pong-Gesetzgebung*²¹ bezeichnete Verhalten ist aber nicht auf einen einmaligen Ballaustausch beschränkt:

Abwandlung 2 - Mit einer Verzögerung von einem Jahr erlässt das Land L schließlich doch ein neues Hochschulgesetz. Dessen einzige Regelung lautet: „Das Änderungsgesetz des Bundes wird außer Kraft gesetzt“. Nun ist S vollauf verwirrt. Wie lang muss er studieren?

Art. 72 Abs. 3 sieht keine Begrenzung dafür vor, wie oft sich Bund und Länder mit ihrer Gesetzgebung abwechseln können. Ein Land könnte also einem Bundesgesetz, das seinerseits in Reaktion auf ein Abweichungsgesetz erlassen wurde, erneut mit einem Abweichungsgesetz begegnen. Fraglich ist aber, ob sich ein Abweichungsgesetz wie in *Abwandlung 2* lediglich darauf beschränken kann, ein Bundesgesetz außer Kraft zu setzen, ob also eine *Negativgesetzgebung* zulässig ist. Sofern diese Frage in der Literatur diskutiert wird, wird sie übereinstimmend auch bejaht.²² Denn auch eine *Negativgesetzgebung* entspricht dem Wortlaut („Abweichung“) sowie Sinn und Zweck der Abweichungskompetenzen, den Ländern eigenständige Regelungen zu ermöglichen. Eine Grenze kann sich aber, sofern besonders grundrechts-sensible Bereiche betroffen sind, aus dem Untermaßverbot ergeben, wenn hierdurch ein gesetzessfreier Raum entstehen würde.²³

Lösung zu Abwandlung 2 - Land L nimmt hier erneut seine Abweichungskompetenz aus Art. 72 Abs. 3 Nr. 6 in Anspruch. Diese Kompetenz umfasst auch den Erlass eines reinen Negativgesetzes, mit dem ein vorher erlassenes Bundesgesetz außer Kraft gesetzt wird. Keineswegs kann auch die in

Art. 72 Abs. 3 S. 2 vorgesehene Frist von 6 Monaten als eine Frist für die Ausführung der Landesgesetzgebung verstanden werden. Das Landesrecht geht somit gemäß Art. 72 Abs. 3 S. 3 als späteres Gesetz dem Bundesrecht erneut vor. Dieses findet in Land L also keine Anwendung, das ursprüngliche Landeshochschulgesetz des Landes L lebt wieder auf. S muss demnach 4 Jahre studieren.

V. Fortgeltung des „Alten Rechts“, Art. 125a, b

Auch die – etwas versteckt – liegenden Art. 125a, b haben im Zuge der Föderalismusreform Änderungen erfahren und können in Klausuren Bedeutung erlangen.

Fall 5 - Nachdem einige Bundesländer von ihrer neuen Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des Ladenschlusses Gebrauch gemacht haben, nimmt der Bund selbst Änderungen vor. Neben einer notwendig gewordenen technischen Aktualisierung verschiedener Normen trifft der Bund auch umfassende Neuregelungen und passt das Ladenschlussgesetz den „gewandelten sozialen Lebensweisen“ an.

Art. 125a enthält Übergangsregelungen für „Altes Recht“, also Recht, das einmal kompetenzgemäß als Bundes- oder Landesrecht erlassen wurde, nun aber nicht länger in dieser Form ergehen könnte. Art. 125a Abs. 1 betrifft den Fall, dass dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz nicht mehr zusteht, spiegelbildlich hierzu regelt Art. 125a Abs. 3 das Gleiche für Landesgesetze. Art. 125a Abs. 2 hingegen regelt den Fall, dass ein Bundesgesetz den verschärften Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 a.F. nicht länger genügt. Im Grundsatz gilt also, dass ehemaliges Bundesrecht als Bundesrecht und ehemaliges Landesrecht als Landesrecht bestehen bleibt. Eine genaue Unterscheidung zwischen Absatz 1 und Absatz 2 ist aber dennoch notwendig, da diese jeweils unterschiedliche Voraussetzungen für das Tätigkeiten der Länder vorsehen. Denn gilt Bundesrecht gemäß Art. 125a Abs. 1 fort, so steht den Ländern die fragliche Gesetzgebungskompetenz (schon) zu, sie können also jederzeit Landesgesetze erlassen. Hingegen muss im Anwendungsbereich von Art. 125a Abs. 2 S. 2 der Bund eine ihm grds. noch zustehende²⁴, aber wegen Art. 72 Abs. 2 a.F. nicht mehr nutzbare Gesetzgebungskompetenz erst ausdrücklich durch Gesetz an die Länder übertragen, ehe diese von ihr Gebrauch machen können.

Somit gilt auch das vom Bund erlassene Ladenschlussgesetz als Bundesrecht fort. Maßgeblich ist hierfür Art. 125a Abs. 1, denn der Bund hat die Kompetenz zur Regelung des Ladenschlusses mit der Föderalismusreform an die Länder übertragen.²⁵

²⁰ Ipsen (Fn. 13), 2804.

²¹ Vgl. Deutscher Bundestag und Deutscher Bundesrat (Fn. 14), S. 91.

²² Vgl. z.B. Schmidt (Fn. 16), Rn. 821; zurückhaltender Degenhart (Fn. 15), S. 65 für den Fall, dass nicht nur eine einzelne Regelung, sondern ein ganzes Gesetz außer Kraft gesetzt werden soll.

²³ Zu Umfang und Inhalt des sich aus den Schutzpflichten der Grundrechte ergebenden Gesetzgebungsauftrages des Staates vgl. Isensee, in: Handbuch des Staatsrechts², Bd. 5, 2000, § 111 Rn. 153.

²⁴ So auch Wolff, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz Kommentar⁴, 2001, Bd. 3, Art. 125 Rn. 18.

²⁵ Man könnte sich auch auf den Standpunkt stellen, dass das Ladenschlussgesetz gemäß Art. 125a Abs. 2 weitergilt, denn gerade zu diesem Gesetz hat das BVerfG entschieden, dass eine bundeseinheitliche Regelung iSv Art. 72 a.F. nicht mehr erforderlich sei. Allerdings setzt Art. 125a Abs. 2 – anders als Art. 125a Abs. 1 – implizit die Existenz eines Kompetenztitels des Bundes voraus, was beim Ladenschlussgesetz gerade nicht mehr der Fall ist.

Gilt ein Gesetz gemäß Art. 125a Abs. 1 fort, so stellt sich auch hier die Frage, inwiefern der Bund das „Alte Recht“ noch ändern kann. Zu Art. 125a Abs. 2 a.F. hat das BVerfG im Ladenschluss-Urteil klargestellt, dass lediglich Änderungen einzelner Vorschriften, nicht aber eine grundlegende Neukonzeption des Gesetzes zulässig seien.²⁶ Diesen Maßstab will der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung auch im Rahmen des Art. 125a Abs. 1 angewandt wissen.²⁷ Allerdings ist dies bei Absatz 1 weitaus weniger zwingend als im Rahmen von Art. 125a Abs. 2. Denn Art. 125a Abs. 2 S. 2 diente, zusammen mit dem verschärften Art. 72 Abs. 2 a.F., der Stärkung der Kompetenzen der Länder. Dieses Ziel drohte aber dadurch vereitelt zu werden, dass der Bund von der Möglichkeit der Freigabe von Gesetzgebungskompetenzen zu Gunsten der Länder keinen Gebrauch machte. Hierauf reagierte das BVerfG, indem es dem Bund allein technische Gesetzesänderungen im Rahmen von Art. 125a Abs. 2 erlaubt um eine Versteinerung der Gesetzeslage zu verhindern, im Übrigen aber eine konsequente Freigabe dieser Kompetenzen an die Länder forderte. Dieses Problem stellt sich im Rahmen von Art. 125a Abs. 1 nun nicht mehr. Denn hier verfügen die Länder schon über die fragliche Kompetenz, weshalb auch Satz 2 ausdrücklich bestimmt, dass das Bundesrecht (jederzeit) durch Landesrecht ersetzt werden kann. Für die Länder besteht also anders als bei Absatz 2 kein gesteigertes Schutzbedürfnis, da sie selbst bei umfassenden Reformen durch den Bund jederzeit eigene Landesgesetze erlassen könnten.

Lösung zu Fall 5 - Das LadenSchlG gilt als „altes Recht“ gemäß Art. 125a Abs. 1 S. 1 als Bundesrecht fort. Der Bund war auch jedenfalls dazu befugt, die notwendig gewordenen technischen Änderungen vorzunehmen. Zweifelhaft ist hingegen die Möglichkeit einer umfassenden Neugestaltung. Einerseits sollen auch im Rahmen von Art. 125a Abs. 1 S. 1 die Grundsätze des Ladenschlussurteils gelten. Andererseits ist dessen Ratio nicht gänzlich einschlägig, so dass hier auch eine andere Ansicht vertretbar erscheint.

C. Reform der Mitbestimmungsrechte des Bundesrates

Nach der Reform der Gesetzgebungskompetenzen stellt die Änderung der Mitbestimmungsrechte des Bundesrates die für die Ausbildung wichtigste Neuerung der Föderalismusreform dar.

I. Regelung des Verwaltungsverfahrens

Fall 6 - Der Bund reformiert das Waffen- und Sprengstoffgesetz und regelt gleichzeitig Fragen des Verwaltungsverfahrens neu. Eine Beteiligung des Bundesrates wird für nicht erforderlich gehalten. Zu Recht?

Nach der bisherigen Rechtslage wäre ein solches Gesetz formell verfassungswidrig gewesen. Denn die nach Art. 84 Abs. 1 a.F. erforderliche Zustimmung des Bundesrates bei der Regelung des Verwaltungsverfahrens wurde nicht eingeholt. Dieses – in der Fallbearbeitung am häufigsten einschlägige – Zustimmungserfordernis wurde mit der Föderalismusreform abgeschafft. Gesetze, die das Verwaltungsverfahren der Länder regeln, bedürfen also nicht länger der Zustimmung des Bundesrates. Der Reformgeber erhofft sich hierdurch eine Reduzierung der zustimmungsbedürftigen Gesetze von bisher 60% auf ca. 35 – 40% und eine Beschleunigung des Gesetzgebungsverfahrens.²⁸ Als Ausgleich hierfür wird

den Ländern in Art. 84 Abs. 1 S. 2 eine mit Art. 72 Abs. 3 vergleichbare Abweichungskompetenz eingeräumt.²⁹ Auch hier bleibt es dem Bund aber unbelassen, später selbst erneut verfahrensrechtliche Vorschriften zu erlassen, für die dann ebenfalls über den Verweis in Art. 84 Abs. 1 S. 4 die *lex posterior* Regelung des Art. 72 Abs. 3 S. 3 gilt. Zu beachten ist, dass anders als bei Art. 72 Abs. 3 S. 2 die 6-Monatsfrist nicht sofort auf jedes Gesetz, sondern erst dann Anwendung findet, wenn ein Land eine abweichende Verfahrensregelung getroffen hat und der Bund nun erneut im gleichen Bereich tätig wird. Die Anwendbarkeit dieser Fristenregelung muss also sowohl in räumlicher als auch materieller Hinsicht genau bestimmt werden, denn sie greift nur in Bundesländern, die abweichende Regelungen erlassen haben und auch nur im Hinblick auf diejenigen Paragraphen des Bundesgesetzes, die sich auf diese Regelung beziehen. Es besteht somit also die für die Praxis wenig wünschenswerte Möglichkeit, dass die Paragraphen eines Gesetzes zu unterschiedlichen Zeitpunkten in Kraft treten!

Zu beachten ist schließlich die Übergangsregelung des Art. 125b Abs. 2, die dem Abweichungsrecht der Länder gemäß Art. 84 Abs. 1 S. 2 zumindest bis Ende 2008 gewisse Schranken setzt.

Lösung zu Fall 6 - Nach der neuen Rechtslage ist bei der Regelung des Verwaltungsverfahrens eine Zustimmung des Bundesrates nicht mehr erforderlich. Der Bundesrat kann allerdings immer noch durch die Erhebung eines Einspruchs gemäß Art. 77 Abs. 3 S. 1 Einfluss auf den Inhalt des Gesetzes nehmen.

Bei der Ausübung der Abweichungskompetenz aus Art. 84 Abs. 1 S. 2 ist dabei streng zwischen materiellen Regelungen und solchen, die das Verwaltungsverfahren betreffen, zu trennen.

Abwandlung 1 - Land L ist weder mit den materiellen noch den prozessualen Änderungen des Waffengesetzes einverstanden. Es erlässt daher ein Gesetz mit materiellen Regelungen und einem eigenen Verwaltungsverfahren. Wirksamkeit des Gesetzes?

Die Abweichungskompetenz des Art. 84 Abs. 1 S. 2 erstreckt sich nur auf die Regelungen des Verwaltungsverfahrens und der Einrichtung der Behörden. Im übrigen gelten aber die allgemeinen Kompetenzvorschriften der Art. 71 ff.

Lösung zu Abwandlung 1 - Hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Regelungen kann sich das Land auf seine Abweichungskompetenz aus Art. 84 Abs. 1 S. 2 berufen. Für eine materielle Neuregelung des Waffen- und Sprengstoffrechts muss hingegen auf die Art. 71, 72 ff. abgestellt werden. Demnach handelt es sich gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 12 um eine ausschließliche Kompetenz des Bundes. Das Land war also teilweise nicht zum Erlass des Gesetzes befugt.

²⁶ BVerfGE 111, 10, 31.

²⁷ Vgl. BT-Drs. 16/813, S. 20.

²⁸ BT-Drs. 16/813, S. 14.

²⁹ Hintergrund dieser Regelung ist, dass die Länder den Verlust erheblicher Mitbestimmungsrechte rügten. Denn das Zustimmungsrecht aus Art. 84 Abs. 1 a.F. wurde in der politischen Praxis vor allem auch dazu genutzt, um die durch ein Bundesgesetz entstehenden Kosten zu thematisieren. Vgl. hierzu Deutscher Bundestag und Deutscher Bundesrat (Fn. 14), Protokollvermerk der 4. Sitzung der AG 1, S. 6.

Hält der Bund es dennoch für notwendig, eine abweichungsfeste, bundeseinheitliche Regelung des Verwaltungsverfahrens zu treffen, so eröffnet ihm Art. 84 Abs. 1 S. 5 die Möglichkeit, das Abweichungsrecht der Länder auszuschließen.

Abwandlung 2 - Der Bund hält eine bundeseinheitliche Regelung des Waffen- und Sprengstoffgesetzes für erforderlich. Mit Zustimmung des Bundesrates schließt er daher die Abweichungsmöglichkeit der Länder im Hinblick auf das Verwaltungsverfahren und die Einrichtung der Behörden aus. Zu Recht?

Der Bund kann, sofern ein „besonderes Bedürfnis“ besteht, mit Zustimmung des Bundesrates Verfahrensregelungen treffen, von denen die Länder nicht abweichen können. Klausurrelevant wird dabei insbesondere die Frage sein, wann ein solches „besonderes Bedürfnis“ angenommen werden kann. Die Gesetzesbegründung weist hier lediglich darauf hin, dass Regelungen des Umweltverfahrensrechts regelmäßig einen Ausnahmefall darstellen sollen, gibt sonst aber keine Hinweise darauf, wie dieses „Bedürfnis“ abstrakt zu definieren wäre.³⁰ Zum Schutz der Landeskompetenzen könnte man diese Klausel ähnlich eng auslegen wie die „Erforderlichkeit“ im Rahmen von Art. 72 Abs. 2, so dass ein „besonderes Bedürfnis“ nur selten zu bejahen wäre.³¹ Andererseits spricht Art. 84 Abs. 1 S. 5 gerade nicht von „Erforderlichkeit“, sondern nur von einem „Bedürfnis“, so dass ex ante auch von einer anderen Bedeutung dieses Begriffes auszugehen ist.³² Ob aber damit dem Bundesgesetzgeber ein so weiter Beurteilungsspielraum wie im Rahmen des alten Art. 72 Abs. 2 zugebilligt werden sollte, erscheint indes ebenfalls fraglich.³³ Denn die Materialien zur Föderalismuskommission deuten darauf hin, dass für das „Bedürfnis“ iSv Art. 84 Abs. 1 S. 5 eigene Maßstäbe gelten sollen. Als Anwendungsfälle diskutiert wurden insbesondere Situationen, in denen es um die einheitliche Durchsetzung von Europarecht ging³⁴ oder bei denen die Erreichung der materiellen Ziele eines Gesetzes maßgeblich von der Ausgestaltung des Verfahrensrechts selbst abhängen.³⁵ Entscheidend muss somit sein, ob die bundesweit einheitliche Erreichung der Ziele eines Gesetzes nur durch eine einheitliche Regelung des Verwaltungsverfahrens gewährleistet wäre.

Lösung zu Abwandlung 2 - Bejaht man das „besondere Bedürfnis“ nach einer bundeseinheitlichen Regelung, so hat der Bund jedenfalls im Hinblick auf das Verwaltungsverfahren das Abweichungsrecht der Länder wirksam ausgeschlossen. Vom Wortlaut eindeutig aber nicht erfasst ist die Regelung der Behördenorganisation. Ein Ausschluss des Abweichungsrechts der Länder ist in diesem Bereich also nicht zulässig.³⁶

II. Keine Änderungen bei der Bundesauftragsverwaltung

Fall 7 - Der Bund regelt das Atomrecht neu. Unter anderem bestimmt er mit Zustimmung des Bundesrates die Einrichtung einer neuen Behörde und trifft auch Regelungen im Hinblick auf das Verwaltungsverfahren. Land L möchte eine hiervon abweichende Regelung treffen. Ist dies möglich?

Zu beachten ist, dass das Abweichungsrecht der Länder nur für Art. 84 vorgesehen ist, also für den Normalfall des landeseigenen Vollzuges von Bundesgesetzen. Vollziehen die Länder hingegen Gesetze im Wege der Bundesauftragsverwaltung, kommt ihnen grundsätzlich kein Abweichungsrecht zu.

Lösung zu Fall 7 - Bejaht man mit der hM über den Wortlaut des Art. 85 hinaus die Kompetenz des Bundes, nicht nur die Einrichtung der Behörden, sondern auch das Verwaltungsverfahren zu regeln,³⁷ so hat das Land L keine Möglichkeit, von den Regelungen des Bundes abzuweichen. Anders als Art. 84 sieht Art. 85 grds. keine Abweichungskompetenz vor.

D. Sonstige Änderungen – Normierung eines bundesrechtlichen „Durchgriffsverbots“

Fall 8 - Anlässlich der Skandale um Gammelfleisch will die Bundesregierung die Rechte der Verbraucher stärken und erlässt ein Verbraucherinformationsgesetz. Dieses sieht in § 1 u.a. vor, dass Verbraucher gegenüber Gemeinden und Gemeindeverbänden einen Auskunftsanspruch im Hinblick auf bestimmte Daten von Unternehmen haben, bei denen Gammelfleisch gefunden wurde. Der Bundespräsident verweigert wegen „verfassungsrechtlicher Bedenken“ die Ausfertigung. Zu Recht?

Die Föderalismusreform wurde auch genutzt, um eine vor allem von den Gemeinden vielfach beklagte und aus dem Kommunalrecht bekannte „Finanzierungslücke“³⁸ im Grundgesetz zu schließen, die beim Vollzug von Bundesgesetzen durch die Gemeinden entstehen kann. Gemäß Art. 104a Abs. 1 tragen der Bund und die Länder die Kosten für den Vollzug von Gesetzen jeweils getrennt voneinander, unabhängig davon, wer das Gesetz erlassen hat. Vollziehen die Gemeinden Landesrecht oder von den Ländern übertragene Aufgaben, so entsteht ein Kostenersatzanspruch gegen das jeweilige Land, der sich nach der jeweiligen Landesverfassung bestimmt. Weist hingegen der Bund eine Aufgabe unmittelbar den Gemeinden zu, so entsteht nicht unmittelbar gegenüber dem Bund ein korrespondierender Ersatzanspruch, denn Art. 104a spricht ausdrücklich nur vom Bund und den Ländern, nicht aber auch den Kommunen.³⁹ Ein Ersatzanspruch besteht aber auch nicht im Verhältnis von Gemeinde und Land, weil dies nach den Landesverfassungen nur für Aufgabenübertragungen durch Landesrecht gilt.⁴⁰ Damit befanden sich die Gemeinden in einer Kostenfalle, die nach hM auch nicht durch eine analoge Anwendung von Art. 104a gelöst werden konnte.⁴¹ Dieses Problem stellt sich seit der Föderalismusreform nicht mehr. Denn nun ist ausdrücklich in Art. 84 Abs. 1 ein Satz 6 eingefügt worden, wonach eine Aufgabenübertragung an Gemeinden durch Bundesgesetz für unzulässig erklärt wird.⁴² Auch hier ist aber zu

³⁰ BT-Drs. 16/813, S. 15.

³¹ In diese Richtung geht z.B. der Diskussionsvorschlag von Grimm, Deutscher Bundestag und Deutscher Bundesrat (Fn. 14), Arbeitsunterlage 76.

³² So auch Thiele, JA 2006, 714, 718.

³³ In diese Richtung aber z.B. Häde, JZ 2006, 930, 934. Der mit dieser Klausel verfolgte Schutz der Landeskompetenzen wäre dann ein rein prozessualer, die erforderliche Zustimmung des Bundesrates also die eigentliche Hürde.

³⁴ Deutscher Bundestag und Deutscher Bundesrat (Fn. 14), Protokollvermerk der 6. Sitzung der AG 1, S. 6.

³⁵ Grimm nennt hier z.B. das Planungsrecht, Deutscher Bundestag und Deutscher Bundesrat (Fn. 14), Protokollvermerk der 6. Sitzung der AG 1, S. 3.

³⁶ Ausdrücklich auch BT-Drs. 16/813, S. 15.

³⁷ Vgl. Trute, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 24), Art. 85 Rn. 10.

³⁸ Vgl. z.B. Burgi, Kommunalrecht, 2006, S. 287.

³⁹ Vgl. Hellermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 24), Art. 104a Rn. 56.

⁴⁰ Vgl. Gern, Deutsches Kommunalrecht³, 2003, S. 171.

⁴¹ Vgl. Hellermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 24), Art. 104a Rn. 56.

⁴² BT-Drs. 16/813, S. 15.

beachten, dass die bisherigen Bundesgesetze und die darin enthaltenen Aufgabenzuweisungen gemäß Art. 125a Abs. 1 S. 1 fortgelten. Insofern wurde zwar ein Anwachsen der Aufgaben verhindert, eine Entlastung der Kommunen aber nicht erreicht.⁴³

*Lösung zu Fall 8 - Das Verbraucherinformationsgesetz enthält eine Aufgabenübertragung durch Bundesrecht an die Gemeinden. Denn diese müssen auf Verlangen bestimmte Informationen über Hersteller herausgeben. Eine solche unmittelbare Aufgabenübertragung ist aber gemäß Art. 84 Abs. 1 S. 6 unzulässig, das Gesetz also nichtig. Hiervon zu trennen ist die (klassische) Frage, ob der Bundespräsident auf Grund dieser Sachlage die Ausfertigung des Gesetzes verweigern durfte.*⁴⁴

E. Zusammenfassung / Fazit

Die vorangegangenen Fälle haben gezeigt, dass die Art. 72 ff. und 84 ff. teilweise umfassende und auf den ersten Blick zumindest nicht leicht(er) zu verstehende Änderungen erfahren haben. Ob hiermit das vom Reformgeber verfolgte Ziel einer Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung tatsächlich erreicht wurde, kann hier nicht weiter vertieft werden.⁴⁵ Fest steht jedenfalls, dass die neuen Regelungen viel Stoff für Klausuren und mündliche Prüfungen bieten und insbesondere in der näheren Zukunft wegen der Übergangsvorschriften besondere Sorgfalt bei der Bearbeitung verfassungsrechtlicher Klausuren geboten ist. ■

⁴³ Ipsen (Fn. 13), 2805.

⁴⁴ Vgl. hierzu ausführlich z.B. Brenner, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 24), Art. 82 Rn. 20-28.

⁴⁵ Zwar nicht gänzlich ohne Kritik, aber dennoch insgesamt zustimmend z.B. Ipsen (Fn. 13), 2806; kritischer hingegen Selmer, Jus 2006, 1053, 1058.

Wiss. Mitarbeiter Morten Mittelstädt, LL.B., Hamburg*

Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf europäische Kapitalgesellschaften (Teil 1)

A. Einleitung

Die Urteile des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit europäischer Gesellschaften (Art. 43, 48 EG) in den Rechtssachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*¹ haben Bewegung in das deutsche internationale Gesellschaftsrecht gebracht. Die in der Bundesrepublik bislang herrschende Sitztheorie, die auf Gesellschaften das Recht des faktischen Verwaltungssitzes anwendet, wurde als unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit erkannt. Folgerichtig hat sich im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit das Blatt zugunsten der in Deutschland zuvor nur von Teilen des Schrifttums vertretenen niederlassungsfreundlichen Gründungstheorie gewendet, die das Gründungsrecht der Gesellschaft heranzieht.²

Diese auch hier für richtig gehaltene Umorientierung ist mit der Auswechslung des Anknüpfungspunktes nicht getan. An den Verwaltungssitz der Gesellschaft anzuknüpfen hatte nämlich seinen guten Sinn, wenn es um Kontrollbedürfnisse der Nationalstaaten ging. Der Umgehung inländischer Vorschriften zum Schutz von Gesellschaftern, Arbeitnehmern und Gläubigern mittels Gründung von Briefkastengesellschaften war ein effektiver Riegel vorgeschoben, solange die Gesellschaft mit Verlegung des Verwaltungssitzes ins Inland zur inländischen Gesellschaft umqualifiziert wurde. Dagegen legt die Anknüpfung an das Gründungsrecht es in die Hand der Gründer, das ihnen auferlegte Schutzniveau selber zu bestimmen.³

Die Methode und vor allem das zulässige Maß zu finden, die Schutzanliegen der Sitztheorie auch in Zeiten der Gründungstheorie zu verwirklichen ohne erneut mit der Niederlassungsfreiheit in Konflikt zu geraten – darum kreist die Diskussion im Kern. Am Beispiel der in diesem Zusammenhang oft genannten⁴ Rechtsprechung des II. Senats des BGH zur „Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs“ soll dies hier dargestellt werden.⁵

Die dafür maßgeblichen Rechtsfragen sind in drei Teilrechtsgebieten angesiedelt. Aus Sicht des deutschen *materiellen Gesellschaftsrechts* ist zu klären, ob es überhaupt sinnvoll ist, von einer Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf ausländische Kapitalgesellschaften zu sprechen (B.). Das deutsche *Kollisionsrecht* müsste eine Begründung liefern, warum diese Rechtsprechung Anwendung findet (C.). Sodann wird unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des *EuGH* die Vereinbarkeit der Existenzvernichtungshaftung mit dem *Gemeinschaftsrecht* untersucht (D.). Ein Blick auf die praktische Relevanz des Themas im Lichte der gefundenen Antworten rundet das Bild ab (E.).

Auch bei Gesellschaften aus dem außereuropäischen Ausland, die nicht den Schutz der Niederlassungsfreiheit genießen, könnte man eine Existenzvernichtungshaftung erwägen.

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Florian Faust (Bucerius Law School, Hamburg).

¹ *EuGH*, Rs. C-212/97 – *Centros*, Slg. 1999, I-1459 (= NJW 1999, 2027); Rs. C-208/00 – *Überseering*, Slg. 2002, I-9919 (= NJW 2002, 2402); Rs. C-167/01 – *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10115 (= NJW 2003, 3331).

² Für viele *Bayer*, BB 2003, 2357, 2363; *Behrens*, IPRax 2004, 20, 26; *Helldrich*, in: Palandt⁶⁶, 2007, Anh. zu EGBGB 12 Rn. 6; *Kieninger*, ZEuP 2004, 685, 692; *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶, 2006, S. 581; *Maul/Schmidt*, BB 2003, 2297, 2298; *Schulz/Sester*, EWS 2002, 545; *aA von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht⁸, 2005, § 7 Rn. 32a; *Kindler*, NZG 2003, 1086, 1088 f.; *ders.*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁴, 2006, Bd. 11, IntGesR Rn. 116-121.

³ Allg. zu den rechtspolitischen Schutzanliegen der Sitztheorie *Großfeld*, in: Staudinger, Internationales Gesellschaftsrecht, 1998, Rn. 25, 72 ff; *Kindler*, in: MüKoBGB (Fn. 2), Rn. 401.

⁴ Ausführlich dazu *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004.

⁵ BGHZ 149, 10; ZIP 2002, 848; BGHZ 151, 181; BGH NJW 2005, 140; ZIP 2005, 250; ZIP 2005, 1734.

Soweit, wie im Verhältnis zu den USA,⁶ die Gründungstheorie kraft völkervertraglicher Vereinbarung gilt, stellen sich dieselben Fragen, wie sie noch unter (C.) zu diskutieren sein werden. Ob generell für alle Gesellschaften aus Drittstaaten auf eine Gründungsanknüpfung überzugehen ist, um ein gespaltenes internationales Gesellschaftsrecht zu vermeiden, ist eine bislang ebenfalls ungeklärte Frage, die hier nicht weiter verfolgt wird.⁷

B. Kompatibilität der Existenzvernichtungshaftung mit ausländischen Gesellschaftsrechten

Rechtsinstitute des heimischen Rechts sind nicht zwangsläufig mit anderen Rechtsordnungen verträglich. Sie dienen der Bewältigung von Rechtsproblemen und Regelungsbedürfnissen, die dort womöglich in dieser Form gar nicht existieren. Die „Internationalisierbarkeit“ der Existenzvernichtungshaftung kann nur ein Blick auf Tatbestand, Rechtsfolge und dogmatische Grundlage dieses Instituts klären.

I. Die Rechtsprechung zum Bestandsschutz

Um Lücken im Gläubigerschutzsystem des GmbH-Rechts⁸ zu schließen, lässt der *BGH* seit dem *Bremer-Vulkan-Urteil* unter später im *KBV-Urteil* präzisierten Voraussetzungen eine Haftung von Gesellschaftern für Gesellschaftsverbindlichkeiten zu. Kurz gefasst muss dafür ein unvertretbarer Eingriff des Gesellschafters nachgewiesen werden, der zur Existenzvernichtung, also Insolvenz der Gesellschaft, führt. Mangelnde Rücksichtnahme auf Belange der Gesellschaft war schon in vorangegangenen Urteilen Anknüpfungspunkt für eine konzernrechtlich begründete und damit auch auf Konzernsachverhalte beschränkte Haftung gewesen.⁹ Die neue Rechtsprechung löst sich vom konzernrechtlichen Ansatz und präzisiert den zu schützenden Belang auf die Fähigkeit zur Bedienung der Gesellschaftsverbindlichkeiten. Gegenüber dem durch §§ 30, 31 GmbHG gewährten Ausgleich ist die Existenzvernichtungshaftung subsidiär.¹⁰

Die dogmatische Grundlage dieser Haftungsfigur hat der *BGH* im *KBV Urteil* präzisiert. Nicht eine Verletzung der Treuepflicht¹¹ oder eines gesellschaftsrechtlichen Sonderrechtsverhältnisses¹² zwischen Gesellschafter und Gesellschaft ist Anlass für den Entzug des Haftungsprivilegs, sondern der objektive Missbrauch der Gesellschaftsform, der in der Missachtung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens und der Umgehung eines geordneten Abwicklungsverfahrens liegt.¹³ Methodisch wird die Existenzvernichtungshaftung überwiegend als teleologische Reduktion des § 13 Abs. 2 GmbHG verstanden.¹⁴ Der Hinweis auf den Missbrauch des objektiven Rechts (Missbrauchslehre) und die objektivierten Zwecksetzungen des GmbHG (Normzwecklehre) enthalten Begründungsmuster,¹⁵ die die Existenzvernichtungshaftung als Unterfall der schillernden Durchgriffslehre kennzeichnen.¹⁶

II. Übertragbarkeit auf ausländische Kapitalgesellschaften

Der Ansatz am Haftungsprivileg des § 13 Abs. 2 GmbHG, die Subsidiarität gegenüber Ausgleichsansprüchen gem. §§ 30, 31 GmbHG ebenso wie der Hinweis auf Schutzdefizite des deutschen GmbH-Rechts weisen die Existenzvernichtungshaftung auf den ersten Blick als spezifisch auf diese Rechtsform zugeschnittene Haftungsfigur aus.¹⁷ Ihre dogmatische Grundlage ist jedoch von größerer Tragweite. Das

Problem des Missbrauchs der juristischen Person und der Missachtung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens ist ein Grundproblem des Gesellschaftsrechts, das auch von ausländischen Rechtsordnungen bewältigt werden muss.¹⁸ Die teleologische Reduktion kann theoretisch auch an einer ausländischen Haftungsprivilegierung ansetzen, ohne dass die Existenzvernichtungshaftung in ihrem Kerngehalt verändert würde. Austauschbar sind auch die Haftungsfiguren, die den Durchgriff als ultima ratio sperren, damit die reguläre Haftungsverfassung nicht auf den Kopf gestellt wird.

Die Auffangfunktion der Existenzvernichtungshaftung ist deshalb grundsätzlich auch zur Bewältigung ausländischer Schutzdefizite nutzbar. Ob dafür ein Bedürfnis besteht, kann nur eine Untersuchung der jeweiligen Haftungsverfassung beantworten – ausgeschlossen ist es jedenfalls nicht. Die Vermutung, der *BGH* habe die Existenzvernichtungshaftung auch im Hinblick auf den neuerdings zu erwartenden Ansturm ausländischer Gesellschaften aus der Taufe gehoben,¹⁹ mag zwar übertrieben klingen. Eine derartige Ausweitung wäre aber in der Tat ein weitaus weniger kühner Schritt, als es die „Erfindung“ der Existenzvernichtungshaftung selber war.

C. Kollisionsrechtliche Würdigung der Existenzvernichtungshaftung

Die Anwendung deutschen Rechts – auch ungeschriebenen Richterrechts – auf einen auslandsbezogenen Sachverhalt setzt einen entsprechenden kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehl voraus, vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 1 EGBGB. Eine Anknüpfung der Existenzvernichtungshaftung über das bislang herangezogene allgemeine Gesellschaftsstatut ist nach dem hier unterstellten Umschwenken auf die Gründungstheorie nicht zielführend, denn diese Kollisionsnorm verweist ins ausländische Gründungsrecht.²⁰ Die Dogmatik des Internati-

⁶ Vgl. Art. 25 Abs. 5 S. 2 des Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrags von 1956, BGBl. II 1956, 487 ff.; in Kraft seit 14.7.1956 (BGBl. II 1956, 763); im Sinne der Gründungstheorie jetzt auch *BGH NJW-RR* 2004, 1618.

⁷ Dafür *Behrens*, IPRax 2003, 193, 205 f.; *Binge/Thölke*, DNotZ 2004, 21, 28 ff.; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233, 2244; *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 30, 36; *Zimmer*, ZHR 168 (2004), 355, 365; dagegen *Ebke*, JZ 2003, 927, 930; *Hohloch*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch¹¹, 2004, Bd. 2, Anh. II Art. 37, Rn. 37; *Kindler*, NJW 2003, 1073, 1079; *Weller* (Fn. 4), S. 73 – 75; differenzierend *Bayer*, BB 2003, 2357, 2363 f.

⁸ *Bitter*, WM 2001, 2133, 2135; *Lutter/Banerjea*, ZGR 2003, 402, 408; *Röhrich*, FS *BGH*, 2000, S. 83, 92 ff.

⁹ *BGHZ* 122, 123.

¹⁰ *BGHZ* 149, 10, 16; *BGHZ* 151, 181, 1. Leitsatz a.E.

¹¹ *Ulmer*, ZHR 148 (1984), 391, 416 ff.; *ders.*, ZIP 2001, 2021, 2026; ähnlich *Priester*, ZGR 1993, 512, 521 ff.; *Winter*, ZGR 1994, 570, 585 ff.

¹² *K. Schmidt*, Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz³, 2003, Rn. 1293 m.w.N.; *ders.*, NJW 2001, 3577, 3580.

¹³ *BGHZ* 151, 181, 186 f.

¹⁴ *Bitter*, WM 2001, 2133, 2139; *Hoffmann*, NZG 2002, 68, 71 m.w.N.

¹⁵ Allg. zu den verschiedenen Durchgriffslehren *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 2002, § 9 Abs. 2, 4; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaftsrecht⁴, 2006, § 29 Rn. 3.

¹⁶ Von einer Durchgriffshaftung sprechen *BGHZ* 151, 181, 183; *Bitter*, WM 2001, 2133, 2137 ff.; *Lutter/Banerjea*, ZGR 2003, 402, 412; *Raiser/Veil* (Fn. 15), § 29 Rn. 4; *Wilhelm*, NJW 2003, 175, 177 ff.

¹⁷ In diesem Sinne *Schumann*, DB 2004, 743, 749.

¹⁸ *Schön*, ZHR 168 (2004), 268, 294.

¹⁹ *Hirte*, EWS 2002, 573, 574.

²⁰ *Paefgen*, BB 2003, 487, 487 f.; *Weller*, IPRax 2003, 207, 208.

onalen Privatrechts hält aber Lösungsansätze bereit, die im Folgenden zu untersuchen sind.²¹

Mit Blick auf die europarechtliche Dimension des Themas sei vorausgeschickt, dass eine Lösung, die vom Gesellschaftsstatut als Kollisionsnorm der Existenzvernichtungshaftung abrückte, der Überprüfung am Gemeinschaftsrecht nicht entzogen wäre.²² An der Niederlassungsfreiheit wird zu prüfen sein, ob die Anwendung der Existenzvernichtungshaftung zulässig ist, nicht dagegen, wie diese Anwendung kollisionsrechtlich begründet wird.

I. Qualifikation als deliktisches oder insolvenzrechtliches Institut

Denkbar ist eine Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung als deliktische oder insolvenzrechtliche Vorschrift²³ mit der Folge, dass die Anknüpfungspunkte „Tatort“ (Art. 40 Abs. 1 EGBGB) und „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen“ (Art. 3, 4 EuGInsVO) in der Regel aufgrund ihres Tätigkeitsbezugs inländisches Recht für anwendbar erklären würden.

Durchgriffstatbestände, insbesondere solche zum allgemeinen Gläubigerschutz, wurden bislang dem Gesellschaftsstatut zugerechnet.²⁴ Eine „Umqualifizierung“ mutet deshalb etwas überraschend und ergebnisorientiert an. Methodisch lässt sie sich aber durchaus begründen: Anknüpfungspunkt (Sitz bzw. Gründungsort) und Anknüpfungsgegenstand (Gesellschaftsstatut) stehen nicht beziehungslos nebeneinander. Bei der Auslegung des Anknüpfungsgegenstands (sog. Qualifikation) sind auch die mit dem Anknüpfungspunkt verfolgten Interessen zu berücksichtigen.²⁵ Die Absicherung von Schutzinteressen durch den Anknüpfungspunkt „Sitz“ haben bislang dazu bewogen, das Gesellschaftsstatut möglichst weit zu verstehen. Nachdem dieser systematische Auslegungsgesichtspunkt weggefallen ist, besteht Anlass, über die Reichweite des Gesellschaftsstatuts neu nachzudenken.

Allerdings hat die Qualifikation weiterhin nach allgemeinen Grundsätzen zu erfolgen. Maßgeblich sind die Zwecke und Funktionen des zu qualifizierenden Rechtsinstituts (sog. funktionelle Qualifikation).²⁶ Dass man den zur Existenzvernichtung führenden Eingriff auch als unerlaubte Handlung ansehen könnte,²⁷ reicht nicht aus, einen schwerpunktmäßig deliktsrechtlichen Charakter der Existenzvernichtungshaftung zu begründen. Der Verstoß richtet sich gegen gesellschaftsrechtliche Kardinalpflichten und wird mit einer spezifisch gesellschaftsrechtlichen Sanktion geahndet, nämlich mit einem am Haftungsprivileg ansetzenden Durchgriff.²⁸ Nicht ohne Grund wird deshalb selbst auf Basis einer deliktischen Qualifikation eine akzessorische Anknüpfung (Art. 41 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB) an das Gesellschaftsstatut befürwortet, da die Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten prägend sei.²⁹ Auch der Hinweis auf § 826 BGB³⁰ überzeugt nicht. Der BGH hat die Haftung aus Existenzvernichtung als gesellschaftsrechtliches Institut explizit neben das allgemeine Verbot sittenwidriger Schädigung gestellt.³¹

Der Vorschlag, die als „Regel von vorinsolvenzrechtlicher Qualität“ verstandene Existenzvernichtungshaftung dem Insolvenzstatut zuzuordnen,³² setzt am Tatbestandsmerkmal der Insolvenzverursachung an. Es wird auch auf eine Parallele zur Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung (§ 133 InsO) hingewiesen.³³ Dass der Schwerpunkt des Instituts auf dem Merkmal des gesellschaftsrechtlichen Fehlverhaltens

liegt, zeigen indes Stellungnahmen, die einen Verzicht auf das Erfordernis der Insolvenzverursachung nahe legen.³⁴ Richtig verstanden kommt ihm lediglich eine haftungsbegrenzende Funktion zu. Es beschränkt die Durchgriffsmöglichkeit auf Fälle, in denen die Gläubiger aufgrund der Dezimierung des Gesellschaftsvermögens wirklich darauf angewiesen sind.³⁵

Die gesellschaftsrechtliche Prägung verbietet es auch, die kollisionsrechtlich prekäre Figur der Mehrfach- oder Doppelqualifikation zu bemühen,³⁶ um zumindest eine „auch“ deliktische oder insolvenzrechtliche Qualität zu begründen. Die Zugehörigkeit einer Vorschrift zu mehreren Statuten sollte nur erwogen werden, wo kein eindeutiger Schwerpunkt existiert, da anderenfalls das kollisionsrechtliche Anknüpfungssystem überspielt würde.³⁷

II. Sonderanknüpfung vs. Durchsetzung mit Hilfe des ordre public

Der bisherigen Diskussion lassen sich weitere Lösungsansätze entnehmen, die von der hier für richtig gehaltenen Zugehörigkeit der Existenzvernichtungshaftung zum Gesellschaftsstatut ausgehen:

²¹ Einen Überblick über die hier interessierenden kollisionsrechtlichen Instrumente gibt *Weller* (Fn. 4), S. 223-227.

²² *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 166 m.w.N.; *Fleischer*, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 97 f.; *Ungan*, ZvglRWiss 104 (2005) 355, 363 f.; nicht hinreichend gewürdigt von *Bayer*, BB 2003, 2357, 2365; *Kindler*, NZG 2003, 1086, 1090; *Meilicke*, GmbHR 2003, 1271, 1272; *Weller*, DStR 2003, 1800, 1804.

²³ *Bayer*, BB 2003, 2357, 2365; *G. H. Roth*, NZG 2003, 1081, 1085; *Kersting/Schindler*, RdW 2003, 621, 625; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3588 f. alle m.w.N.

²⁴ BGHZ 78, 318, 334; *Heldrich*, in: Palandt (Fn. 2), Anh. zu EGBGB 12 Rn. 14; *Khadjavi-Gontard/Hausmann*, RIW 1983, 1, 5 f.; *Kindler*, in: MüKoBGB (Fn. 3), IntGesR Rn. 609; *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, 1996, S. 344 ff., 352.

²⁵ v. *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht², 2003, Bd. 1, § 7 Rn. 176 f.

²⁶ *Sonnenberger*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁴, 2006, Bd. 10, Einl. IPR, Rn. 512; *Looschelders*, Internationales Privatrecht, 2004, Vorb. zu Art. 3 – 6 Rn. 16.

²⁷ *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3588; ähnlich *Weller*, DStR 2003, 1800, 1804.

²⁸ *Altmeppen*, NJW 2004, 97, 101; *Schumann*, DB 2004, 743, 749.

²⁹ *Eidenmüller*, NJW 2005, 1618, 1620.

³⁰ *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 669 halten die Existenzvernichtungshaftung für einen Fall des § 826 BGB.

³¹ BGHZ 151, 181, 183 ff.; BGH NJW 2005, 145, 146; ZIP 2005, 250, 252; *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 4 Rn. 20; *Altmeppen*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz², 2006, Bd. 9/2, S. 1127 (Rn. 69); *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1208; in diesem Sinne bereits *Röhrich* (Fn. 8); S. 115 f.

³² *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG¹⁸, 2006, § 13 Rn.17; *G.H.Roth*, NZG 2003, 1081, 1085; ähnlich *Horn*, NJW 2004, 893, 899; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3589.

³³ *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1207; *Weller*, IPRax 2003, 207, 210; ausf. *ders.* (Fn. 4), S. 267-274.

³⁴ *Wiedemann*, ZGR 2003, 283, 293 erwägt der Insolvenz vorgelagerte Kriterien.

³⁵ *Lutter/Banerjea*, ZGR 2003, 402, 417 sprechen von einem bloßen Erfolgsmoment, das für die Beurteilung des Verhaltens als missbräuchlich an sich belanglos sei; aA *Haas*, ZIP 2006, 1373, 1382; *Weller* (Fn. 4), S. 266: Kernmerkmal.

³⁶ So aber *Kindler*, NZG 2003, 1086, 1090; *ders.*, in: MüKoBGB (Fn. 3), IntGesR Rn. 617; krit. dagegen *Fleischer*, in: Lutter (Fn. 22) S. 90.

³⁷ v. *Bar/Mankowski* (Fn. 25), § 7 Rn. 178; *Mankowski*, RabelsZ 61 (1997), 750, 755; *Lüderitz*, FS Kegel, 1977, S. 31, 37; speziell für die Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung wohl auch *Fleischer*, in: Lutter (Fn. 22), S. 90.

1. Sonderanknüpfung neben dem Gesellschaftsstatut

Mehrfach wurde angeregt, für bestimmte Schutzregelungen eine neue Kollisionsnorm anzuerkennen, die das allgemeine Gesellschaftsstatut im Wege einer sog. Sonderanknüpfung durchbricht.³⁸

Der dogmatische Gehalt dieses Ansatzes ist ambivalent. Einerseits scheinen einige unter „Sonderanknüpfung“ die Abtrennung eines allseitig anzuknüpfenden neuen „gesellschaftsrechtlichen Schutzstatuts“ zu verstehen.³⁹ Durch kollisionsrechtliche *depeçage* soll die überkommene Sitztheorie ein letztes Anwendungsreservat erhalten. Andererseits scheint man sich auch an die Lehre vom international zwingenden Eingriffsrecht (vgl. Art. 34 EGBGB) anzulehnen.⁴⁰ Danach trägt die Schutzvorschrift ihren kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehl schon in sich und wäre in der Lage, die allgemeine Anknüpfung (hier: das Gesellschaftsstatut) zu durchbrechen.⁴¹

2. Durchsetzung mit Hilfe des inländischen ordre public (Art. 6 EGBGB)

In der Diskussion ist auch die Anwendung deutscher Gläubigerschutzvorschriften zur Abwendung eines Verstoßes gegen den inländischen ordre public.⁴² Rückhalt findet diese Ansicht in Stellungnahmen zum gesellschaftsrechtlichen Durchgriff, wonach der ordre public verletzt sei, wenn ein ausländisches Gesellschaftsrecht keine entsprechende Regelung bereit halte.⁴³

3. Stellungnahme

Beide Lösungen nebeneinander anzuwenden, wäre sinnlos.⁴⁴ Im Falle einer Sonderanknüpfung von Schutzvorschriften könnten keine ordre-public-widrigen Ergebnisse entstehen, die mit Art. 6 EGBGB zu korrigieren wären.

Im Umgang mit dem ordre-public-Vorbehalt ist Zurückhaltung geboten. Die Generalklausel birgt die Gefahr von richterlicher Willkür und Rechtsunsicherheit.⁴⁵ Ob eine Anknüpfungslösung mehr Rechtssicherheit verspräche, erscheint jedoch zweifelhaft.⁴⁶ Sie bedeutet eine Abkehr vom einheitlichen Gesellschaftsstatut.⁴⁷ Dessen Anliegen, Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen verschiedenen Gesellschaftsstatuten zu verhindern,⁴⁸ würde aufgegeben werden. Mit einer Einordnung der Sonderanknüpfung als Unterfall des Eingriffsrechts wäre durch eine Sonderanknüpfung ebenfalls wenig Sicherheit gewonnen. Zu ermitteln, ob eine Vorschrift zu den Eingriffsnormen zählt, gehört nämlich zu den schwierigsten Problemen des IPR überhaupt.⁴⁹

Der erst seit 2001 judizierten Existenzvernichtungshaftung wird man vorhalten, sie könne schon angesichts ihrer kurzen Existenz schwerlich zu den von Art. 6 EGBGB gemeinten „wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts“ zählen. Wie dargelegt hat sie sich aus einer älteren konzernrechtlich begründeten Haftung entwickelt und verdankt ihre heutige erweiterte Gestalt der Erkenntnis, dass es allgemeingültige und grundlegende Prinzipien des Rechts gibt, die zu beachten geradezu das „erste Gebot“⁵⁰ für Kapitalgesellschaften darstellt. Der Schutz vor Missbrauch der Gesellschaftsform als Ausdruck des allgemeinen Prinzips von Treu und Glauben⁵¹ zählt zu den grundlegenden Prinzipien des deutschen Rechts⁵² – und auch der meisten ausländischen Rechtsordnungen, wie ein Blick in die amerikanische und französische Rechtsprechung bestätigt.⁵³

Eingewandt wurde bereits, Art. 6 EGBGB diene nicht der Durchsetzung inländischer Rechtsvorschriften (sog. positive Funktion) – also hier des inländischen Gläubigerschutzes – sondern nur der Abwendung unerträglicher materiellrechtlicher Ergebnisse (sog. negative Funktion).⁵⁴ Abgesehen davon, dass positive und negative Funktion häufig ineinander übergehen,⁵⁵ steht im Fall eines gesellschaftsrechtlichen Durchgriffs die negative Funktion im Vordergrund. Es ist dabei nur eine Frage der Formulierung, ob man die Unerträglichkeit der (zu weit gehenden) Haftungsprivilegierungsnorm, die es zu beschränken gelte, oder die Lückenhaftigkeit des ausländischen Gesellschaftsrechts in Existenzvernichtungsfällen betont.⁵⁶ Inländisches Recht zur Abwendung solcher Ergebnisse anzuwenden ist ein weithin anerkanntes Vorgehen⁵⁷ und hat mit einer vom Anknüpfungsergebnis unabhängigen Anwendung von inländischem Recht kraft positiver Funktion des ordre public nichts zu tun.

Die Flexibilität des Art. 6 EGBGB ist auch europarechtlich durchaus wünschenswert. Wie noch zu zeigen sein wird, hängt die Vereinbarkeit der Anwendung von Gläubigerschutzvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht wesentlich davon ab, ob eine umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls erfolgt.⁵⁸ Die Einhaltung eines europarechtsver-

³⁸ Eidenmüller, ZIP 2002, 2232, 2242; Weller, DStR 2003, 1800, 1804; Ziemons, ZIP 2003, 1913, 1917; entgegen Ungan, ZvgIRWiss 104 (2005), 355, 360 ist eine deliktische oder insolvenzrechtliche Qualifikation methodisch keine Sonderanknüpfung.

³⁹ Geyerhalter/Gänßler, NZG 2003, 404, 413; Großerichter, DStR 2003, 159, 168; Weller, IPRax 2003, 207, 208.

⁴⁰ Binge/Thölke, DNotZ 2004, 21, 26; Eidenmüller, in: Eidenmüller (Fn. 31), § 3 Rn. 122; Weller, IPRax 2003, 207, 208; ders., IPRax 2003, 520, 522.

⁴¹ Vgl. Martiny, in: MüKoBGB (Fn. 26), Art. 34 Rn. 7-9; v. Bar/Mankowski (Fn. 25), § 4 Rn. 80 ff.

⁴² Paefgen, BB 2003, 487, 491; Schulz, NJW 2003, 2705, 2707 f.; Ulmer, JZ 1999, 662, 664 f.; Weller, IPRax 2003, 520, 522.

⁴³ Ebenroth, JZ 1988, 75, 82; Großfeld, in: Staudinger (Fn. 3), Rn. 356; Khadavi-Gontard/Hausmann, RIW 1983, 1, 7; Sonnenberger, in: MüKoBGB (Fn. 26), Art. 6 Rn. 95.

⁴⁴ So aber wohl Weller, IPRax 2003, 520, 522.

⁴⁵ Weller (Fn. 4), S. 301-303 lehnt unter Hinweis auf Rechtsunsicherheit die ordre-public-Lösung ab.

⁴⁶ So aber Weller (Fn. 4), S. 324 f.

⁴⁷ So Behrens, IPRax 2004, 20, 22; Horn, NJW 2004, 893, 899; allgemein zum einheitlichen Gesellschaftsstatut Kindler, in: MüKoBGB (Fn. 3), IntGesR Rn. 520 – 522.

⁴⁸ Kindler, in: MüKoBGB (Fn. 3), IntGesR Rn. 520.

⁴⁹ Coester, ZvgIRWiss 82 (1983), 1, 16 f. und Reh binder, JZ 1973, 151, 157 sehen darin gar eine rechtsschöpferische Tätigkeit.

⁵⁰ So Altmeppen, NJW 2003, 97, 101; ähnlich Paefgen, DB 2003, 487, 490; vgl. oben B.I.

⁵¹ Auf diesen Zusammenhang weist G. H. Roth, NZG 2003, 1081, 1085 hin.

⁵² So auch Weller (Fn. 4), S. 296 – 298.

⁵³ Vgl. die umfangreichen Nachweise bei Wiedemann, ZGR 2003, 282, 288 ff.

⁵⁴ Weller, DStR 2003, 1800, 1804.

⁵⁵ Blumenwitz, in: Staudinger, Neubearb. 2003, Art. 6 EGBGB Rn. 13; Hohloch, in: Erman (Fn. 7), Art. 6, Rn. 2.

⁵⁶ Vgl. zur Fallgruppe der anfänglichen Lücke Kegel, in: Soergel¹², 1996, Bd. 10, Art. 6 Rn. 34; S. Lorenz, in: Bamberger/Roth, 2003, Bd. 3, Art. 6 Rn. 17; Sonnenberger, in: MüKoBGB (Fn. 26), Art. 6 Rn. 95.

⁵⁷ S. Lorenz, in: Bamberger/Roth, 2003, Bd. 3, Art. 6 Rn. 17; Sonnenberger, in: MüKoBGB (Fn. 26), Art. 6 Rn. 95; jetzt auch Weller (Fn. 4), S. 293 f.: residuale positive Funktion.

⁵⁸ Paefgen, DB 2003, 487, 489. Die von Weller (Fn. 4), S. 302 kritisierte Rechtsunsicherheit aufgrund der Einzelfallorientierung ist deshalb hinzunehmen.

träglichen Schutzniveaus ist dem *ordre public*, der die Wertungen des Europarechts in sich aufnimmt,⁵⁹ bereits immanent. Warum im Hinblick auf materielle Härtefallergebnisse die Existenzvernichtungshaftung im einen Fall Anwendung finden soll und im anderen nicht, dürfte mit Hilfe einer kollisionsrechtlich begründeten Sonderanknüpfungslehre dagegen kaum begründbar sein.

III. Zwischenergebnis

Nach alledem ist eine kollisionsrechtliche Anwendung der Existenzvernichtungshaftung über Art. 6 EGBGB zu befürworten. Ob es im konkreten Fall dazu kommt, kann nur mit

Rücksicht auf den vom Gesellschaftsstatut der Kapitalgesellschaft gewährten Gläubigerschutz entschieden werden. Der anzulegende Maßstab ist aber – wie der zweite Teil dieses Beitrags zeigen wird – nicht mehr autonom bestimmt, sondern gemeinschaftsrechtlich vorgegeben. ■

(Der Beitrag wird fortgesetzt)

⁵⁹ v. Bar/Mankowski (Fn. 25), § 3 Rn. 46 ff.; Looschelders (Fn. 26), Art. 6 Rn. 15.

Anna Burmeister, Hamburg*

Instrumente zur Sicherung der Daseinsvorsorge – Telekommunikation und Energie im Vergleich –

A. Einleitung

Daseinsvorsorge ist nach heutigem Verständnis „die die Versorgung der Bevölkerung mit essentiellen Dienstleistungen und Gütern sicherstellende Aufgabe des Gemeinwesens“. Die Verantwortung des Staates für die Daseinsvorsorge ergibt sich aus dem Sozialstaatsprinzip und aus grundrechtlichen Schutzpflichten.² Dahinter steht die Vorstellung, dass Freiheitsrechte nur auf der Grundlage bestimmter infrastruktureller und wirtschaftlicher Voraussetzungen tatsächlich betätigt werden können.³

Erstmals in das deutsche Verwaltungsrecht eingeführt wurde der Begriff der Daseinsvorsorge 1938 von Ernst Forsthoff in seiner Schrift „Die Verwaltung als Leistungsträger“. Die Vorstellung Forsthoffs, dass daseinssichernde Leistungen, zu denen er auch die Energieversorgung und die Telekommunikation zählte,⁵ zwingend vom Staat erbracht werden müssen, gilt heute in vielen Bereichen nicht mehr. Während früher die Errichtung staatlicher Monopole die Wahrung von Gemeinwohlbelangen bei der Daseinsvorsorge sicherstellen sollte, erbringen heute im Zuge der Reform der traditionellen öffentlichen Daseinsvorsorge auch private Anbieter vermehrt daseinssichernde Leistungen.⁶ Kennzeichnend für diese Entwicklung ist der Wandel von der Erfüllungsverantwortung des Staates zur sogenannten Gewährleistungsverantwortung.⁷ Während bei dem Modell der Erfüllungsverantwortung der Staat selbst durch Verwaltungseinheiten und öffentliche Unternehmen daseinssichernde Leistungen erbringt, charakterisiert die Gewährleistungsverantwortung die Aufgabe des Staates, die Erbringung der entsprechenden Leistungen auch bei privatwirtschaftlicher Leistungserbringung durch geeignete Instrumente sicherzustellen.

Sowohl bei der Energiewirtschaft als auch bei der Telekommunikation ist das gesetzgeberische Leitbild das eines chancengleichen⁸ bzw. eines wirksamen und unverfälschten⁹ Wettbewerbs, durch den auch die Ziele der Daseinsvorsorge, namentlich die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit ausreichenden Leistungen zu erschwinglichen Preisen, verwirklicht werden sollen (vgl. § 1 EnWG und § 1, § 2 Abs. 2 Nr. 1, 5 TKG). Im Vergleich zur Leistungsbereitstellung durch die öffentliche Hand ist die Tätigkeit von privaten Anbietern, die miteinander im Wettbewerb stehen, häu-

fig mit Effizienzgewinnen und technischem Fortschritt verbunden, die auch bzw. vor allem dem Verbraucher zugute kommen.¹⁰ Indem der Staat Rahmenbedingungen für die privatwirtschaftliche Leistungserbringung im Wettbewerb setzt, dient er also der Daseinsvorsorge. Sollte der Markt von sich heraus allerdings kein flächendeckendes Angebot angemessener Leistungen zu erschwinglichen Preisen bereitstellen, muss der Staat regulierend¹¹ eingreifen. Bei rein privatwirtschaftlicher Leistungserbringung könnte insbesondere bei den netzgebundenen Versorgungssektoren, zu denen auch die Telekommunikations- und die Energiewirtschaft gehören, das Phänomen des „Rosinenpickens“, also die Konzentration der Diensteanbieter auf lukrative Teilmärkte und die Vernachlässigung ländlicher Gebiete, drohen.¹²

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ Kolb, Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 2006, 97, 98.

² Pielow, JuS 2006, 692, 692.

³ Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1973, S. 158; Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz⁵, 2005, Band 2, Art. 20 Rn. 111; Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 353.

⁴ Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938.

⁵ Forsthoff (Fn. 4), S. 7.

⁶ Die Reformen wurden vornehmlich durch den Marktöffnungs- und Wettbewerbsdruck des Gemeinschaftsrechts ausgelöst. Ausführlich zu dem gemeinschaftsrechtlichen Ordnungsrahmen der Daseinsvorsorge Pielow, JuS 2006, 780 ff.

⁷ Grundlegend zum Begriff der Gewährleistungsverantwortung Schmidt-Aßmann, in: von Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 11, 43; Wieland, Die Verwaltung 28 (1995), 315, 330 ff.; am Beispiel der Bahn Fehling, DÖV 2002, 793, 795; Knauff, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004, S. 91; am Beispiel der Telekommunikation Freund, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation, 2002, S. 38 ff.

⁸ § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG.

⁹ § 1 Abs. 2 EnWG.

¹⁰ Bullinger, in: FS Zacher, 1998, S. 85, 88 f.; Kühling, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002, S. 138, 140 ff. hält den Wettbewerb für das wirksamste Instrument um Daseinsvorsorgeziele zu verwirklichen.

¹¹ Näher zum Regulierungsbegriff Fehling, in: Hill (Hrsg.), Zukunft des öffentlichen Sektors, S. 91 ff.; siehe auch Masing, Die Verwaltung 36 (2003), 1 ff.

¹² Vgl. dazu Fehling, VerwArch 86 (1995), 600, 608 für Bahn, Energieversorgung und Telekommunikation; Freund, NVwZ 2003, 408, 411 am Beispiel der Telekommunikation.

Gegenstand dieser Arbeit ist die Untersuchung der konkreten Instrumente zur Sicherung der Daseinsvorsorgeziele in den Sektoren Telekommunikation und Energieversorgung. Dabei sollen in einem kritischen Vergleich Unterschiede und Gemeinsamkeiten beider Regelungsregime aufgezeigt werden. Nach einem Überblick über die verfassungsrechtlichen Anforderungen (B.) werden die Instrumente zur Sicherung eines flächendeckenden Angebots ausreichender Leistungen zu erschwinglichen Preisen im einfachen Recht (C.) untersucht. Bei der Finanzierung (D.) geht es darum, ob und wie die für die privaten Anbieter unrentablen Leistungen, die im Interesse der Daseinsvorsorge dennoch erbracht werden müssen, ausgeglichen werden.

B. Verfassungsrechtliche Zielkonkretisierungen

I. Art. 87f GG für den Telekommunikationssektor

Für den Bereich der Telekommunikation verpflichtet Art. 87f Abs. 1 GG den Bund, flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten, wobei sich „ausreichend“ auf die Menge und „angemessen“ auf die qualitative Beschaffenheit der Leistungen bezieht.¹³ Das Kriterium der Flächendeckung verlangt Zugang zu diesen Dienstleistungen für jeden potentiellen Nutzer im Bundesgebiet, unabhängig von seinem Wohnort.¹⁴ Damit wird der Gefahr begegnet, dass ländliche Gebiete bei der Leistungsbereitstellung aufgrund höherer Kosten vernachlässigt werden könnten.¹⁵ Ausweislich des Wortlauts ist Art. 87f Abs. 1 GG nicht auf eine bestmögliche, sondern lediglich auf eine „angemessene und ausreichende“ Versorgung der Bevölkerung mit Telekommunikationsdienstleistungen gerichtet, die als Grundversorgung bezeichnet wird.¹⁶ Unter Grundversorgung sind damit diejenigen Leistungen zu verstehen, „ohne die eine Teilhabe am wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Leben nicht oder nur schwer möglich wäre“.¹⁷ Die Kriterien des Art. 87f Abs. 1 GG entsprechen somit den oben in der Einleitung abstrakt dargestellten Forderungen aus dem Sozialstaatsprinzip, hier konkret bezogen auf das Telekommunikationswesen. Die Vorschrift lässt sich daher auch als eine besondere Ausprägung des Sozialstaatsprinzips für diesen Bereich verstehen.¹⁸ Hinsichtlich der Erfüllung des Gewährleistungsauftrags aus Art. 87f Abs. 1 GG schließt Art. 87f Abs. 2 GG das Modell der Leistungsbereitstellung durch den Staat ausdrücklich aus.¹⁹ Telekommunikationsdienstleistungen sind durch die Deutsche Telekom AG und andere private Anbieter zu erbringen, die – falls es Versorgungsmängel erforderlich machen sollten – zur Grundversorgung der Bevölkerung verpflichtet werden können.

II. Das Sozialstaatsprinzip für den Energiesektor

Im Unterschied zur Telekommunikation existiert für die Energiewirtschaft, abgesehen von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, keine spezielle verfassungsrechtliche Vorschrift, die dem Staat besondere Aufgaben zuweist. Das „verfassungsrechtliche Einfallsstor“²⁰ für die Verantwortung des Staates im Hinblick auf eine flächendeckende Energieversorgung ist daher das Sozialstaatsprinzip.²¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört die leitungsgebundene Energieversorgung zu den Leistungen, „deren der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf“.²² Der Staat muss sicherstellen, dass tatsächlich alle Bürger Zu-

gang zu Energieversorgungsleistungen haben.²³ Die Energieversorgung gehört somit – ebenso wie die Telekommunikation – zu den „klassischen“ Bereichen der Daseinsvorsorge.²⁴ Die Verantwortung des Staates im Hinblick auf die Durchsetzung des Ziels eines flächendeckenden Angebots ausreichender Leistungen beschränkt sich zunächst auf die Gewährleistung des Bestehens der Versorgung durch normative Maßnahmen; die eigentliche Durchführung der Energieversorgung bleibt wiederum grundsätzlich privaten Unternehmen überlassen.²⁵ Allerdings haben neben privaten Anbietern die Kommunen traditionell eine herausgehobene Funktion bei der Energieversorgung.²⁶ Schon seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts waren die Gemeinden bei der Energieversorgung, zum Teil auch bei der Energieerzeugung beteiligt.²⁷ Auch heute treten kommunale Energieversorgungsunternehmen, z. B. die Stadtwerke, in Wettbewerb zu den privaten Versorgungsunternehmen.²⁸

C. Instrumente zur Verwirklichung der Ziele im einfachen Recht

Der folgende Teil widmet sich der Analyse der konkreten Instrumente zur Verwirklichung der Ziele der Daseinsvorsorge am Beispiel des Universaldienstregimes im TKG einerseits und der Anschluss- und Grundversorgungspflicht im EnWG andererseits. Dabei unterscheide ich zwischen der Sicherstellung eines flächendeckenden Angebots ausreichender Leistungen und der Gewährleistung erschwinglicher Preise.

I. Instrumente für flächendeckende und angemessene Leistungen

1. Universaldienste im Telekommunikationsrecht

Mit dem Erlass der Universaldienstvorschriften (§§ 78-87 TKG), die das Kerninstrument der Daseinsvorsorge im Telekommunikationsrecht ausmachen,²⁹ ist der Bundesgesetzgeber seiner Aufgabe zur Sicherstellung der Grundversorgung

¹³ Freund, NVwZ 2003, 408, 411; Gersdorf, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz⁵, 2005, Band 3, Art. 87f Rn. 20.

¹⁴ Windthorst, Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, 2000, S. 286.

¹⁵ Siehe Fn. 12.

¹⁶ So die Gesetzesbegründung BT-Drs. 12/6717, S. 4, BT-Drs. 12/7269, S. 5; siehe dazu auch Windthorst (Fn. 14), S. 276f; Freund; NVwZ 2003, 408, 411; Gersdorf, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 13), Art. 87f Rn. 24. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vgl. nur BVerfGE 108, 370, 394.

¹⁷ Gersdorf, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 13), Art. 87f Rn. 26.

¹⁸ Windthorst (Fn. 14), S. 258 ff.; vgl. auch Freund (Fn. 7), S. 53 ff., der deshalb die Notwendigkeit der Einführung des Art. 87f GG bezweifelt.

¹⁹ Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 555; Freund, (Fn. 7), S. 50; Kühling (Fn. 10), S. 138, 144; Knauff (Fn. 7), S. 245.

²⁰ Pielow (Fn. 19), S. 592.

²¹ Bull (Fn. 3), S. 240 f.; Hermes (Fn. 3), S. 592; Pielow (Fn. 19), S. 592.

²² BVerfGE 66, 248, 258, siehe auch BVerfGE 38, 258, 270; 45, 63, 78 f.

²³ Pielow (Fn. 19), S. 593.

²⁴ So schon Forsthoff (Fn. 4), S. 7; ders., Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 12; Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, S. 17; Bull (Fn. 3), S. 241; Hermes (Fn. 3), S. 95.

²⁵ Pielow (Fn. 19), S. 593 f.

²⁶ Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 264.

²⁷ Näher zur Historie Löwer, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, 1989, S. 35 ff., siehe auch Krebs, Rechtliche Grundlagen und Grenzen kommunaler Elektrizitätsversorgung, 1996, S. 28 ff.

²⁸ Pielow (Fn. 19), S. 594.

²⁹ Kühling (Fn. 10), S. 138, 143ff.; siehe auch Windthorst (Fn. 14), S. 247ff.

nachgekommen.³⁰ Außerdem hat er damit die Vorgaben des Europarechts, namentlich die der Universaldienstrichtlinie,³¹ umgesetzt. Die Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Telekommunikationsdiensten zu erschwinglichen Preisen wird im TKG außer in den Universaldienstvorschriften noch in § 2 Abs. 2 Nr. 5 als Ziel der Regulierung und in § 1 als expliziter Zweck des Gesetzes neben der Wettbewerbsförderung genannt.

a) Definition des Leistungsinhalts

In § 78 Abs. 1 TKG sind Universaldienstleistungen legal definiert als ein Mindestangebot an Diensten für die Öffentlichkeit, für die eine bestimmte Qualität festgelegt ist, zu denen alle Endnutzer unabhängig von ihrem Wohn- oder Geschäfts-ort zu einem erschwinglichen Preis Zugang haben müssen und deren Erbringung für die Öffentlichkeit als Grundversorgung unabdingbar geworden ist. Den konkreten Leistungsumfang bestimmt der Katalog in § 78 Abs. 2 TKG: Gem. Nr. 1 ist ein Festnetzanschluss Inhalt des Universaldienstes, der gem. § 3 Nr. 17 TKG das Führen von Inlands- und Auslandsgesprächen zulässt und iSv § 3 Nr. 16 TKG auch die Telefax- oder Datenfernübertragung und einen funktionalen Internetanschluss ermöglicht. Der Internetzugang ist gegenüber der vorherigen Fassung des TKG neu eingeführt worden,³² was die dynamische Entwicklung des Universaldienstes bestätigt.³³ Die Nr. 2 – 4 umfassen die sogenannten akzessorischen Universaldienste,³⁴ im Einzelnen die Verfügbarkeit eines Teilnehmerverzeichnisses, die Verfügbarkeit eines umfassenden, öffentlichen Telefonauskunftsdienstes, die flächendeckende Bereitstellung von öffentlichen Münz- oder Kartentelefonen und die Möglichkeit, von öffentlichen Münz- oder Kartentelefonen kostenlose Notrufe auszuführen.

b) Kontrahierungszwang

Die Zugangssicherung zu Universaldienstleistungen erfolgt im TKG über den in § 84 Abs. 1 TKG vorgesehenen Kontrahierungszwang für Unternehmen, die Universaldienstleistungen erbringen. Gegenüber solchen Unternehmen hat jeder einzelne Endnutzer einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages. Die Entbündelungspflicht in § 84 Abs. 2 TKG garantiert, dass der Endnutzer nicht Leistungen in Anspruch nehmen muss, die über die notwendige bzw. beantragte Leistung hinausgehen.³⁵ Wer lediglich einen einfachen Festnetzanschluss nutzen möchte, soll also ein darauf gerichtetes Angebot bekommen und nicht das teure DSL-Paket inklusive Telefonflatrate in Anspruch nehmen müssen.

c) Gewährleistungsmechanismus als „Notfallinstrument“

Im Moment ist die flächendeckende Versorgung mit Universaldiensten in der Bundesrepublik auch ohne hoheitliche Verpflichtungen gewährleistet.³⁶ So besteht beispielsweise im Bereich der Festnetzanschlüsse angesichts einer Ausstattung von 98,7 % der Haushalte mit Telefonen im Jahr 2003 keine Gefahr einer Unterversorgung.³⁷

Sollte dennoch einmal eine Unterversorgung bei einer Universaldienstleistung aufgrund von Marktversagen eintreten oder auch nur eine dahin gehende Gefahr bestehen,³⁸ wird der Gewährleistungsmechanismus ausgelöst.³⁹ Gem. § 80 TKG werden sodann alle Dienstleistungsanbieter mit einem Anteil von mindestens 4 % des bundesweiten Gesamtumsatzes auf

dem für die einzelnen Universaldienste sachlich relevanten Markt und die Anbieter mit beträchtlicher Marktmacht auf dem räumlich relevanten Markt abstrakt-generell verpflichtet, zur Erbringung der Universaldienste nach Maßgabe der folgenden Vorschriften beizutragen. § 80 TKG bestimmt zunächst lediglich den Kreis der universaldienstverantwortlichen Unternehmen.⁴⁰ Die Bundesnetzagentur, die den Telekommunikationsmarkt beobachtet, veröffentlicht erst einmal die Feststellung einer Unterversorgung. Sofern sich kein Unternehmen freiwillig bereit erklärt, die Universaldienstleistung ohne finanziellen Ausgleich zu erbringen,⁴¹ kann die Behörde gem. § 81 Abs. 2 S. 1 TKG eines oder mehrere der nach § 80 TKG verantwortlichen Unternehmen verpflichten, den Dienst zu erbringen. Zu einer Ausschreibung der Universaldienstleistung kommt es gem. § 81 Abs. 3 TKG zwingend, sobald das Unternehmen, das nach § 81 Abs. 2 S. 1 TKG verpflichtet werden sollte, glaubhaft macht, dass es den Universaldienst nicht kostendeckend erbringen kann und deshalb einen Ausgleich iSv § 82 TKG für sein Tätigwerden verlangt.⁴² Das Ausschreibungsverfahren hat nach § 81 Abs. 3 TKG nach objektiven, nachvollziehbaren und nichtdiskriminierenden Regeln zu erfolgen, insbesondere muss die Bundesnetzagentur im Voraus festlegen, nach welchen Kriterien die Eignung der Bewerber für die Erbringung der Universaldienstleistung bestimmt wird.⁴³ Den Zuschlag erhält gem. § 81 Abs. 3 S. 1 TKG derjenige Bewerber, der sich als geeignet erweist und für die Erbringung des Universaldienstes den geringsten finanziellen Ausgleich verlangt. Die Vergabe erfolgt durch Verwaltungsakt.⁴⁴ Sollte sich kein geeignetes Unternehmen finden, z. B. weil kein Anbieter an der Ausschreibung teilnimmt,⁴⁵ wird gem. § 81 Abs. 5 TKG per Verwaltungsakt⁴⁶ das Unternehmen zur Erbringung der Universaldienstleistung verpflichtet, das nach § 81 Abs. 2 TKG ursprünglich ermittelt wurde.⁴⁷

³⁰ Pielow (Fn. 19), S. 562; Mager, in: Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2006, § 78 Rn. 4.

³¹ Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, (Abl. EG 2002 Nr. L 108/51 v. 24.4.2002).

³² Mager, in: BerlKommTKG (Fn. 30), § 78 Rn. 8.

³³ Vgl. dazu Windthorst (Fn. 14), S. 277f; Cannivè, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation zwischen Staat und Markt, 2001, S. 65. Gem. Art. 15 Universaldienstrichtlinie überprüft die Kommission regelmäßig, ob der Umfang der Leistungen noch angemessen ist.

³⁴ Koenig/Loetz/Neumann, Telekommunikationsrecht, 2004, S. 193.

³⁵ Mager, in: BerlKommTKG (Fn. 30), § 84 Rn. 11 ff.

³⁶ Koenig/Loetz/Neumann (Fn. 34), S. 193; Mager, in: BerlKommTKG (Fn. 30), Vor § 78 Rn. 11, § 78 Rn. 2.

³⁷ Mager, in: BerlKommTKG (Fn. 30), § 78 Rn. 3.

³⁸ Am ehesten zu besorgen wäre das bei der flächendeckenden Bereitstellung von Telefonzellen, deren Zahl im Zeitraum von Ende 1998 bis Anfang 2003 von 148 000 auf 109 700 zurückgegangen ist, vgl. Mager, in: BerlKommTKG (Fn. 30), § 78 Rn. 3, § 80 Rn. 3; Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 89.

³⁹ Mager, in: BerlKommTKG (Fn. 30), § 80 Rn. 9 ff.

⁴⁰ Mager, in: BerlKommTKG (Fn. 30), § 80 Rn. 20.

⁴¹ Hier können sich alle Unternehmen, nicht nur die nach § 80 TKG bestimmten, bereit erklären, den Dienst zu erbringen, vgl. Mager, in: BerlKommTKG (Fn. 30), § 81 Rn. 14.

⁴² Koenig/Loetz/Neumann (Fn. 34), S. 195.

⁴³ Vgl. Mager, in: BerlKommTKG (Fn. 30), § 81 Rn. 22.

⁴⁴ Mager, in: BerlKommTKG (Fn. 30), § 81 Rn. 26.

⁴⁵ Koenig/Loetz/Neumann (Fn. 34), S. 195.

⁴⁶ Mager, in: BerlKommTKG (Fn. 30), § 81 Rn. 29.

⁴⁷ Mager, in: BerlKommTKG (Fn. 30), § 81 Rn. 28.

d) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Ziele einer flächendeckenden Versorgung mit angemessenen Leistungen im Telekommunikationssektor möglichst durch den Wettbewerbsmechanismus im freien Markt verwirklicht werden sollen.⁴⁸ Diese Erwartung hat sich bisher auch erfüllt, sodass die Universaldienstgewährleistung bisher nur eine Reserveregulierung darstellt.⁴⁹ Selbst im Fall des Marktversagens soll ein „Markt um die Beseitigung des Marktversagens“⁵⁰ geschaffen werden, indem das Ausschreibungsverfahren das Auffinden des wirtschaftlichsten Anbieters zur Erbringung des Universaldienstes sicherstellt.

2. Anschluss- und Grundversorgungspflicht im Energie-recht

Ausweislich § 1 EnWG ist die sichere, preisgünstige und verbraucherfreundliche Versorgung der Allgemeinheit mit Energie neben der Effizienz und der Umweltverträglichkeit Zweck des Gesetzes. Dem verfassungsrechtlichen Ziel einer flächendeckenden Versorgung⁵¹ mit angemessenen Leistungen wird in erster Linie durch die Instrumente der Allgemeinen Anschlusspflicht in § 18 EnWG und der Grundversorgungspflicht in § 36 EnWG Rechnung getragen.⁵² Die nach der alten Rechtslage in § 10 EnWG a.F. vorgesehene Allgemeine Anschluss- und Versorgungspflicht für Letztverbraucher wurde im aktuellen EnWG aufgespalten in die Anschlusspflicht gem. § 18 einerseits und in die Grundversorgungspflicht gem. § 36 andererseits.⁵³ Diese Änderung ist bedingt durch die im EnWG in den §§ 6-10 vorgesehene Entflechtung, d.h. die Trennung von Netzbetrieb und Versorgungstätigkeit.⁵⁴ Verpflichtet ist nach § 18 EnWG der Netzbetreiber, nach § 36 EnWG das Versorgungsunternehmen.

a) Definition des Leistungsinhalts

Inhalt der allgemeinen Anschlusspflicht gem. § 18 EnWG ist das Recht auf Netzanschluss und auf Anschlussnutzung, also auf Entnahme von Energie. Inhalt der Grundversorgung gem. § 36 EnWG ist entsprechend der Begründung zum Gesetzesentwurf die Belieferung von Haushaltskunden mit Energie im Niederspannungs- bzw. Niederdruckbereich über Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung.⁵⁵

b) Kontrahierungszwang

Im Rahmen der §§ 18, 36 EnWG besteht für eine bestimmte Gruppe von Kleinkunden, die aus dem Niederspannungs- bzw. Niederdrucknetz mit Energie beliefert werden und eine geringe Nachfragemacht haben, ein gesetzlich normierter Anspruch auf Netzanschluss und auf Versorgung.⁵⁶ Anspruchsberechtigt sind in § 18 EnWG Letztverbraucher, d.h. Kunden, die Energie für den eigenen Verbrauch und nicht etwa für den Weiterverkauf kaufen (vgl. § 3 Nr. 25 EnWG). Für die Grundversorgungspflicht in § 36 EnWG wird die Gruppe der Berechtigten auf Haushaltskunden iSv § 3 Nr. 22 EnWG, also auf Letztverbraucher mit einem begrenzten Energieverbrauch für den eigenen Haushalt oder für den kleinen landwirtschaftlichen oder gewerblichen Betrieb, weiter eingeschränkt. Verpflichtet sind bei der allgemeinen Anschlusspflicht die Unternehmen, welche in einem Gemeindegebiet Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung betreiben und bei der Grundversorgungspflicht die Unternehmen, die in einem Netzgebiet⁵⁷ die Grundversorgung von Haushaltskunden durchführen.⁵⁸ Die Eigenschaft als Betreiber ei-

nes Netzes der allgemeinen Versorgung und die Eigenschaft als Grundversorger begründen also – wie im TKG die Eigenschaft als Universaldienstverantwortlicher – einen Kontrahierungszwang.

Einen zusätzlichen Schutz für die Verbraucher im Rahmen der allgemeinen Anschlusspflicht gewähren die Pflicht zur Veröffentlichung der Anschlussnutzungsbedingungen und die in § 18 Abs. 3 EnWG vorgesehene Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung durch die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates, welche die Allgemeinen Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung einheitlich festsetzt.⁵⁹

Die Grundversorgung gem. § 36 EnWG erfolgt zu Allgemeinen Preisen und Bedingungen, die im Internet zu veröffentlichen sind.⁶⁰ Grundversorger im Sinne des § 36 Abs. 1 EnWG ist gem. § 36 Abs. 2 S. 1 EnWG jeweils das Versorgungsunternehmen, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert. Die Feststellung, wer in einem Netzgebiet Grundversorger ist, treffen nach § 36 Abs. 2 S. 2 EnWG die Betreiber von Energieversorgungsnetzen der allgemeinen Versorgung, die gem. § 18 EnWG zum Netzanschluss verpflichtet sind, alle drei Jahre jeweils zum 1. Juli, erstmals zum 1. Juli 2006. Das ermittelte Unternehmen ist anschließend als Grundversorger für die folgenden drei Jahre zur Durchführung der Grundversorgung verpflichtet.⁶¹ Die Grundversorgungspflicht besteht gem. § 37 Abs. 1 EnWG nicht, wenn der Haushaltskunde sich von einem Dritten versorgen lässt oder eine eigene Energieanlage zur Deckung des Eigenbedarfs betreibt.

Die Ersatzversorgung in § 38 EnWG ist für den Fall eines plötzlichen Anbietersausfalls vorgesehen, in dem ein Letztverbraucher Energie aus dem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung entnimmt, ohne dass dieser Bezug einem Versorgungsvertrag mit einem bestimmten Energielieferanten zugeordnet werden kann. Damit auch in solchen Fällen die Versorgung gesichert ist, entsteht automatisch ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Letztverbraucher, der Energie bezieht, und dem Unternehmen, das in diesem Gebiet zur Grundversorgung verpflichtet ist.⁶² Obwohl dem Grundversorger durch die kurzfristig zu beschaffende Ersatz-

⁴⁸ Kühling (Fn. 10), S. 138, 142.

⁴⁹ Koenig/Loetz/Neumann (Fn. 34), S. 193; Mager, in: BerlKommTKG (Fn. 30), § 80 Rn. 3.

⁵⁰ Kühling (Fn. 10), S. 138, 142; ders. (Fn. 41), S. 354.

⁵¹ Wenn im Folgenden von Energieversorgung die Rede ist, ist entsprechend der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 14 EnWG die Versorgung mit Elektrizität und Gas gemeint.

⁵² Kühne/Brodowski, NVwZ 2005, 849, 857.

⁵³ Hampel, Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER) 2004, S. 117, 119; Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht, 2006, S. 140.

⁵⁴ Näher dazu Koenig/Kühling/Rasbach (Fn. 57), S. 113 ff.

⁵⁵ BT-Drs. 15/3917, S. 66.

⁵⁶ Hampel, ZNER 2004, S. 117, 118.

⁵⁷ Das Netzgebiet der allgemeinen Versorgung stimmt mit dem Gemeindegebiet in § 18 EnWG überein. Vgl. Bartsch/Kästner, ET 2004, 837, 838; Koenig/Kühling/Rasbach (Fn. 57), S. 141.

⁵⁸ Zur Trennung von Netzbetrieb und Versorgungstätigkeit siehe Fn. 54.

⁵⁹ Seit dem 1. November 2006 gelten für den Anschluss an das Stromnetz die Niederspannungsanschlussverordnung (NAV) und für den Anschluss an das Gasnetz die Niederdruckanschlussverordnung (NDAV).

⁶⁰ Koenig/Kühling/Rasbach (Fn. 57), S. 140.

⁶¹ Koenig/Kühling/Rasbach (Fn. 57), S. 141.

⁶² Hampel, ZNER 2004, 117, 120; Koenig/Kühling/Rasbach (Fn. 57), S. 144.

energie möglicherweise höhere Kosten entstehen, dürfen die Preise für diese Ersatzversorgung für Haushaltskunden gem. § 38 Abs. 1 S. 3 EnWG nicht höher sein als die für die Grundversorgung.⁶³

c) Gewährleistungsmechanismus als „Notfallinstrument“

Wie im Telekommunikationsrecht, gilt auch im Energiewirtschaftsrecht grundsätzlich das Modell der „Daseinsvorsorge im Wettbewerb“.⁶⁴ Die Regelungen zur Anschluss- und Versorgungspflicht werden – wie das Universaldienstregime – nur dann als „Notfallinstrumentarium“⁶⁵ relevant, wenn das Daseinsvorsorgeziel einer flächendeckenden Versorgung mit ausreichenden Leistungen durch den freien Markt nicht erreicht wird.⁶⁶

II. Instrumente zur Sicherung erschwinglicher Preise

1. Erschwinglichkeit der Entgelte gem. § 79 TKG

Dem verfassungsrechtlichen Ziel sozial erschwinglicher Preise trägt das TKG in der Legaldefinition der Universaldienstleistung in § 78 Abs. 1 und in § 79 Rechnung, in dem das Merkmal der Erschwinglichkeit genau bestimmt wird. Für Festnetzanschlüsse ist in § 79 Abs. 1 TKG eine Preisobergrenze festgelegt, die dem Preis entspricht, den ein Privathaushalt außerhalb von größeren Städten zum 1. Januar 1998, also zum Zeitpunkt der Liberalisierung, für die Nutzung eines Festnetzanschlusses durchschnittlich zahlen musste.⁶⁷ Eine Verbilligung der Herstellung der Leistung durch technischen Fortschritt wird gem. § 79 Abs. 1 S. 1 TKG durch die Produktivitätsfortschrittsrate berücksichtigt.⁶⁸ Für die übrigen Universaldienstleistungen in § 78 Abs. 2 Nr. 2-4 TKG verweist § 79 Abs. 2 TKG auf die Maßstäbe des § 28 TKG. Die Preise für diese Dienstleistungen gelten danach als nicht mehr erschwinglich, wenn die Preisgestaltung den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung erkennen lässt.⁶⁹

2. Preisregulierung im EnWG

Ausweislich § 1 EnWG ist eine preisgünstige und verbraucherfreundliche Energieversorgung ausdrücklich Zweck des Energiewirtschaftsgesetzes. Konkrete Vorgaben für die Preisgestaltung enthält das Gesetz allerdings nicht.⁷⁰ Die Preise der Grundversorgung unterliegen lediglich der allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach den §§ 19, 20 GWB.⁷¹ Eine sektorspezifische Preisregulierung findet statt, wenn das Bundeswirtschaftsministerium von der Ermächtigung in § 39 Abs. 1 EnWG Gebrauch macht, die Allgemeinen Preise für die Grund- und Ersatzversorgung von Haushaltskunden per Rechtsverordnung im Einvernehmen mit dem Bundesverbraucherschutzministerium zu regeln.⁷² Gem. § 39 Abs. 1 S. 2 EnWG können darin Bestimmungen über Inhalt und Aufbau der Allgemeinen Preise sowie über die tariflichen Rechte und Pflichten der Elektrizitätsversorgungsunternehmen und ihrer Kunden getroffen werden.

Für die Strompreise gilt noch bis zum 1. Juli 2007 § 12 BTOElt⁷³, wonach beabsichtigte Preiserhöhungen von den zuständigen Landesbehörden genehmigt werden müssen.⁷⁴ Für die Gaspreise galt die BTOGas⁷⁵. Sie ist bereits mit der Novellierung des EnWG 1998 ersatzlos gestrichen worden;⁷⁶ seitdem unterliegen die Gaspreise nur der allgemeinen

kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt.

3. Ergebnis

Mit der Festlegung einer Obergrenze für den Preis eines Festnetzanschlusses ist die Preisaufsicht im Telekommunikationssektor wesentlich strenger als im Energiesektor, in dem auch nach Erlass einer Verordnung auf der Grundlage von § 39 Abs. 1 EnWG lediglich Regelungen über Inhalt und Aufbau der Preise getroffen werden können. Dieser Unterschied überrascht, ist doch der Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt wesentlich weiter entwickelt als in der Energiewirtschaft, bei der auch nach der Liberalisierung die vier großen Energiekonzerne RWE, E.ON, EnBW und Vattenfall den Markt beherrschen und gerade in jüngster Zeit die Erhöhung der Energiepreise den Verbrauchern zu schaffen machte. Die Hoffnung des Gesetzgebers, dass es einer besonderen Kontrolle der Endverbraucherpreise in einem liberalisierten Strommarkt nicht mehr bedürfe, hat sich bisher nicht bewahrheitet. Die Abschaffung der Genehmigungspflicht der Strompreise durch die Landesbehörden wird deshalb insbesondere von Verbraucherverbänden kritisiert. Bundeswirtschaftsminister Glos hatte im September 2006 als Reaktion auf die Preiserhöhungen Änderungen im Kartellrecht angekündigt, die die allgemeine Missbrauchsaufsicht für den Energiesektor verschärfen sollen.⁷⁷ Auch eine Verlängerung der Preiskontrolle nach § 12 BTOElt wird von einigen Ländern gefordert.⁷⁸ Im Bereich der Gaspreise soll eine Übersicht zum bundesweiten Gaspreisvergleich für Haushaltskunden, die Anfang Januar diesen Jahres vom Bundeskartellamt veröffentlicht wurde, mehr Transparenz für den Verbraucher schaffen.⁷⁹

Im Hinblick auf die akzessorischen Universaldienste ähnelt sich die Preisregulierung in den beiden Sektoren insofern, als lediglich eine Missbrauchskontrolle stattfindet; in der Telekommunikation allerdings nach Maßgabe der speziellen Vor-

⁶³ Kritisch dazu *Bartsch/Kästner*, *Energiewirtschaftliche Tagesfragen* (ET) 2004, 837, 838.

⁶⁴ *Koenig/Kühling/Rasbach* (Fn. 57), S. 139.

⁶⁵ *Koenig/Kühling/Rasbach* (Fn. 57), S. 139, 143.

⁶⁶ Ob sich auch im Bereich der Kleinkunden zukünftig ein funktionierender Wettbewerb einstellt, wird unterschiedlich beurteilt. Dafür *Hampel*, *ZNER* 2004, 117, 125, ablehnend *Galahn*, *Recht der Energiewirtschaft* (RdE) 2004, 35, 40 f.

⁶⁷ *Mager*, in: *BerlKommTKG* (Fn. 30), § 79 Rn. 10; *Freund* (Fn. 7), S. 112.

⁶⁸ *Mager*, in: *BerlKommTKG* (Fn. 30), § 79 Rn. 8.

⁶⁹ *Mager*, in: *BerlKommTKG* (Fn. 30), § 79 Rn. 15.

⁷⁰ *Koenig/Kühling/Rasbach* (Fn. 57), S. 142.

⁷¹ *Koenig/Kühling/Rasbach* (Fn. 57), S. 143; *Tüngler*, *JuS* 2006, 487, 490.

⁷² Eine Verordnung existiert bisher nur für die Regelung der Allgemeinen Bedingungen für die Grundversorgung iSv § 39 Abs. 2 EnWG, nicht für die Regelung der Allgemeinen Preise nach § 39 Abs. 1 EnWG. Die Stromgrundversorgungsverordnung (StromGVV) und die Gasgrundversorgungsverordnung (GasGVV), die am 28. Oktober 2006 in Kraft getreten sind, sind abrufbar unter www.energieverbraucher.de.

⁷³ Bundestarifordnung Elektrizität vom 18. Dezember 1989.

⁷⁴ *Kühne/Brodowski*, *NVwZ* 2005, 849, 857.

⁷⁵ Bundestarifordnung Gas vom 26. November 1971.

⁷⁶ Art. 5 Abs. 3 Nr. 4 des Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts.

⁷⁷ <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/artikel/78/84993/1/>.

⁷⁸ Für eine Verlängerung der Genehmigungspflicht über den 30. Juni 2007 hinaus hatte sich insbesondere das Land Nordrhein-Westfalen ausgesprochen und eine entsprechende Bundesratsinitiative angekündigt.

⁷⁹ Die Übersicht ist abrufbar unter www.bundeskartellamt.de.

schrift des § 28 TKG, während im Energierecht die allgemeinen Regeln des GWB gelten.⁸⁰

D. Finanzierung

I. Finanzierung der Universaldienste durch eine Abgabe

Wenn eine Ausschreibung einer Universaldienstleistung stattgefunden hat, gewährt die Bundesnetzagentur dem Unternehmen, das den Zuschlag erhalten hat, den von diesem im Ausschreibungsverfahren veranschlagten finanziellen Ausgleich. Auch im Falle einer Verpflichtung eines Unternehmens zur Erbringung von Universaldiensten nach § 81 Abs. 5 TKG kann ein Ausgleich gewährt werden, wenn die dem Unternehmen dadurch entstehenden zusätzlichen Kosten eine unzumutbare Belastung darstellen.⁸¹ In beiden Fällen erfolgt die Finanzierung des an die betreffenden Unternehmen zu zahlenden Ausgleichs nicht aus öffentlichen Mitteln, sondern aus einer Universaldienstleistungsabgabe. Die Abgabe wird gem. § 83 Abs. 1 S. 1 TKG von allen nach § 80 TKG universaldienstverantwortlichen Unternehmen anteilig⁸² geleistet.⁸³

II. Situation bei der Energieversorgung

Im Energiesektor ist kein Ausgleichsmechanismus für die Netznutzungs- und Versorgungsleistungen der nach § 18 bzw. nach § 36 EnWG verantwortlichen Unternehmen vorgesehen. Im Unterschied zur Universaldienstverpflichtung im Telekommunikationsrecht ist ihre Verpflichtung auch gem. § 18 Abs. 1 S. 2 und § 36 Abs. 1 S. 2 EnWG unter einen wirtschaftlichen Zumutbarkeitsvorbehalt gestellt. Da sie somit nicht verpflichtet werden, defizitäre Leistungen zu erbringen, entfällt auch das Ausgleichserfordernis.⁸⁴ Zwar tragen die Unternehmen die Beweislast für die fehlende Zumutbarkeit.⁸⁵ Trotz dieser relativ hohen Hürde kann es gleichwohl zu einem Ausschluss eines einzelnen Abnehmers von der Versorgung kommen, wenn tatsächlich ein Antrag auf Netzanschluss wegen besonders hohen Aufwands und geringer zu erwartender Energieabnahme abgelehnt wird.⁸⁶ Dieses Ergebnis könnte allerdings gegen die Vorgaben des Europarechts verstoßen. Gem. Art. 3 Abs. 3 der Elektrizitätsrichtlinie⁸⁷ und Art. 3 Abs. 3 der Gasrichtlinie⁸⁸ ist es Aufgabe der Mitgliedstaaten, die Grundversorgung von Haushaltskunden sicherzustellen. Zur Gewährleistung der Grundversorgung können sie einen Versorger verpflichten. Art. 3 Abs. 4 der Elektrizitätsrichtlinie erlaubt es den Mitgliedstaaten sogar, den Unternehmen für die Erfüllung der Grundversorgungspflicht einen Ausgleich zu gewähren. Im Hinblick auf die existentielle Bedeutung der Energieversorgung wäre es daher wünschenswert, im EnWG eine Verpflichtung von Unternehmen auch zur Erbringung unwirtschaftlicher Leistungen vorzusehen, für die sie dann einen finanziellen Ausgleich bekommen.⁸⁹ Vorbild könnte das Universaldienstregime im TKG sein.⁹⁰ Um einen Versorgungsausfall zu vermeiden, könnte der Zumutbarkeitsvorbehalt vorläufig richtlinienkonform ausgelegt werden. Nach einer derartigen engen Auslegung wäre eine Anschlussverpflichtung nur dann unzumutbar, wenn der Anschlussnehmer den Anschluss nicht oder nicht mehr zur Entnahme von Energie nutzen will und der Vorhaltung des Anschlusses daher kein wirtschaftliches Äquivalent gegenübersteht.⁹¹

E. Zusammenfassung

Ziel der Daseinsvorsorge ist es, ein flächendeckendes Angebot angemessener Leistungen zu erschwinglichen Preisen zu

garantieren. Die daseinssichernden Leistungen in den Bereichen Telekommunikation und Energie werden vornehmlich durch private Anbieter erbracht. Die Aufgabe des Staates beschränkt sich in beiden Sektoren auf die Gewährleistung der sozialstaatlich gewünschten Versorgung aller Bürger durch Regulierung des privatwirtschaftlichen Wettbewerbs. Im Hinblick auf die konkreten Instrumente zur Sicherung der Daseinsvorsorge weisen die Sektoren Gemeinsamkeiten auf: Beide Gesetze definieren einen bestimmten Umfang an Leistungen, zu denen aufgrund eines Kontrahierungszwangs für die verantwortlichen Leistungserbringer grundsätzlich jeder Bürger Zugang hat. Der Gewährleistungsmechanismus wird ausgelöst, sobald ein partielles Marktversagen vorliegt und eine Unterversorgung der Bevölkerung droht. Die Universaldienstvorschriften im TKG sehen für diesen Fall ein ausdifferenziertes und leistungsfähiges System vor, das mit der Ausschreibung von Universaldiensten ein wettbewerbsneutrales Instrument bereithält, um die Erbringung unrentabler Leistungen sicherzustellen. Zwar ist auch im Energiesektor durch die Allgemeine Anschluss- und die Grundversorgungspflicht grundsätzlich sichergestellt, dass jeder Haushalt von mindestens einem Versorger mit Energie beliefert wird. Es hängt allerdings von der Auslegung des Vorbehalts der wirtschaftlichen Zumutbarkeit ab, ob einzelne Bürger von der Versorgung ausgeschlossen werden könnten. ■

⁸⁰ Eine ursprünglich vorgesehene besonders ausgestaltete Missbrauchsaufsicht hat sich im Gesetzgebungsverfahren letztlich nicht durchsetzen können; vgl. *Koenig/Kühling/Rasbach* (Fn. 57), S. 143 mit dortiger Fn. 156.

⁸¹ Die Berechnung des Ausgleichs erfolgt dann nach Maßgabe des § 82 Abs. 2 TKG.

⁸² Gem. § 83 Abs. 1 S. 2 TKG muss ein einzelnes Unternehmen den Anteil zahlen, der seinem Anteil am Gesamtumsatz aller universaldienstverantwortlichen Unternehmen entspricht.

⁸³ Das Europarecht gibt dieses Finanzierungsmodell nicht zwingend vor. Gem. Art. 13 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie kann die Zahlung des Ausgleichs entweder aus öffentlichen Mitteln oder durch die Erhebung von Abgaben bei Netz- und Dienstbetreibern refinanziert werden.

⁸⁴ Vgl. *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst, 2001/2002, S. 347.

⁸⁵ *Koenig/Kühling/Rasbach* (Fn. 57), S. 54.

⁸⁶ *Koenig/Kühling/Rasbach*, ZNER 2003, 3, 9.

⁸⁷ Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG vom 26. Juni 2003 (ABl. EU L 176, S. 37).

⁸⁸ Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG vom 26. Juni 2003 (ABl. EU L 176, S. 57).

⁸⁹ Für ein solches „Notfallinstrumentarium“ *Koenig/Kühling/Rasbach*, ZNER 2003, 3, 9.

⁹⁰ *Koenig/Kühling/Rasbach*, ZNER 2003, 3, 9.

⁹¹ So die Begründung des Gesetzentwurfes, vgl. BT-Drs. 15/3917 S. 58.

Christopher Krois, Hamburg*

Auslegung arbeitsvertraglicher Verweisungen auf Tarifverträge – Eine Analyse im Lichte der aktuellen Rechtsprechung von BAG und EuGH –

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit einer unlängst vom BAG angekündigten Rechtsprechungsänderung im Bereich arbeitsvertraglicher Bezugnahme Klauseln,¹ die nicht nur auf die Praxis der sog. Tarifflicht, sondern auch auf Unternehmenstransaktionen gravierende Auswirkungen haben dürfte.

A. Einführung in die Problematik

I. Die Lage vor der Rechtsprechungsänderung

Die vertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge ist ein Stichwort, das nicht nur im Arbeitsrecht mittlerweile einen vertrauten Klang besitzt. Auch in der täglichen Praxis der Unternehmenstransaktionen, neudeutsch *mergers & acquisitions*, spielen Bezugnahme Klauseln eine maßgebliche Rolle: Meist steht und fällt eine geplante Transaktion mit ihren Auswirkungen auf die Arbeitskosten, deren Höhe wiederum ganz überwiegend durch Tarifverträge bestimmt wird. Maßnahmen wie Umwandlungen, Outsourcing, Betriebsübergang, Verbandsaustritt oder -wechsel sind daher nicht selten auf Kostenerwägungen beruhende, bewusst beschrittene Wege heraus aus der *kollektivrechtlichen* Geltung tariflicher Arbeitsbedingungen gem. §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG. Hat ein Arbeitgeber mit seinen Arbeitnehmern allerdings (auch) *schuldrechtlich* die Anwendung der jeweiligen tariflichen Arbeitsbedingungen vereinbart,² wird der Erfolg all dieser Gestaltungen durch die drohende Weitergeltung der jeweiligen Tarifbedingungen auf individualrechtlicher Ebene grundlegend in Frage gestellt.

Im Mittelpunkt der Rechtsprechung des BAG stand daher bislang die in Reaktion auf diese Erkenntnis getroffene Aussage, dynamisch formulierte Bezugnahme Klauseln seien regelmäßig dahingehend auszulegen, dass sie die tarifrechtliche Situation nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG beiderseitig Tarifgebundener lediglich schuldrechtlich widerspiegeln sollen (Auslegung als sog. Widerspiegelungs- oder Gleichstellungsabrede)³ und damit einer Tarifflicht im soeben dargelegten Sinne letztlich nicht entgegenstehen. Diese – in ihren Ursprüngen bis ins Jahr 1955 zurückverfolgbare⁴ – Rechtsprechung des BAG blieb lange ohne Kritik.⁵ Erst in neuerer Zeit, verstärkt nach der Schuldrechtsreform 2002, regte sich allmählich Widerstand in der Literatur,⁶ der insbesondere damit begründet wurde, dass viele dynamisch formulierte Verweisungen den vom BAG betonten Gleichstellungszweck in Hinblick auf die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB nicht deutlich genug zum Ausdruck brächten. Nachdem jedoch die Rechtsprechung zur Gleichstellungsabrede in einer Entscheidung des 4. Senats des BAG vom 19.3.2003⁷ (unter Vorsitz *Harald Schliemanns*) erneut bekräftigt worden war, betrachtete man die Streitfrage vorerst als erledigt.⁸

II. Multorum opera res turbantur

Trotz diverser Vorzeichen reagierte die Praxis dementsprechend verwundert,⁹ als der 4. Senat (nunmehr unter Vorsitz *Klaus Beplers*) mit Pressemitteilung vom 14.12.2005¹⁰ – unter Berufung auf die Schuldrechtsreform – ankündigte, sich seinen bisherigen Kritikern anschließen und seine Auslegungsregel zur Gleichstellungsabrede aufgeben zu wollen;

eine Entscheidung, die zu Recht als „kopernikanische Wende“ in der Rechtsprechung des BAG bezeichnet werden kann.

Damit nicht genug; im März 2006 überraschte eine weitere Entscheidung – diesmal aus Luxemburg: Im Vorlageverfahren¹¹ *Werhof* aus dem Jahr 2004, das noch gegen die damalige Rechtsprechung des BAG gerichtet war, befand der EuGH die Auslegung als Gleichstellungsabrede ausdrücklich für europarechtskonform; darüber hinaus äußerte er – knapp drei Monate nach besagter Pressemitteilung des BAG – Bedenken dahingehend, dass eine andere Auslegung dynamisch formulierter Klauseln europarechtswidrig sein könnte.¹² Die anfängliche Verwunderung wich zusehends der Verwirrung.

III. Gang der folgenden Untersuchung

Der folgende Beitrag widmet sich daher vornehmlich den durch die beiden soeben genannten Entscheidungen aufgeworfenen Fragen zur Auslegung dynamisch formulierter Bezugnahme Klauseln. Zum besseren Verständnis sollen hierzu in einem ersten Teil zunächst einige Grundlagen zur arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf Tarifverträge dargestellt werden (dazu B.), bevor sodann im zweiten Teil des Beitrags die Auslegungsfrage thematisiert wird (dazu C.).

B. Die Grundlagen

I. Praktische Relevanz der Bezugnahme

Die Bedeutung arbeitsvertraglicher Bezugnahme Klauseln für die Praxis dürfte wohl kaum zu überschätzen sein. Bereits in einer 1988 und 1989 von *Ulrich Preis* durchgeführten und seitdem viel zitierten Untersuchung stellte sich heraus, dass etwa 90% aller Arbeitsverträge solche Klauseln beinhalten.¹³

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

¹ BAG AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag m. Anm. *Nicolai/Krois*, SAE 2007, im Erscheinen.

² Zu den Gründen für ein solches Vorgehen s. sogleich B. I.

³ Grundlegend BAG AP Nr. 6 zu § 4 TVG Nachwirkung sowie BAG AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

⁴ BAG v. 6.4.1955 AP Nr. 7 zu Art. 3 GG; mit *Thüsing/Lambrich*, RdA 2002, 193, 196 ist allerdings anzumerken, dass in dieser Entscheidung der Gleichstellungszweck noch nicht ausdrücklich problematisiert wurde.

⁵ Vgl. hierzu die krit. Ausführungen bei *Annuß*, ZfA 2005, 405, 416 f.

⁶ *Annuß*, BB 1999, 2558-2562; *ders.*, ArbuR 2002, 361-364; *ders.*, ZfA 2005, 405-457; *Däubler*, RdA 2002, 303, 305; *Lambrich*, BB 2002, 1267-1269; *ders.*, in: FS Ehmann, 2006, S. 169, 219 ff.; *Thüsing/Lambrich*, RdA 2002, 193-213; *dies.*, NZA 2002, 1361-1370; *Thüsing*, NZA 2003, 1184, 1185; *Wulff*, AiB 2004, 288, 293.

⁷ BAG AP Nr. 33 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag (I. 2. d. bb. der Gründe).

⁸ *Lambrich*, in: FS Ehmann, 2006, S. 169, 225; *Thüsing*, NZA 2003, 1184-1187 („Statische Rechtsprechung zur dynamischen Bezugnahme“).

⁹ Vgl. nur *Bauer/Haufmann*, DB 2005, 2815 f. („Schöne Bescherung...!“).

¹⁰ BAG Pressemitteilung Nr. 77/05, NZA aktuell, Heft 24/2005, S. VII. Die Gründe wurden, soweit ersichtlich, erst Anfang Juni 2006 herausgegeben.

¹¹ LAG Düsseldorf NZA-RR 2005, 148-150.

¹² EuGH v. 9.3.2006, Rs. C-499/04 – *Hans Werhof/Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG* – Slg. 2006, I-2397 = AP Nr. 2 zu RL 77/187/EWG = NZA 2006, 376-378. m. Anm. *Nicolai*, DB 2006, 670-673.

¹³ *U. Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 52 Fn. 6 sowie S. 62.

Erklären lässt sich dieser beachtliche Anteil durch zweierlei Überlegungen: Zum einen ist die arbeitsvertragliche Verweisung auf Tarifverträge für tarifgebundene Arbeitgeber regelmäßig aus Kostengesichtspunkten vorteilhaft, führt sie doch zu einheitlichen Regelungen für alle – gewerkschaftsangehörige ebenso wie nicht oder anders organisierte – Arbeitnehmer. Das erleichtert nicht nur die Ablauforganisation und senkt Personalverwaltungskosten, sondern steigert auch die Arbeitszufriedenheit Nichtorganisierter (sog. *social costs*).¹⁴

Zum anderen gibt es aber auch einen ganz praktischen Grund für dieses überraschend hohe Ergebnis: Dem Arbeitgeber ist es zwar grundsätzlich untersagt, Bewerber nach der Gewerkschaftszugehörigkeit zu fragen,¹⁵ andererseits muss er jedoch gem. § 2 Abs. 1 Nr. 10 NachwG einen Hinweis auf die anzuwendenden Tarifverträge in den Arbeitsvertrag aufnehmen.¹⁶ Das hat zur Folge, dass Bezugnahmeklauseln regelmäßig in sämtliche Arbeitsverträge – auch die ohnehin gewerkschaftsangehöriger Arbeitnehmer – Eingang finden.

II. Typisierung von Bezugnahmeklauseln

Zur Typisierung der in der arbeitsvertraglichen Praxis anzutreffenden Klauselvielfalt¹⁷ hat sich in Anschluss an *Hromadka/Maschmann/Wallner*¹⁸ weitgehend ein System durchgesetzt, das nach dem Grad der inhaltlichen Reichweite zwischen statischer und dynamischer Verweisung differenziert.

1. Statisch formulierte Bezugnahmeklauseln

Bei der statisch formulierten Verweisung wird auf einen konkreten, zu einem näher definierten Zeitpunkt – meist dem des Vertragsschlusses – geltenden Tarifvertrag Bezug genommen (z.B.: „Es gilt der Manteltarifvertrag des Schreinerhandwerks in Bayern vom 18.12.1986.“). Folge dieser sachlichen und zeitlichen Beschränkung ist allerdings, dass statisch formulierte Klauseln grundsätzlich dahingehend auszulegen sind, dass spätere tarifliche Änderungen schuldrechtlich nicht nachvollzogen werden. Kommt es dem Arbeitgeber – wie es regelmäßig der Fall ist – aber gerade darauf an, organisierte und nicht organisierte Arbeitnehmer (dauerhaft) gleichzustellen, so bietet sich eine statisch formulierte Verweisung hierfür kaum an. Dementsprechend selten sind solche Klauseln in der Praxis anzutreffen. Von Relevanz ist die statische Bezugnahme daher letztlich nur bei fehlender Tarifgebundenheit des Arbeitgebers oder Verweisung auf branchenfremde Tarifwerke, also in Konstellationen, in denen es nicht um eine Gleichstellung von Außenseiterarbeitnehmern geht.

2. Dynamisch formulierte Bezugnahmeklauseln

In der Praxis überwiegt daher deutlich die dynamisch formulierte Verweisung, die auf zweierlei Art ausgestaltet sein kann: Eine erste – *zeitliche* – Flexibilisierung ergibt sich, wenn ein sachlich einschlägiger Tarifvertrag in seiner jeweiligen Fassung in Bezug genommen wird (z.B.: „Es gelten die Tarifverträge der Metallindustrie NRW in ihrer jeweiligen Fassung.“). Man spricht dann von einer sog. kleinen dynamischen Verweisung. Wird darüber hinaus *sachlich* auf die Angabe einer bestimmten Branche verzichtet und lediglich auf den jeweils – beispielsweise auf den Betrieb – anzuwendenden Tarifvertrag verwiesen, liegt eine sog. große dynamische Verweisung vor (z.B.: „Es gelten die jeweils für den Betrieb einschlägigen Tarifverträge.“).

3. Streng zu trennen: Formulierung und Auslegung

Um ein in diesem Zusammenhang häufig auftretendes Missverständnis zu vermeiden, sei an dieser Stelle noch kurz auf eine weitere Differenzierung hingewiesen: Denn oftmals wird bei der Verwendung der Begriffe „statisch“ und „dynamisch“ nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, worauf sich diese beziehen sollen.¹⁹ Auch wenn zumeist der Wortlaut gemeint ist, kann das Begriffspaar ebenso das Auslegungsergebnis, also den Regelungsgehalt einer Klausel, charakterisieren. Formuliert man daher mit Bedacht und behält diesen Umstand im Hinterkopf, so dürfte die oft zu lesende Aussage, dass eine „[ihrem Wortlaut nach] statische Klausel im Zweifel²⁰ dynamisch [auszulegen] sei,²¹ nur auf den ersten Blick Verständnisprobleme bereiten.

C. Die Auslegung dynamisch formulierter Klauseln

Nun mag die soeben vorgestellte Typisierung einfach anmuten, doch ist es gerade die Auslegung einer konkreten Klausel, die regelmäßig ungeahnte Schwierigkeiten in sich birgt. Im Fokus der Diskussion steht dabei sicherlich die Auslegung – unterschiedlichster²² – dynamisch formulierter²³ Klauseln, insbesondere im Zuge der anfangs erwähnten Tariffluchtszenarien. Die diesem Streit zugrundeliegende Problematik soll zunächst anhand eines einfachen Beispiels veranschaulicht werden (dazu I.), bevor die Argumente zur Auslegung dynamisch formulierter Klauseln – auch in Hinblick auf die eingangs erwähnte Entscheidung des EuGH – einer näheren Betrachtung unterzogen werden (dazu II.).

I. Die dynamische Verweisung anhand eines Beispiels

Beispiel: Die A GmbH, ein Unternehmen der Papierindustrie, ist kraft Verbandsmitgliedschaft an die Tarifverträge mit der IG BCE gebunden, auf deren „jeweils gültige Fassung“ in ihren Standardarbeitsverträgen verwiesen wird. A will sich auf ihr Kerngeschäft zurückbesinnen und veräußert daher den Betriebsteil IT an die ausschließlich im IT-Bereich tätige B GmbH, die selbst nicht tarifgebunden ist. Drei Monate später vereinbart der zuständige Arbeitgeberverband mit der IG BCE eine Erhöhung des Tariflohns um 3 %.

¹⁴ Vgl. BAG AP Nr. 5 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; *A. Stein*, Tarifvertragsrecht, 1997, S. 100.

¹⁵ Vgl. nur *U. Preis*, Erfurter Kommentar⁷, 2007, § 611 BGB Rn. 349.

¹⁶ Vgl. etwa *Oetker*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 383; *Richardi*, in: FS zum 50-jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, 1999, S. 369, 373 f.; *Säcker/Oetker*, ZfA 1993, 1, 14 ff.

¹⁷ Für eine Zusammenstellung in der Praxis weit verbreiteter Formulierungen s. *Hümmerich*, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 2006, Rn. 1040 ff.; *Reinecke*, BB 2006, 2637, 2637 f.; *Schliemann*, ZTR 2004, 502, 506.

¹⁸ *Hromadka/Maschmann/Wallner*, Der Tarifwechsel: Tarifvertrag und Arbeitsvertrag bei Änderung von Verbandsmitgliedschaft, Betriebszweck und Betriebsinhaber, 1996, Rn. 75 ff.

¹⁹ Krit. daher *Haußmann*, in: FS Schwerdtner, 2003, S. 89, 89 f.

²⁰ Zweifel bestehen dann, wenn ein Tarifvertrag ohne nähere zeitliche Angaben in Bezug genommen wird (z.B.: „Es gilt der Manteltarifvertrag des Schreinerhandwerks in Bayern.“), wobei freilich fraglich ist, ob dann wirklich von einer „statischen“ Formulierung die Rede sein sollte. Angesichts des prospektiven Charakters des Arbeitsverhältnisses ist in einem solchen Fall jedenfalls grundsätzlich von einer zeitlich dynamisch auszulegenden Verweisung auszugehen, vgl. etwa *Annuß*, BB 1999, 2558, 2561; *ders.*, ZfA 2005, 405, 427; *B. Gaul*, NZA 1998, 9, 11.

²¹ *Haußmann* (Fn. 19), S. 89, 90 unter Verweis auf BAG AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; vgl. auch Fn. 20.

²² S. hierzu auch C. II. 1.

²³ Die gleichen Überlegungen gelten auch für Klauseln, die in ihrer Formulierung offen sind, vgl. hierzu bereits B. II. 3. sowie Fn. 20.

Tarifrechtlich führt der Übergang des Betriebsteils IT auf die B GmbH dazu, dass für die organisierten Arbeitnehmer die bisherige kollektivrechtliche Bindung an den Tarifvertrag gem. §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG mangels Tarifgebundenheit der B GmbH entfällt und die Rechtsnormen des Tarifvertrags nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB Inhalt des (auf B übergegangenen) Arbeitsverhältnisses werden. Die hM deutet dies bekanntlich als *statische* Transformation²⁴ in den Arbeitsvertrag. Die erst nach dem Betriebsteilübergang erfolgte Tariflohnerhöhung können die organisierten Arbeitnehmer folglich nicht mehr aus § 613a Abs. 1 S. 2 BGB einfordern.

Allerdings geht nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB mit den Arbeitsverhältnissen auch die *schuldrechtliche* Verweisung auf die „jeweils gültige Fassung“ der Tarifverträge über. Bislang legte das BAG diese jedoch unter maßgeblicher Berücksichtigung des von tarifgebundenen Arbeitgebern verfolgten Vereinheitlichungsinteresses²⁵ aus: Dynamisch formulierte Verweisungen dienen der (dauerhaften) Gleichbehandlung nicht organisierter Arbeitnehmer mit ihren gewerkschaftsangehörigen Kollegen; sie seien daher dahingehend auszulegen, dass sie lediglich die jeweilige tarifrechtliche Situation schuldrechtlich widerspiegeln sollen.²⁶ Wirkte ein Tarifvertrag nach einem Betriebsteilübergang nur noch statisch in der zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Fassung weiter, galt diese Statik folglich – anders als es der Wortlaut der Verweisung zunächst vermuten lässt – auch auf schuldrechtlicher Ebene. Bislang hatten die übergegangenen Arbeitnehmer in solchen Fällen somit auch individualvertraglich lediglich einen Anspruch auf den Tariflohn im Zeitpunkt des Betriebsübergangs, nicht jedoch auf spätere Tariflohnerhöhungen.

Wie eingangs dargestellt, fand die Rechtsprechung des BAG allerdings zusehends Kritiker, die eine solche Auslegung dynamisch formulierter Klauseln als Gleichstellungsabreden unter Hinweis auf die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB sowie das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB für unhaltbar erklärten und eine „wortlautgetreue“ Auslegung forderten. Dem hat sich nunmehr auch der 4. Senat des BAG angeschlossen und angekündigt, dynamisch formulierte Bezugnahme Klauseln in vorformulierten Arbeitsverträgen tarifgebundener Arbeitgeber, die ab dem 1.1.2002 abgeschlossen wurden, nicht mehr als Gleichstellungsabreden auszulegen.²⁷ Im Beispielsfall hätte dies zur Folge, dass der Erwerber B die in Rede stehende – sowie alle künftigen – Lohnerhöhungen an die übergegangenen Arbeitnehmer, und zwar gewerkschaftsangehörige ebenso wie nicht organisierte,²⁸ weitergeben müsste, letztlich also „ewig“ an die Tarifentwicklung in der Papierindustrie gebunden wäre.²⁹

II. Die Auslegung dynamisch formulierter Klauseln

Im Folgenden soll nun der Frage nachgegangen werden, welchen Grundsätzen die Auslegung dynamisch formulierter Bezugnahme Klauseln in Hinblick auf die genannten Entscheidungen von BAG und EuGH folgen sollte. Dabei wird vorab kurz auf Bedeutung und Tragweite dieser Fragestellung einzugehen sein (dazu 1.), bevor die Auslegung dynamisch formulierter Klauseln zunächst für tarifgebundene Arbeitgeber (dazu 2.) und schließlich für nicht tarifgebundene Arbeitgeber (dazu 3.) untersucht wird.

1. Fragestellung

Wie bereits erwähnt, wäre es verfehlt, von *der* dynamisch formulierten Bezugnahme Klausel zu sprechen, die es auszu-

legen gilt.³⁰ Denn Auslegung ist niemals ein abstrakter, von den Umständen des Einzelfalls losgelöster Vorgang. So stellte das BAG in seiner Entscheidung vom 14.12.2005 auch klar, dass trotz der angekündigten Abkehr von seiner bisherigen Auslegungsregel eine dynamisch formulierte Bezugnahme Klausel auch weiterhin als Gleichstellungsabrede auszulegen sein wird, wenn dahingehende Anhaltspunkte innerhalb oder außerhalb der Vertragsurkunde vorliegen.³¹

Treffender ist es daher, in diesem Zusammenhang von „Auslegungsgrundsätzen“³² zu sprechen. Anders gewandt geht der Streit also nicht um *die* (einzig mögliche) Auslegung dynamisch formulierter Verweisungen, sondern vielmehr um die Verortung von Regel und begründungsbedürftiger Ausnahme. Ging die Rechtsprechung bislang davon aus, dass für tarifgebundene Arbeitgeber die Gleichstellungsabrede die Regel, eine „ewige“ dynamische Bindung dagegen die Ausnahme darstellt, so lässt sich der Ankündigung des BAG entnehmen, dass es künftig wohl genau umgekehrt sein soll.

Die Bedeutung dieser Regel-Ausnahme-Problematik darf dabei keinesfalls unterschätzt werden: Denn unabhängig davon, ob man hierin fehlendes Problembewusstsein³³ oder einen Mangel an kautelarer Vorsorge³⁴ erblickt: Man kommt nicht umhin festzustellen, dass ein Großteil vertraglicher Verweisungen aus heutiger Sicht äußerst unbedacht formuliert wurde. In solchen Fällen³⁵ hängt der Regelungsgehalt einer Klausel maßgeblich davon ab, von welcher Auslegungsvariante im Grundsatz auszugehen ist und wie hoch die Anforderungen an etwaige Anhaltspunkte für das Vorliegen der anderen Auslegungsvariante gestellt werden. Diese Problematik soll im Folgenden näher untersucht werden.

2. Der tarifgebundene Arbeitgeber

a) Besonderheiten allgemeiner Arbeitsbedingungen

Für die Beantwortung der Frage, inwieweit die Arbeitgeberseite in ihrem Vertrauen auf die bisherige Rechtsprechung schutzwürdig sei, stellte das BAG auf den Zeitpunkt des In-

²⁴ Dogmatisch überzeugender ist es freilich, bei § 613a Abs. 1 S. 2 BGB von einer der Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG vergleichbaren normativen Wirkung auszugehen; so etwa *Annufß*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2005, § 613a Rn. 249 ff.; *Heinze*, in: FS Schaub, 1998, S. 275, 278 ff.; *Lambrich* (Fn. 8), S. 169, 175 ff. Unterschiede in Bezug auf den in diesem Zusammenhang allein relevanten *statischen* Charakter der Weitergeltung weisen beide Ansichten indes nicht auf.

²⁵ S. hierzu bereits ausführlich B. I.

²⁶ Ständige Rechtsprechung seit BAG AP Nr. 6 zu § 4 TVG Nachwirkung.

²⁷ BAG AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag m. Anm. *Nicolai/Krois*, SAE 2007, im Erscheinen.

²⁸ Soweit man der Bezugnahme auch für gewerkschaftsangehörige Arbeitnehmer konstitutive Wirkung beimisst; vgl. bereits B. I. sowie *Thüsing/Lambrich*, RdA 2002, 193, 201 f. m.w.N.

²⁹ Die Chancen des Arbeitgebers, mit den übernommenen Arbeitnehmern eine Änderungsvereinbarung abschließen oder eine in Hinblick auf die strengen Anforderungen der Rechtsprechung wirksame Änderungskündigung aussprechen zu können, sind denkbar gering, vgl. nur *Klebeck*, NZA 2006, 15, 21; *Möller*, NZA 2006, 579, 583; vgl. aber auch unten Fn. 63.

³⁰ Vgl. oben B. II.

³¹ BAG AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag (I. 2. c. der Gründe).

³² Auf diesen Terminus greift auch *Annufß*, ZfA 2005, 405, 415 zurück.

³³ So etwa *Kania*, NZA 2000, Beil. 3, 45.

³⁴ So etwa *Thüsing/Lambrich*, RdA 2002, 193, 199.

³⁵ Daneben dürfte diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis auch für die Bezugnahme durch betriebliche Übung entscheidende Bedeutung zukommen, soweit es um die Frage nach deren Reichweite geht; eine nähere Untersuchung dieser Problematik ist vorliegend freilich nicht möglich.

krafttretens des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes³⁶ am 1. Januar 2002 und damit auf das Datum ab, von dem an die AGB-Kontrolle, insbesondere die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB, auch (für Neuverträge) im Arbeitsrecht Anwendung findet.³⁷ Vor diesem Hintergrund gilt es zunächst zu überlegen, ob und inwieweit die Auslegung von Bezugnahme Klauseln durch die Vorschriften der AGB-Kontrolle – wie es das BAG offenbar annimmt – beeinflusst wird.

aa) Spezielle Auslegungsgrundsätze für AGB?

Verbreitet wird die Auffassung vertreten, AGB seien – anders als Individualabreden – „objektiv“ auszulegen, d.h. ohne Berücksichtigung besonderer Umstände des Einzelfalls.³⁸ Selbst wenn man diese Ansicht für richtig hält,³⁹ scheint es allerdings wenig überzeugend, unter diesem Gesichtspunkt der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers jegliche Auslegungsrelevanz abprechen zu wollen, sofern sie im Klauseltext nicht ausdrücklich genannt wird. Denn zu Recht stellt die Rechtsprechung auch bei „objektiver“ Auslegung einer Klausel nicht nur auf deren Wortlaut, sondern ebenso auf den Willen verständiger und redlicher Vertragspartner sowie den Sinn und Zweck der Klausel ab.⁴⁰ Damit kann aber auch ein dem Wortlaut nicht unmittelbar zu entnehmender Verwendungszweck den Gehalt einer Klausel bestimmen.⁴¹ Besonders evident ist dies für Fälle der *falsa demonstratio*: Dort, wo die Parteien übereinstimmend einer Klausel einen von ihrem objektiven Sinngehalt abweichenden Inhalt beimessen, ist auch im AGB-Recht im Ergebnis völlig unstrittig, dass vom gemeinsamen Verständnis der (konkreten) Vertragsparteien auszugehen ist.⁴²

bb) Die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB

Einziges relevantes „Spezifikum“ für die Auslegung allgemeiner Arbeitsbedingungen ist daher die seit 1.1.2002⁴³ auch im Arbeitsrecht geltende Regelung des § 305c Abs. 2 BGB, derzufolge Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders gehen. Diese sog. Unklarheitenregel, auf die das BAG seine Rechtsprechungsänderung maßgeblich stützte,⁴⁴ eröffnet dem Rechtsanwender nun allerdings nicht die Möglichkeit, eine Klausel gleichsam gestalterisch in jede beliebige Richtung auszulegen. Vielmehr greift sie erst dann ein, wenn nach Ausschöpfung aller in Betracht kommender Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel bleibt und sich mindestens zwei Auslegungsvarianten als rechtlich gleichermaßen vertretbar darstellen.⁴⁵ Für die Auslegung selbst ist folglich der Gesichtspunkt, welches Ergebnis für den Arbeitnehmer günstiger ist, zunächst nicht entscheidend;⁴⁶ auch die Regel *in dubio (!) contra proferentem* ermächtigt nicht zu einer von den hergebrachten Grundsätzen der Auslegung vollends abweichenden *interpretatio ut libet*.

b) Erklärungswert dynamisch formulierter Verweisungen

Somit gilt es, in einem ersten Schritt – wie bei Willenserklärungen üblich – den Erklärungswert einer dynamisch formulierten Verweisung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.

aa) Der sog. objektive Empfängerhorizont

Dabei muss zunächst der Einwand zurückgewiesen werden, der Wortlaut einer solchen Jeweiligkeitsklausel stelle sich bereits als derart eindeutig dar, dass für die Auslegung kein Raum mehr verbleibe.⁴⁷ Denn diese Wertung ist bereits Ergebnis einer Auslegung, macht letztere jedoch nicht überflüssig.

Selbst bei vermeintlich „eindeutigem“ Wortlaut können nach ganz hM Umstände vorliegen, die einer Erklärung einen anderen als ihren Wortsinn geben.⁴⁸ Nicht auslegungsbedürftige Erklärungen gibt es mithin nicht,⁴⁹ verbietet § 133 BGB doch, „am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.“

Das BAG stellte daher bislang für die Auslegung nicht nur auf den Wortlaut, sondern maßgeblich darauf ab, ob der Arbeitgeber tarifgebunden ist und ein objektiver Empfänger deswegen davon ausgehen muss, dass eine Gleichstellungsabrede vorliegt. Nach der hergebrachten Formel vom objektiven Empfängerhorizont setzte es sich damit allerdings dem – insoweit berechtigten – Einwand aus, dass die (vorhandene oder fehlende) Tarifgebundenheit der Sphäre des Arbeitgebers zuzuordnen ist, über die der Arbeitnehmer auch Erkundigungen einzuholen grundsätzlich nicht verpflichtet ist.

Mit dieser Feststellung sollte die Auslegung indes nicht enden. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass in der Praxis unter Arbeitnehmern die Vorstellung herrscht, alleine die Ta-

³⁶ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. I 2001, 3138-3218.

³⁷ BAG AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag (I. 2. c. (2) der Gründe). Da der Arbeitnehmer Verbraucher iSd § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB ist, sind der AGB-Kontrolle auch vorformulierte Vertragsbedingungen unterworfen, die nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind, vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 310 BGB m. Anm. Jacobs/Naber, RdA 2006, 181-186.

³⁸ Die Details sind freilich umstritten, vgl. Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Kommentar zum AGB-Recht¹⁰, 2006, § 305c BGB Rn. 73 ff. m.w.N.

³⁹ Heinrichs, in: Palandt, Kommentar zum BGB⁶⁶, 2007, § 305c BGB Rn. 15 f. ist der Ansicht, dass die objektive Auslegung jedenfalls dann dogmatisch nachrangig sein muss, wenn individuelle Vertragsschlussumstände vorliegen; zustimmend Schlosser, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2006, § 305c Rn. 130 (unter Hinweis auf Art. 4 RL 93/13/EWG); H. Schmidt, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2003, Bd. 1, § 305c Rn. 29; Schmidt-Salzer, JZ 1995, 223, 228 ff.

⁴⁰ Vgl. etwa BGH NJW 2005, 1183, 1184.

⁴¹ Vgl. ausführlich Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Fn. 38), § 305c BGB Rn. 81.

⁴² Vgl. nur BGH NJW 1995, 1494, 1496; Basedow, in: Münchener Kommentar zum BGB⁴, 2003, Bd. 2a, § 305c Rn. 26; Däubler, in: Däubler/Dorndorf, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 2004, § 305c Rn. 30; H. Schmidt, in: Bamberger/Roth (Fn. 39), § 305c Rn. 27.

⁴³ Freilich war die Unklarheitenregel über § 242 BGB bereits vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes im Arbeitsrecht anerkannt. U. Preis, NZA 2006, Beil. 3, 115 spricht insofern von einer „Verschärfung der Prüfungsmaßstäbe“; allerdings scheint es zumindest fragwürdig, ob man diese wie Reinecke, BB 2006, 2637 damit begründen kann, dass Gesetzesrecht in der Praxis (also rein faktisch) stärker beachtet wird als eine entsprechende gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung.

⁴⁴ Zwar stellte das BAG auch auf das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 S. 2 BGB ab. Allerdings dürfte dieses neben § 305c Abs. 2 BGB kaum eigenständige Bedeutung für die Frage der Auslegung haben, vgl. Nicolai/Krois, SAE 2007, im Erscheinen. Keineswegs dürfen jedenfalls Auslegung nach § 305c Abs. 2 BGB und Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB einfach dergestalt miteinander vermischt werden, dass Gesichtspunkte der Unangemessenheitsprüfung in die Auslegung mit einbezogen werden, vgl. nur St. Roloff, in: Erman, Kommentar zum BGB¹¹, 2004, Bd. 1, § 305c Rn. 6.

⁴⁵ St. Rspr. des BGH, vgl. zuletzt BGH WM 2006, 1117, 1119; ebenso das BAG, vgl. zuletzt BAG NZA 2006, 923, 926; aus der Literatur etwa Däubler, in: Däubler/Dorndorf (Fn. 42), § 305c Rn. 28; lesenswert auch die Überlegungen zur Zweifelsfreiheit einer Auslegung bei *Thüsing*, NZA 2006, 473, 473 f. („100 Kröten für ein gebrauchtes Moped“).

⁴⁶ Ebenso etwa Annuß, ZfA 2005, 405, 427 (freilich mit anderem Ergebnis); Bayreuther, DB 2007, 166; Giesen, NZA 2006, 625, 627; Nicolai/Krois, SAE 2007, im Erscheinen.

⁴⁷ Diese Sichtweise klingt etwa an bei Bayreuther, DB 2007, 166; Däubler, NZA 2006, Beil. 3, 133, 135.

⁴⁸ Vgl. nur Singer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2004, § 133 Rn. 9; Palm, in: Erman (Fn. 44), § 133 BGB Rn. 11; Wendtland, in: Bamberger/Roth (Fn. 39), § 133 Rn. 22.

⁴⁹ So auch ausdrücklich Annuß, ZfA 2005, 404, 423 sowie 427.

rifbindung des Arbeitgebers – und nicht etwa die eigene Gewerkschaftszugehörigkeit oder eine vertragliche Verweisklausel – entscheide über die Geltung der Tarifverträge im Arbeitsverhältnis.⁵⁰ Die Überlegung, der Arbeitgeber vereinbare eine Bezugnahmeklausel nur deshalb, weil er ohnehin tarifgebunden ist, spiegelt sich auch insoweit teilweise in der Rechtslage wieder, als diese den Arbeitgeber in § 2 Abs. 1 Nr. 10 NachwG verpflichtet, im Arbeitsvertrag einen Hinweis auf die anzuwendenden Tarifverträge aufzunehmen, ihm andererseits aber verbietet, seine Bewerber nach der Gewerkschaftszugehörigkeit zu fragen. Gerade letzteres dürfte dem durchschnittlichen Arbeitnehmer durchaus bekannt sein.

Anders gewandt: Ein objektiver Empfänger in der Situation des Arbeitnehmers muss zwar nicht konkret von der Tarifgebundenheit seines künftigen Arbeitgebers (oder deren Fehlen) Kenntnis haben; wird ihm allerdings eine dynamisch formulierte Bezugnahme auf den einschlägigen Tarifvertrag angeboten, so muss er – bei Fehlen weiterer Anhaltspunkte – davon ausgehen, dass der Arbeitgeber dies deshalb macht, weil er tarifgebunden ist.⁵¹ Es spricht somit bereits unter diesen Gesichtspunkten viel dafür, dass ein objektiver Empfänger an der Stelle des Arbeitnehmers nicht ohne weiteres davon ausgehen darf, sein künftiger Arbeitgeber wolle eine von seiner etwaigen Tarifgebundenheit völlig unabhängige, neue und ewig dynamisch wirkende Verpflichtung begründen.

bb) Die Entscheidung Werhof

An diesem Punkt entfaltet nun aber auch die eingangs erwähnte Werhof-Entscheidung Relevanz. In dieser äußerte der EuGH Bedenken dahingehend, dass die Auslegung einer dynamisch formulierten Bezugnahmeklausel als „ewige“ dynamische Bindung an fremde Tarifverträge einen Betriebserwerber, der einem Arbeitgeberverband bewusst nicht beigetreten ist (im obigen Beispiel also die B GmbH), in seiner negativen Koalitionsfreiheit verletzen könnte. Diese Überlegung wirft gleich eine ganze Reihe an Fragen auf:

Zunächst die, ob auf das Gemeinschaftsgrundrecht der negativen Koalitionsfreiheit als allgemeinem Rechtsgrundsatz des Primärrechts abzustellen ist oder vielmehr deutsches Verfassungsrecht zur Anwendung kommen muss.⁵² Der EuGH scheint zwar unausgesprochen von ersterem auszugehen,⁵³ allerdings wird man in diesem Punkt wohl noch die weitere Entwicklung abwarten müssen, um Klarheit zu erlangen.⁵⁴

Hinter dieser ersten Frage verbirgt sich sogleich eine zweite, nämlich die nach etwaigen Unterschieden zwischen negativer Koalitionsfreiheit auf europäischer und auf nationaler Ebene. Natürlich kennt auch die deutsche Grundrechtsdogmatik die negative Koalitionsfreiheit, verankert in Art. 9 Abs. 3 GG.⁵⁵ Indes neigt das BVerfG – anders als der EuGH – dazu, deren Schutzzumfang nicht spiegelbildlich zu dem der positiven Koalitionsfreiheit, sondern eher enger zu ziehen⁵⁶ – eine Tendenz, die bereits vielfach und überzeugend zurückgewiesen wurde.⁵⁷ Gegebenenfalls bliebe aber auch in der – naturgemäß weiten – Diktion des BVerfG zu fragen, ob die Auslegung einer dynamisch formulierten Bezugnahmeklausel als „ewige“ Verweisung zu sozial inadäquatem Druck führte, einer bestehenden Koalition beizutreten,⁵⁸ und damit einen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit darstellte. Einen solchen Eingriff von vornherein mit dem Argument ausräumen zu wollen, die „ewige“ dynamische Bindung sei „eben nicht Frucht der Vereinigungsfreiheit, sondern der Vertrags-

freiheit,⁵⁹ gerät schnell zum vitiösen Zirkel: Eine Auslegungsvariante (Gleichstellungsabrede) wird von vornherein mit dem Argument abgelehnt, die Parteien hätten privatautonom die andere Variante („ewige“ dynamische Bindung) vereinbart. Ob letzteres der Fall ist, muss aber gerade im Wege der (grundrechtskonformen) Auslegung erst ermittelt werden.

Wie bereits dargelegt, befürchtete der EuGH im Vorlagefall Werhof eine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit des Betriebserwerbers.⁶⁰ Daran mag zunächst verwundern, dass es für die Auslegung einer Klausel auf die Grundrechtsposition eines im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch völlig unbekanntem Dritten ankommen soll. Ob das zu überzeugen vermag, ist indes letztlich nicht entscheidend, da auch der Arbeitgeber selbst in seiner negativen Koalitionsfreiheit eingeschränkt würde: Denn legte man eine Bezugnahmeklausel bei einem im Zeitpunkt des Vertragsschlusses tarifgebundenen Arbeitgeber ohne weiteres im Sinne einer „ewigen“ dynamischen Bindung aus, so wäre dem Arbeitgeber faktisch das Recht genommen, sich durch Verbändeaustritt – zumindest für die in diesem Zeitpunkt bestehenden Arbeitsverhältnisse – von der Bindung an künftige, von ihm mitgliederschaftlich nicht mehr legitimierte Tarifverträge loszusagen.⁶¹ Auch in Hinblick auf frühere Entscheidungen des BVerfG⁶² kann dies durchaus einen Grundrechtseingriff darstellen.⁶³

Schließlich bleibt zu überlegen, inwieweit die Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit dogmatisch für die Auslegungsfrage in Ansatz gebracht werden kann. Natürlich ist es richtig, dass Willenserklärungen (selbst) nicht grundrechtskonform ausgelegt werden können.⁶⁴ Allerdings wäre es falsch, der Auslegungsfrage jegliche Grundrechtsrelevanz absprechen zu wollen: Wenn auch Private im Unterschied zum Ge-

⁵⁰ Haußmann (Fn. 19), S. 89, 91.

⁵¹ Zu den Konsequenzen dieser Auffassung für die Auslegung dynamisch formulierter Klauseln beim nicht tarifgebundenen Arbeitgeber s. C. II. 3.

⁵² So sieht etwa Thüsing, NZA 2006, 473, 475 den Anwendungsbereich der negativen Koalitionsfreiheit als Gemeinschaftsgrundrecht nur bei gemeinschaftsrechtlichem Bezug eröffnet; aA etwa Meinel/Herms, DB 2006, 1429, 1430; vgl. zu dieser Problematik auch U. Preis, NZA 2006, 401, 406 sowie ausführlich Kokott, RdA 2006, Sonderbeil. Heft 6, 30, 35 f.

⁵³ EuGH, Werhof (Fn. 12), Rn. 33 der Entscheidung.

⁵⁴ Vgl. hierzu auch Frage 1. a) des Vorlagebeschlusses des BAG v. 27.6.2006 BB 2006, 2536, deren Beantwortung mit Spannung erwartet werden darf.

⁵⁵ Vgl. nur BVerfGE 50, 290, 367.

⁵⁶ Vgl. etwa BVerfGE 55, 7, 22; BVerfGE 73, 261, 270.

⁵⁷ Vgl. nur Kämmerer/Thüsing, Leiharbeit und Verfassungsrecht, 2005, S. 28 f.; Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 170 ff.; Reuter, in: FS Schaub, 1998, 605, 611; Schüren, RdA 1988, 138, 139 f.; Thüsing, NZA 2006, 473, 474; Walker, ZfA 1996, 353, 365.

⁵⁸ Vgl. zuletzt etwa BVerfG NJW 2007, 51, 53; BVerfG NZA 1992, 125.

⁵⁹ So Thüsing, NZA 2006, 473, 474; ihm folgend Reinecke, BB 2006, 2637, 2641; aA dagegen Bayreuther, DB 2007, 167 f.; Meinel/Herms, DB 2006, 1429, 1430.

⁶⁰ Eine definitive Stellungnahme ist der Entscheidung des EuGH bei genauer Betrachtung des mit einer dreifachen (!) Verneinung versehenen ersten Leitsatzes wohl nicht zu entnehmen.

⁶¹ Vgl. auch Nicolai/Krois, SAE 2007, im Erscheinen. Daneben weist Klebeck, NZA 2006, 15, 19 auch darauf hin, dass ein Arbeitgeber bei Auslegung der Bezugnahme als „ewige“ dynamische Bindung nach Austritt aus dem zuständigen Verband nicht nur mit einem Arbeitskampf um einen Haustarifvertrag, sondern zusätzlich (weiterhin) mit einer Einbeziehung in den Verbandsarbeitskampf rechnen müsste, so dass sich das Arbeitskampfrisiko für ihn letztlich verdoppelte.

⁶² Vgl. ausführlich BVerfGE 73, 261, 276 f. (Niebler).

⁶³ So auch Bayreuther, DB 2007, 166, 167 f., der unter diesem Gesichtspunkt eine Änderungskündigung für zulässig erachtet.

⁶⁴ So zu Recht Thüsing, NZA 2006, 473, 474 f.

setzgeber nicht unmittelbar an Grundrechte gebunden sind, ist doch seit langem eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte als objektiver Werteordnung anerkannt. Die Grundrechte beeinflussen folglich auch die Auslegung nach den einfachgesetzlichen §§ 133, 157 BGB,⁶⁵ handelt es sich bei dem in § 157 BGB formulierten Standard von „Treu und Glauben“ doch um ein geradezu typisches „Einfallstor“ grundrechtlicher Wertungen ins Privatrecht. Lässt eine Willenserklärung daher mehrere Auslegungsvarianten zu und entspricht deren eine grundrechtlich verbürgten Werten, die andere hingegen nicht, so ist bei verfassungskonformer Anwendung der §§ 133, 157 BGB erstere vorzuziehen.⁶⁶

Einzig neu an dieser Überlegung mag der Umstand sein, dass Grundrechte einmal zugunsten des Arbeitgebers in Ansatz gebracht werden; dogmatisch unsauber ist das freilich nicht. Schließlich ist auch die den §§ 133, 157 BGB im Wege der Auslegung entnommene und gemeinhin gebräuchliche Formel vom objektiven Empfängerhorizont nichts anderes als das Ergebnis grundrechtlicher Wertungen: Sie stellt für gewöhnlich den möglichst schonenden Ausgleich zwischen der Privatautonomie des Erklärenden auf der einen und dem Verkehrsschutzinteresse auf der anderen Seite dar.⁶⁷ Ist in diese Abwägung nun aber (ausnahmsweise) auf einer Seite eine weitere grundrechtliche Position wie etwa die negative Koalitionsfreiheit mit einzustellen, so verschiebt sich notwendigerweise auch das Ergebnis derselben hin zur einen (stärkere Berücksichtigung des Willens des Erklärenden, § 133 BGB) oder zur anderen Seite (stärkere Berücksichtigung der Verständnismöglichkeiten des Empfängers, § 157 BGB).⁶⁸

Für die vorliegende Problematik bedeutet dies, dass auch grundrechtliche Wertungen dafür sprechen, die Gleichstellungsabrede als Regelfall, die „ewige“ dynamische Bindung dagegen als begründungsbedürftige Ausnahme anzusehen: Ein objektiver Empfänger in der Situation des Arbeitnehmers darf letztlich nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass sich sein Arbeitgeber einer grundrechtlich gesicherten Position so vollständig und dauerhaft begeben könnte,⁶⁹ während es für ihn „lediglich“ um die Frage geht, ob er schuldrechtlich im Sinne einer „festen“ Dynamik oder einer (grundsätzlich ebenso dynamisch wirkenden) Gleichstellung in den „Genuss“ der Tarifentwicklung kommt. Unter diesem Aspekt scheint es auch durchaus angemessen, den Arbeitnehmer auf die Möglichkeit der simplen Nachfrage bezüglich einer etwaigen Verbandszugehörigkeit des Arbeitgebers zu verweisen.

c) Zwischenresümee

Im Falle des tarifgebundenen Arbeitgebers spricht somit jedenfalls eine grundrechtliche Wertungen hinreichend berücksichtigende Auslegung dafür, dynamisch formulierte Bezugnahmen regelmäßig als Gleichstellungsabreden anzusehen.

3. Der nicht tarifgebundene Arbeitgeber

Ein Haupteinwand der bisherigen Kritiker des BAG, der für die angekündigte Rechtsprechungsänderung ebenfalls von Bedeutung war, ging allerdings dahin, dass eine *unterschiedliche* Auslegung je nachdem, ob ein Arbeitgeber tarifgebunden ist (dann Gleichstellungsabrede) oder nicht (dann „feste“ dynamische Bindung), dogmatisch schlichtweg nicht begründbar sei, da die Kenntnis einer etwaigen Tarifgebundenheit des künftigen Arbeitgebers dem objektiven Empfängerhorizont des Arbeitnehmers nicht zuzurechnen sei.⁷⁰

Indes stellt sich bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern die Situation zum einen bereits insofern anders dar, als diese – im Unterschied zu tarifgebundenen Arbeitgebern – ganz *bewusst in vollem Umfang* auf ihre negative Koalitionsfreiheit verzichten, wenn sie dynamisch formulierte Klauseln vereinbaren.⁷¹ Zum anderen führt es nur auf den ersten Blick zu befremdlichen⁷² Ergebnissen, wenn man auch beim nicht tarifgebundenen Arbeitgeber konsequent davon ausginge, dass, wenn der Arbeitnehmer keine Kenntnis von der fehlenden Tarifbindung seines künftigen Arbeitgebers hat, eine dynamisch formulierte Verweisung als Gleichstellungsabrede auszulegen ist. Wie bereits dargelegt, soll der Arbeitnehmer durch eine Gleichstellungsabrede *schuldrechtlich* so gestellt werden, wie Mitglieder der zuständigen Gewerkschaft *kollektivrechtlich* behandelt würden. Anders gewandt: Im Rahmen ihrer schuldrechtlichen Abrede „ersetzen“ die Arbeitsvertragsparteien das (möglicherweise)⁷³ für die von ihnen gewünschte Rechtsfolge – die Anwendung des einschlägigen Tarifrechts – fehlende Tatbestandsmerkmal der Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers.⁷⁴ Da es nun aber bei einem nicht tarifgebundenen Arbeitgeber für die Anwendung des einschlägigen Tarifrechts nicht nur an der Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers, sondern *ex praemissione* eben auch an der des Arbeitgebers fehlt, kann eine solche Klausel materiellrechtlich zunächst⁷⁵ keine Wirkungen zeitigen.

In einer solchen Situation, in der ein von den Parteien erkennbar verfolgter Plan⁷⁶ – die (sofortige) Anwendung des einschlägigen Tarifrechts – mit der von ihnen getroffenen Regelung nicht vereinbar ist, diese sich also als lückenhaft erweist, ist der Anwendungsbereich ergänzender Vertragsauslegung eröffnet.⁷⁷ Entsprechend dem wahren Willen der Parteien unter Aufhebung des zuvor bestehenden Informationsdefizits⁷⁸ ist der Umstand, dass auch der Arbeitgeber nicht

⁶⁵ Vgl. hierzu ausführlich BVerfGE 73, 261, 269 sowie 275 f.

⁶⁶ Vgl. zur sog. verfassungeleiteten Auslegung von Willenserklärungen etwa *Looschelders*, in: Anwaltskommentar BGB, 2005, Bd. 1, § 133 Rn. 56; *Mayer-Maly/Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁴, 2001, Bd. 1, § 157 Rn. 12; *Singer*, in: Staudinger (Fn. 48), § 133 Rn. 60.

⁶⁷ Vgl. hierzu ausführlich *Floren*, Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht, 1999, S. 266 ff.

⁶⁸ Nichts anderes ergibt sich für Formulararbeitsverträge in Hinblick auf § 305c Abs. 2 BGB. Abgesehen davon, dass es sich um eine bloße Zweifelsregelung handelt, gegenüber der die verfassungskonforme Auslegung vorrangig ist (s.o.), muss auch § 305c Abs. 2 BGB als einfachgesetzliche nationale Norm wiederum selbst grundrechtskonform angewandt werden.

⁶⁹ Gegen diese normative Wertung kann nicht mit dem tatsächlichen Befund argumentiert werden, dass auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber bisweilen auf dynamisch formulierte Verweisungen zurückgreifen; so aber beispielsweise *Annuß*, ZfA 2005, 405, 424 f.

⁷⁰ Statt vieler *Annuß*, ZfA 2005, 405, 423 ff. m.w.N.

⁷¹ Vgl. auch *Nicolai/Krois*, SAE 2007, im Erscheinen.

⁷² Vgl. *Annuß*, ZfA 2005, 405, 424 f., der zwar einen Widerspruch konstatiert, die Konsequenzen desselben indes nicht näher erörtert.

⁷³ Der Arbeitgeber darf, wie bereits erläutert, Bewerber nicht nach der Gewerkschaftszugehörigkeit fragen.

⁷⁴ Vgl. zu diesem Verständnis grundlegend *Wiedemann*, in: *Wiedemann/Stumpf*, Kommentar zum TVG⁵, 1977, § 3 Rn. 91.

⁷⁵ D.h., solange der Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist; vgl. etwa BAG AP Nr. 14 zu § 1 TVG Tarifverträge: Papierindustrie (III. 3. der Gründe).

⁷⁶ Ungeachtet der rechtlichen Problematik wird der nicht tarifgebundene Arbeitgeber den in Bezug genommenen Tarifvertrag (in seiner jeweiligen Fassung) in Folge auch auf das Arbeitsverhältnis anwenden.

⁷⁷ *Larenz/Wolf*, BGB AT⁹, 2004, § 28 Rn. 114. Zur normativen Natur der Lücke als „planwidrige Unvollständigkeit“ vgl. grundlegend *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz², 1983, S. 16 f.

⁷⁸ Vgl. allgemein *Larenz/Wolf* (Fn. 77), § 28 Rn. 116 ff.

tarifgebunden ist, somit dahingehend zu berücksichtigen, dass es auch hierauf nicht ankommen soll.⁷⁹ Mit anderen Worten wird also im Rahmen der schuldrechtlichen Bezugnahme auf den Tarifvertrag nicht nur die fehlende Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers, sondern ergänzend auch die des Arbeitgebers „ersetzt“. So verstanden ergibt auch die frühere Aussage des BAG, die „ewige“ dynamische Bindung sei für den Arbeitnehmer regelmäßig nicht nachteilig,⁸⁰ Sinn: In ihr kommt das Verständnis zum Ausdruck, dass eine „feste“ Bezugnahme das ist, was die Parteien bei redlicher Denkweise als einen gerechten Interessenausgleich vereinbart hätten,⁸¹ wenn beide die fehlende Tarifgebundenheit des Arbeitgebers gekannt und berücksichtigt hätten.⁸²

Nicht anders dürfte etwa – auch nach der vom BAG nunmehr vertretenen Ansicht – der Fall zu lösen sein, dass ein nicht tarifgebundener Arbeitgeber versehentlich einen Formulararbeitsvertrag aus dem Internet einsetzt, der eine (selbst im Sinne des BAG) „hinreichend klar“ formulierte Gleichstellungsabrede enthält. Auch hier kann nur⁸³ im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eine „feste“ dynamische Bezugnahme begründet werden.

D. Schlussbetrachtungen

Die angestellten Überlegungen haben gezeigt, dass die bislang auch vom BAG vertretene Auffassung, dynamisch formulierte Verweisungen regelmäßig als Gleichstellungsabreden auszulegen, nicht nur praktikabel, sondern unter Berücksichtigung allgemeiner zivilrechtlicher sowie grundrechtlicher Erwägungen auch dogmatisch überzeugend ist. Nun hat der 4. Senat des BAG allerdings bereits ankündigt, in Zukunft – bei Fehlen jeglicher Anhaltspunkte innerhalb oder außerhalb der Vertragsurkunde (!) – seine bisher alleine auf §§ 133, 157 BGB gestützte⁸⁴ Auslegungsregel nicht mehr anwenden zu wollen. Selbst in Hinblick auf die seitdem ergangene Entscheidung *Werhof* des EuGH und die in ihr geäußerten grundrechtlichen Bedenken dürfte daher eine Rückkehr zum Status quo ante – zumindest seitens des BAG – eher unwahrscheinlich sein.

Nichtsdestotrotz wird sich der 4. Senat noch dezidiert mit der Frage auseinandersetzen müssen, welche Grundsätze künftig für die Auslegung konkreter dynamisch formulierter Klauseln gelten sollen. Es bleibt zu hoffen, dass zumindest in diesem Punkt, insbesondere in der Frage nach den Anforderungen an die Ausgestaltung „rechtssicherer“ Gleichstellungsabreden, die in der Literatur bislang geäußerten Bedenken Berücksichtigung finden werden. Übertrieben wäre es etwa, forderte man nun, wie teilweise befürchtet, alle nur erdenklichen Veränderungen der tarifrechtlichen Situation explizit in einer Bezugnahme Klausel aufzuführen.⁸⁵ Sieht man einmal vom unausweichlichen Konflikt mit dem Transparenzgebot ab, vermögen solche Forderungen schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sich in der dann ausführlich wiederzugebenden Rechtsprechung des BAG zum Tarifvertragsrecht bereits neue Änderungen⁸⁶ deutlich am Horizont abzeichnen.⁸⁷ ■

⁷⁹ Das gilt auch für AGB; ein Widerspruch zwischen Unklarheitenregel und ergänzender Vertragsauslegung besteht insofern nicht, vgl. nur *Basedow*, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 42), § 305c Rn. 42 ff. m.w.N.

⁸⁰ BAG AP Nr. 33 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

⁸¹ Vgl. nur *Larenz/Wolf* (Fn. 77), § 28 Rn. 116 m.w.N.

⁸² Insofern ist *Annuß*, *ZfA* 2005, 405, 425 zuzustimmen, wenn er eine solche Argumentation „auf einer ganz anderen Ebene“ sieht.

⁸³ Eine *falsa demonstratio* wird in einer solchen Konstellation regelmäßig deshalb ausscheiden, weil der Arbeitnehmer – bei Fehlen weiterer Anhaltspunkte – nicht davon ausgehen wird, dass sein künftiger Arbeitgeber, dessen fehlende Tarifgebundenheit ihm nicht bekannt ist, eigentlich eine „feste“ dynamische Bezugnahme vereinbaren will.

⁸⁴ Insofern fällt der vom BAG gewährte Vertrauensschutz bis 1. Januar 2002 eher großzügig aus, man vgl. nur *Annuß*, *ZfA* 2005, 405, 429.

⁸⁵ Vgl. etwa die halbseitigen Klauselvorschläge bei *Reichel*, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag, 2001, S. 252 f.

⁸⁶ Vgl. nur den Ausblick bei *Thüsing*, *NZA* 2006, 473, 474.

⁸⁷ Überzeugender scheint es daher, einen – in der Diktion des BAG – hinreichenden *Anhaltspunkt* (innerhalb der Vertragsurkunde) bereits dann anzunehmen, wenn ein einfach gehaltener Hinweis in den Vertragstext aufgenommen wurde (z.B.: „Es gelten die *kraft Tarifbindung des Arbeitgebers* für den Betrieb jeweils einschlägigen Tarifverträge.“).

Sebastian Schulenberg, LL.B., Hamburg*

Der freie Wille in den Naturwissenschaften – Möglichkeiten auch für das Strafrecht? –

A. Einleitung

Das deutsche Strafrecht baut auf dem Schuld- und Verantwortungsprinzip auf.¹ Maßgeblich ist im Rahmen der Schuld die Frage, ob dem Täter die rechtswidrige Tat persönlich vorzuwerfen ist. Diese persönliche Vorwerfbarkeit stellt die Grundlage und zugleich die Grenze der staatlichen Strafgewalt dar, aus ihr ergibt sich die Rechtfertigung der Strafsanktion überhaupt.² Grundlage des Schuld- und Verantwortungsprinzips ist entsprechend die Fähigkeit des Menschen, sich frei zwischen Recht und Unrecht zu entscheiden.³ Dies entspricht dem Menschenbild des Grundgesetzes⁴ und resultiert darin, dass eine Strafe ohne Schuld nicht möglich ist.

Demnach ist die Strafbarkeit letztlich davon abhängig, ob der Mensch ein Wesen mit Entscheidungsfreiheit ist. Denn nur

dann ist es sinnvoll, gegen diesen einen Schuldvorwurf zu erheben. Im Rahmen des Schuldprinzips kann der freie Wille folglich als Fundament, Grundpfeiler oder Kernstück des Strafrechts bezeichnet werden.⁵

Jüngste Ergebnisse aus den Naturwissenschaften, insbesondere der Neurobiologie, lassen jedoch Zweifel daran aufkommen, inwieweit der Wille des Menschen tatsächlich völlig

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

¹ Vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT³⁶, 2006, Rn. 396, 397.

² Vgl. *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder²⁷, 2006, vor § 13 Rn. 108.

³ Vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 396, 397.

⁴ BVerfGE 95, 96, 131; 96, 245, 249; BGHSt 2, 194, 200.

⁵ Vgl. *Tiemeyer*, GA 1986, 203, 215, 216.

frei ist. Die in den Naturwissenschaften neu entbrannte Diskussion zum freien Willen soll Anlass sein, die grundlegenden strafrechtsphilosophischen Theoreme zur Willensfreiheit, wie auch die verschiedenen Auffassungen zum Schuldvorwurf an den Täter (im Anschluss B.) einmal aus naturwissenschaftlicher Sicht (C., D.) kritisch in Frage zu stellen. Es sollen potentielle Konflikte, aber auch Gemeinsamkeiten in der Suche nach dem freien Willen im Strafrecht und in den Naturwissenschaften herausgearbeitet werden (E.). Führen die Erkenntnisse aus den Naturwissenschaften das Konzept des freien Willens im Strafrecht ad absurdum, oder können sie im Gegenteil sogar für das Strafrecht nutzbar gemacht werden?

B. Strafrechtsphilosophische Theoreme zur Willensfreiheit und neuere Ansätze zur inhaltlichen Bestimmung der Schuld im Strafrecht

I. Die Lehren vom Determinismus und Indeterminismus

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde das Problem der Willensfreiheit für Theorie und Sinn der Strafe unter dem Oberbegriff des Schulenstreits geführt. Auf der einen Seite des Schulenstreits standen die „Klassiker“, welche an den Freiheitsbegriff Kants anknüpften. Danach hat jeder Mensch die Fähigkeit, sich über seine Welt der Wahrnehmung gänzlich zu erheben. Der Mensch ist nicht durch äußere Einflüsse vorbestimmt, d.h. indeterminiert, sondern frei.⁶ Die „Klassiker“ hielten an den traditionellen Vorstellungen von Schuld und Vergeltungsstrafe fest: Die Strafe stellte sich als Vergeltung, als Abgeltung der vom Täter in freier Selbstbestimmung begangenen Schuld dar. Der Mensch wurde folglich als Urheber seiner Taten gesehen, der nicht von seinem Charakter und seiner Umwelt zu bestimmten Handlungen genötigt wird.⁷

Auf der Gegenseite des Schulenstreits waren „die Modernen“ um Liszt vertreten. Sie sahen in der Freiheitsvorstellung der Indeterministen, die Charakter und Umwelt aus der konkreten Tathandlung ausklammerten, eine wissenschaftlich nicht haltbare Position. Die Freiheit des Individuums war eine Fiktion der Metaphysik, die in einem präzise arbeitenden, wissenschaftlich ausgerichteten Strafrecht als Grundlage des Schuldvorwurfs undenkbar war. Entsprechend versuchte diese Lehre, sich an den Kausalgesetzen der Naturwissenschaften auszurichten.⁸ Um mit den Worten Liszts zu sprechen: „Der Verbrecher, der vor uns steht als Angeklagter oder Verurteilter, ist also für uns Menschen uneingeschränkt unfrei; sein Verbrechen die notwendige, unvermeidliche Wirkung gegebener Bedingungen.“⁹ Der Einzelne ist gefangen in seinem Charakter bzw. er hat nur den Spielraum, den ihm die Erbanlagen und Umwelteinflüsse zuweisen.¹⁰ Das gesamte Verhalten lässt sich mechanisch herleiten.

Der Sinn der Strafe kann hier folglich nicht mehr in der Vergeltung liegen, der Täter konnte ja gar nicht anders handeln als er dies in der konkreten Situation tat. Der Sinngehalt der Strafe liegt nun im Schutz der Mitmenschen und in der Stellung eines Gegengewichts zur Begehung von Verbrechen, der dem System innewohnenden physikalischen Mechanik entsprechend.

II. Das Scheitern von Determinismus und Indeterminismus an den Naturwissenschaften

In den Naturwissenschaften – insbesondere im Reich der Materie, also in Physik und Chemie – ist Kausalität ein wichtiges Prinzip. Es bedeutet nach Immanuel Kant: „Alles Ge-

schehen setzt Ursachen voraus, worauf es nach einer Regel folgt.“¹¹ Sollte der freie Wille allein naturgesetzlichen Kausalitäten unterliegen, wäre er nicht mehr frei, sondern festgelegt, das Verhalten von Menschen, ja ihr ganzes Leben wäre als Kette von Bedingungen für Bedingungen, von Ursachen für Ursachen usw. zu verstehen.

In der extremen Form des so genannten „materiellen Reduktionismus“ werden selbst Verhaltensweisen, Motive und Willensentscheidungen auf physikalisch-chemische Gegebenheiten im Gehirn eines Menschen zurückgeführt.¹² In der Konsequenz ist der freie Wille nichts als eine Illusion.¹³ Mit dem freien Willen stürbe auch Verantwortung und Schuld. Auf dieser naturwissenschaftlichen Annahme bauten, wie schon dargestellt, die Deterministen um Liszt ihre Theorien zum Strafrecht auf. Gerade den Indeterministen wurde vorgehalten, ihre auf die Metaphysik gestützte Dogmatik sei mit den Erkenntnissen aus den Naturwissenschaften nicht vereinbar.

Mittlerweile ist das Paradoxon eines rein naturgesetzlich determinierten freien Willens überwunden.¹⁴ Daran haben Naturwissenschaftler selbst mitgewirkt, so zum Beispiel Max Planck, der nicht hinnehmen wollte, dass physikalische Prozesse für Willensentscheidungen ausschlaggebend sind.¹⁵ Weiter verwiesen die Naturwissenschaftler am Ende des zweiten Weltkriegs darauf, dass gemäß der Heisenbergschen Unschärferelation selbst Naturgesetze nur Wahrscheinlichkeitsgesetze sind. In der Mikrophysik wurde zunehmend ein Spielraum für Freiheit und damit zumindest ein gewisses Maß an Unbestimmtheit entdeckt. Und zögerte man auch damit, die Vorstellungen der Mikrophysik auf die Makrophysik und erst recht auf die Sinneswelt des Menschen zu übertragen, so war doch der Bann der mechanischen Lebensauffassung gebrochen. Man sah sogar die Freiheit des Menschen im Naturreich vorgebildet.¹⁶

Aber auch die extreme Gegenposition zum materiellen Reduktionismus und dem damit korrespondierenden Determinismus, der allein auf der Metaphysik aufbauende Indeterminismus, verlor zunehmend an Überzeugungskraft. Der Indeterminismus ist unter anderem aus zwei Gründen problema-

⁶ Vgl. Lange, in: LK⁹, 1974, Bd. 1, § 21 Rn. 5 – „Indeterminismus“ gleich „Freiheit“.

⁷ Vgl. Engisch, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1963, S. 7, 8 m.w.N., der eine umfassende Darstellung liefert.

⁸ Vgl. Lange, in: LK (Fn.6), § 21 Rn. 5 – „erkenntnistheoretischer Determinismus“.

⁹ So Engisch (Fn. 7), S. 9.

¹⁰ Vgl. Engisch (Fn. 7), S. 13 f.

¹¹ Hassenstein, Willensfreiheit und Verantwortlichkeit. Naturwissenschaftliche und juristische Aspekte, hrsg. von Hassenstein/Bernhard/Mohr/Hans, 1979, S. 202.

¹² Sehr ausführlich bei Dreher, Die Willensfreiheit, 1987, S. 181-183.

¹³ Mechsner, Geo Januar 2003, 64-67.

¹⁴ Moderne (Natur-)Wissenschaftler überwinden den Dualismus von Natur und Kultur, von Kausalität und Willensfreiheit unter anderem dadurch, dass sie (systemtheoretisch) darauf hinweisen, dass das Ganze Eigenschaften habe, die sich nicht aus der Summe seiner Teile herleiten lassen. Das wird elementar beim Wasser deutlich. Wasser hat Eigenschaften, die sich nicht aus den Eigenschaften von Sauerstoff und Wasserstoff herleiten lassen. Bezogen auf den Menschen bedeutet dies, dass das Ganze (ein Mensch mit Ich-Bewusstsein und Willen) sich nicht aus der Summe seiner Teile (Atome, Moleküle, Zellen, Organe) herleiten lassen. Letztere sind zwar Voraussetzungen für das Neue, aber nicht identisch mit dem Neuen.

¹⁵ Hassenstein (Fn. 11), S. 203.

¹⁶ Vgl. Wenzel, Philosophie der Freiheit, 1947, S. 37-41.

tisch bzw. logisch nicht haltbar.¹⁷ Wer glaubt, dass etwas Geistiges, Immaterielles materielle Prozesse beeinflusst, hat Schwierigkeiten zu erklären, wie dies geschehen soll. Und wer glaubt, es gäbe einen freien Willen, der bedingungslos sei, konstruiert etwas Unmögliches: Denn ein bedingungsloser freier Wille müsste gänzlich losgelöst von einer Person sein, denn die Anbindung an eine Person, damit auch Belehrung und Kontrolle, bedeuten Beeinflussung.

Im Resümee wird deutlich, dass sowohl ein freier Wille, der allein naturgesetzlichen Kausalitäten unterliegt, als auch ein freier Wille, der bedingungslos ist, zum logischen Verlust eben dieses freien Willens führt¹⁸ und folglich zum Verlust von subjektiver Schuldfähigkeit. Hieran sind sowohl der Determinismus, wie auch der Indeterminismus letztlich gescheitert – ein Scheitern an naturwissenschaftlichen Befunden!

III. Neuere Ansätze zur inhaltlichen Bestimmung der Schuld im Strafrecht (materieller Schuld begriff)

Eine Vergeltung, die nicht am Fehlverhalten des Einzelnen anknüpft, wäre mit Art. 1 GG, dem Menschenbild des Grundgesetzes, nicht vereinbar. Denn hier würde man den Einzelnen für etwas bestrafen, worauf er keinen Einfluss hatte. Der Staat müsste jegliche Legitimation zu sanktionieren aufgeben.¹⁹ In diesem Sinne konnte die Jurisprudenz es nicht bei dem Scheitern von Determinismus oder Indeterminismus bewenden lassen, sie musste den Schuldbegriff und den Vorwurf an den Täter mit einem neuen Inhalt füllen.²⁰

Schon in seiner grundlegenden Entscheidung zum Verbotsirrtum stellte der BGH 1952 fest, der Inhalt der Schuld sei die Vorwerfbarkeit an den Einzelnen, ohne Schuld sei keine Strafe denkbar: „Strafe setzt Schuld voraus. Schuld ist Vorwerfbarkeit.“ Was genau der Inhalt der Vorwerfbarkeit ist, wird wie folgt festgelegt: „Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, dass er sich nicht rechtmäßig verhalten, dass er sich für das Unrechte entschieden hat, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können. Der innere Grund des Schuldvorwurfs liegt darin, dass der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden [...]“.²¹

Mit der Vorstellung eines freien Individuums, das auf eine verantwortliche Selbstbestimmung angelegt ist, knüpft der BGH an die Lehre vom Indeterminismus an, zieht damit aber auch notwendiger Weise die Konsequenz, dass die Rechtfertigung des Staates zu sanktionieren auf einer nicht beweisbaren Prämisse der Metaphysik bestehen bleibt.

Diesem Vorwurf versucht man zu entgehen, indem man an einen Gedanken *Graf zu Dohnas*²² anknüpft. Nicht mehr auf das Können des individuellen Täters, sondern auf die Möglichkeiten des Durchschnittsmenschen in seiner Situation wird abgestellt, so wie sie uns im Alltag erscheint. Weil alle anderen das subjektive Empfinden haben, in der Situation frei handeln zu können, wird der freie Wille normativ festgesetzt. Damit begibt sich diese Lehre allerdings ihres eigenen Ausgangspunkts vom individuellen Täter mit einer freien Entscheidung hin zu einer Gesellschaft, die dies als Prämisse vorgibt.

Die Lehre von der Charakterschuld kann als Gegenstück zur Lehre des „Andershandelnkönnens“ gesehen werden. Sie geht entsprechend auf deterministische Grundlagen zurück. Hier ist nicht mehr der Einzelne für seine konkrete Handlung,

sondern vielmehr für seine Charakterzüge, welche ihn zur Tat veranlassten, verantwortlich. Auf Schopenhauer zurückgehend wird zugrunde gelegt, dass jeder Täter weiß, „dass eine ganz andere Handlung [...] sehr wohl möglich war und hätte geschehen können, wenn nur er ein anderer gewesen wäre: Hieran allein hat es gelegen. Ihm, weil er dieser und kein anderer ist, weil er einen solchen und solchen Charakter hat, war freilich keine andere Handlung möglich; [...] Die Verantwortlichkeit, derer er sich bewusst ist, trifft dabei bloß zunächst [...] die Tat, im Grunde aber seinen Charakter: Für diesen fühlt er sich verantwortlich und für diesen machen ihn auch andere verantwortlich [...]“.²³

Ohne sich vertiefend mit den Problemen dieses Ansatzes auseinanderzusetzen zu wollen, führt diese Ansicht vor dem Hintergrund der Frage nach dem freien Willen in das Dilemma, wie man für ein So-Sein einstehen soll, wenn nicht auch hier zugleich ein gewisses Grundmaß an Freiheit gegeben ist.²⁴ Die Antwort auf diese Frage mit der Konzeption einer „Grundwahl“ des Menschen zu sich selbst und seinem Sein²⁵ verschiebt die Freiheitsfrage nur, beantwortet sie aber (empirisch) nicht.

Roxin wiederum begründete die Lehre von der Schuld als unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit. Demnach ist eine Schuld des Täters immer dann zu bejahen, wenn der Täter bei der Tat seiner geistigen und seelischen Verfassung nach für den Appell der Norm zu erreichen war.²⁶ Erreicht der Appell der Norm den Täter, so *Roxin*, sei davon auszugehen, dass der Täter auch die Fähigkeit zu normgemäßen Verhalten habe und sich schuldig mache, wenn er eine der ihm offen stehenden Varianten nicht ergreife. Folglich wird auch hier nicht empirisch bewiesen, dass der Mensch einen freien Willen hat. Vielmehr geht diese These davon aus, dass ein Täter im Zustand der normativen Ansprechbarkeit als frei zu behandeln ist. Statt eines naturwissenschaftlichen Ansatzes wird hier die Willensfreiheit ganz im Sinne der Jurisprudenz normativ festgesetzt.²⁷ Die Befähigung zur freien Handlung könne man allein deshalb schon normativ voraussetzen, so *Roxin*, weil das unbefangene Selbstverständnis des normalen Menschen auf diesem Freiheitsbewusstsein beruhe und weil eine sinnvolle Ordnung des menschlichen Soziallebens ohne wechselseitige Zubilligung von Freiheit nicht möglich sei.²⁸ Aber auch hier bleibt fraglich, ob das Problem der Willensfreiheit nicht letztlich umgangen wird. Denn *Roxin* selbst wird sich dem Vorwurf, der schon gegen den BGH erhoben

¹⁷ Vgl. *Bieri*, Das Handwerk der Freiheit, 2001, S. 230-232; zur Ideengeschichte der philosophische Konzepte von Determinismus und Indeterminismus im Kontext des freien Willens siehe ausführlich bei *Dreher* (Fn. 12), S. 61-213.

¹⁸ *Bieri* (Fn. 17), S. 265.

¹⁹ Vgl. *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), vor § 13 Rn.109a m.w.N.

²⁰ So auch *Roxin*, Strafrecht AT 1⁴, 2006, § 19 Rn. 18.

²¹ BGHSt 2, 194, 200.

²² Vgl. *Dohna*, ZStW 66 (1954), 511.

²³ Vgl. *Engisch* (Fn. 7), S. 46-50, mit weiteren Schopenhauer Zitaten.

²⁴ So auch *Otto*, GA 1981, 483.

²⁵ So *Figuro Dias*, ZStW, 95 (1983), 240, 242, 243.

²⁶ Ausführlich zu dieser These *Roxin* (Fn. 20), § 19 Rn. 36.

²⁷ Wenngleich *Roxin* sich auch als einer von wenigen beim Kriterium der normativen Ansprechbarkeit auf Studien aus der Psychologie stützt und damit jedenfalls teilweise einen naturwissenschaftlichen Ansatz wählt. Vgl. *Roxin* (Fn. 20), § 19 IV Rn. 36.

²⁸ *Roxin*, SchwZStr 104 (1987), 356, 369.

wurde, man mache den Schuldvorwurf an einer unbeweisbaren Prämisse fest, ausgesetzt sehen, wenn er als Folge der normativen Ansprechbarkeit des Individuums die Willensfreiheit schlicht normativ festsetzt.

Die Position von der Strafe aus generalpräventiven Bedürfnissen schließlich versucht den Inhalt der Schuld funktionsbestimmt und zumindest scheinbar von jeglichen individuellen Vorwürfen an den Täter losgelöst zu beantworten, womit wiederum eine Nähe zum Determinismus gegeben ist. Der Schuldbegriff wird hier mit dem Zweck der Generalprävention gefüllt, wobei unter Generalprävention nicht Abschreckung, sondern Einübung von Rechtstreue der Bürger zu verstehen ist.²⁹ Das Problem des freien Willens soll hier dadurch umgangen werden, dass nicht mehr retrospektiv nach der Fähigkeit eines bestimmten Täters bei einer begangenen Tat gefragt wird, sondern prospektiv nach der Eignung der Strafe zur Einhaltung der Rechtstreue der Bevölkerung. Tatsächlich kommt aber auch diese Theorie nicht um das Problem des freien Willens herum. Eine Einübung von Rechtstreue der Bürger kann logisch nur dort gelingen, wo die Tat zugleich für vermeidbar gehalten wird. Andernfalls wäre eine „Enttäuschung“ der Bürger über die Tat kaum nachvollziehbar.³⁰

C. Der freie Wille in der naturwissenschaftlichen Sicht – Möglichkeiten auch für das Strafrecht?

I. Vorbehalte gegen eine naturwissenschaftliche Betrachtung im Strafrecht.

Bezüglich des naturwissenschaftlichen Ansatzes im Problembereich der Willensfreiheit wird immer wieder vorgebracht, die Naturwissenschaften könnten mit ihren Methoden das spezifisch Menschliche, das gerade über die zoologischen Merkmale des Einzelnen hinausgehe, gar nicht erfassen.³¹ Zwar sei eine Untersuchung von nervlichen und psychischen Reaktionen möglich, diese eröffneten allerdings nur einen Einblick in Teilbereiche des menschlichen Seins und könnten die sozialen Probleme des Menschen gar nicht tangieren. Ebenso wenig, wie die Würde des Menschen oder die Gleichheit des Menschen vor dem Recht empirisch zu belegen sei, so gelte dies auch für die Voraussetzungen der Schuld.³² Für *Schünemann*³³ wiederum ist die Willensfreiheit „kein schlichtes bio-physikalisches Faktum, sondern ein Teil der sog. gesellschaftlichen Rekonstruktion der Wirklichkeit und gehört [...] zu einer besonders elementaren Schicht mindestens der abendländischen Kultur [...]“. Nach Arthur Kaufmann kann die Freiheit des Menschen gar nicht in Frage gestellt werden, denn die existentielle Freiheit des Menschen sei letzten Endes identisch mit seiner Befähigung zur geistigen Selbstbestimmung.³⁴ *Roxin* wiederum, der die Befähigung zur freien Handlung normativ voraussetzt (s.o.), erklärt einen empirischen Beweis für nicht notwendig, weil das unbefangene Selbstverständnis des normalen Menschen auf diesem Freiheitsbewusstsein beruhe und weil eine sinnvolle Ordnung des menschlichen Soziallebens ohne wechselseitige Zubilligung von Freiheit nicht möglich sei.³⁵ Ähnlich die Aussage *Haffkes*,³⁶ wonach die empirisch unlösbare Frage, ob der Täter tatsächlich „frei“ handelte oder nicht, strafrechtlich irrelevant ist. Die Frage der Willensfreiheit sei letztlich eine Frage der Gesellschaft, nur so könne der Gesetzgeber überhaupt in den §§ 20 ff. StGB generalisierend handeln.

II. Gegen das Paradigma der normwissenschaftlichen Betrachtung im Strafrecht

Diesen durchaus berechtigten Kritiken an einem rein empirisch-naturwissenschaftlichen Ansatz muss allerdings entgegengehalten werden, dass die Verkürzung der Wahrheitsfindung auf die Jurisprudenz nicht zu einem dogmatischen Prinzip erhoben werden sollte. Es scheint fraglich, ob tatsächlich nicht das empirische Bild *des* Menschen zur Vorlage dienen soll, sondern das in den Werturteilen der Gemeinschaft festgeschriebene Bild *vom* Menschen, an dem die Rechtsordnung ihre Regeln orientiert.³⁷ Hier läuft man Gefahr, dass die Individualität des Einzelnen hinter einem rein abstrakt-dogmatischen Verfahren zurückstehen muss.

Zudem scheint es zweifelhaft, ob eine Wissenschaft wie die Jurisprudenz strikt den Alternativen ausgesetzt sein muss, sich entweder durch Erkenntnisse aus anderen Wissenschaften kontinuierlich weiterzuentwickeln oder an der eigenen, moralischen und an eigenen Beispielen orientierten Struktur festzuhalten. Ein Ausschließlichkeitsanspruch wie der von der normativen Festsetzung eines freien Willens läuft zum einen Gefahr leicht überschätzt zu werden und sich zugleich wichtige Erkenntnisse, vielleicht sogar eine empirische Unterstützung eigener Konzepte, vorschnell abzuschneiden.³⁸ Das Bedenken, eine naturwissenschaftliche Betrachtungsweise würde das höchst komplexe Schuldphänomen auf einen Teilaspekt reduzieren, fällt auf die zurück, die es vorbringen, wenn sie ihrerseits trotz gegenteiliger Beteuerungen geisteswissenschaftliche Methoden als die einzig möglichen behandeln.

Die Werteordnung ist nicht von ihrer Umwelt unabhängig. Vielmehr muss ständig überprüft werden, ob neue Erkenntnisse oder Veränderungen in der Gesellschaft eine Korrektur der einmal getroffenen Wertentscheidung notwendig machen. Selbst wenn der freie Wille des Menschen nicht empirisch nachweisbar sein sollte, so können die Naturwissenschaften vielleicht doch einen Freiraum aufzeigen, in dem das Konzept auch von ihren Erkenntnissen gestützt wird. Entscheidend ist es, sich vom Fehler der Deterministen und Indeterministen frei zu machen und nicht versuchen zu wollen, den freien Willen entweder vollständig zu beweisen oder endgültig widerlegen zu können.

Das Bild *Hassemers*,³⁹ wonach derjenige, der Freiheit durch ein Mikroskop betrachtet, nur deren Gegenteil erkennen könne, ist auf die Probe zu stellen. Keine der beiden Wissenschaften kann einen Ausschließlichkeitsanspruch für sich erheben, es kommt auf ein Zusammenspiel der beiden an.

²⁹ *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976, S. 8-11.

³⁰ So auch *Tiemeyer*, GA 1986, 203, 213.

³¹ So *Otto*, GA 1981, 483, 487.

³² So *Otto*, GA 1981, 483, 492-495.

³³ *Schünemann*, GA 1986, 293-295.

³⁴ *Kaufmann*, Jura 1986, 225, 227.

³⁵ *Roxin*, SchwZStr 104 (1987), 356, 369.

³⁶ *Haffke*, GA 1978, 32, 45.

³⁷ Vgl. *Krauß*, in: FS Bruns, 1978, S. 21.

³⁸ Vgl. *Tiemeyer*, GA 1986, 203, 216-218.

³⁹ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, S. 214.

D. Die Frage des freien Willens aus Sicht der Naturwissenschaften, Evolution, Soziobiologie und Hirnforschung

Die nachfolgenden Ausführungen versuchen an ausgewählten Beispielen aus Biologie, Hirnforschung und Psychologie die Fehler von Determinismus und Indeterminismus zu vermeiden und statt des Nachweises eines völlig freien oder vorbestimmten Willens verschiedene Bedingtheiten des freien Willens darzustellen. Dazu gehören Gegenspieler und Förderer des freien Willens – Bedingungen, die den freien Willen eingrenzen oder aber seinen Spielraum erweitern.

I. Evolution, Soziobiologie und evolutionäre Psychologie im Kontext des freien Willens

1. Evolution des Menschen (Hominisation)⁴⁰ und einige allen Menschen gemeinsame Verhaltensneigung (Dispositionen) in Bezug auf den freien Willen

Aus der Verhaltensforschung über Naturvölker, aus Verhaltensvergleichen von Menschen verschiedener Kulturen und aus der Erforschung der Hominisation selbst kristallisieren sich unter anderem folgende evolutiv gewordene Verhaltens-Disposition als allen (normal entwickelten) Menschen eigentümlich heraus:

- Das Verhalten des Menschen - und insbesondere sein Sozialverhalten – hat ohne jeden Zweifel stammesgeschichtliche Wurzeln. Der Mensch kommt nicht als „unbeschriebenes Blatt“ (*tabula rasa*) zur Welt. Er ist mit wenigen vorprogrammierten Instinkten relativ offen und daher obligatorisch auf intensives Lernen vor allem in der Kindheit angewiesen⁴¹ – ein „weltoffenes Neugierwesen.“⁴² Der relativ große Entscheidungsspielraum ist nochmals durch Wissen und Intelligenz erweiterbar.⁴³ Die natürliche Weltoffenheit des Menschen impliziert sehr viel umfassender als bei anderen Lebewesen willentliche Entscheidungen.⁴⁴ Der Mensch scheint also ein Wesen zu sein, das einen großen Spielraum bezüglich der eigenen Wesensentwicklung aufweist.
- Sowohl die Vergrößerung des sehr energiebedürftigen Gehirns als auch die Wortsprache stehen im Dienst zunehmender sozialer Intelligenz in der Evolution des Menschen.⁴⁵ Obwohl es Aggression in allen Kulturen gibt, ist Kooperation und gruppendienliches Verhalten beim Menschen deutlich vorherrschend.⁴⁶ Wortsprache wiederum befördert Kooperation, Arbeitsteilung und Gegenseitigkeit. Der Mensch ist also ein Lebewesen, das maßgeblich auf soziale Interaktion aufbaut und nicht notwendig sprunghaft und völlig losgelöst und damit frei von sozialen Bindungen handelt. Das Verhalten des Individuums wird durch das Verhalten der Mitmenschen mitbedingt.
- Wortsprache ist nicht nur ein mächtiges soziales Instrument, sondern erlaubt Verständigung über Vergangenes und Zukünftiges, sowie über nicht aktuell Wahrnehmbares. Wer eine Wortsprache sprechen kann, ist in der Lage in die Zukunft zu denken und planvoll zu handeln.⁴⁷
- Alle Menschen haben Selbstbewusstsein. Das bedeutet, dass Menschen sich des eigenen Ichs, der eigenen Wünsche, Gedanken und Vorstellungen bewusst sind. Selbstbewusstsein erlaubt es, mit sich selbst Alternativen aus-

zuhandeln und ist damit Voraussetzung des freien Willens. Nur wer sich seiner selbst bewusst ist, kann subjektiv das Bewusstsein von Entscheidungsfreiheit haben, zum Beispiel von einem aktuellen Bedürfnis abzusehen. Dieses Bewusstsein, sich anders entscheiden zu können (es aber faktisch nicht getan zu haben) ist eine entscheidende Grundlage für den subjektiven Schuldvorwurf an den Täter.⁴⁸ Dies gilt besonders für diejenigen Schuldtheorien, welche den freien Willen des Individuums aufgrund unserer Alltagserfahrung normativ festsetzen. So etwa die Lehre vom „Andershandelnkönnen“ oder die Lehre von der normativen Ansprechbarkeit.⁴⁹

- Vergleichende Untersuchungen an verschiedenen Menschengruppen zeigen, dass alle über ein kulturelles Wertesysteme verfügen (mit durchaus verschiedenen Inhalten) und folglich allen Menschen die Fähigkeit für „Gewissensentscheidungen“ zugesprochen werden muss.⁵⁰ Dieses wiederum legt nahe, dass der Mensch ein Wesen ist, das sein Verhalten durchaus an Normen auszurichten in der Lage ist, andernfalls gäbe es gar keinen Grund, warum in allen Zeiten und in allen Kulturen Norm- und Wertesysteme errichtet wurden. Auch dies ist wohl ein Beleg dafür, dass der Mensch nicht naturgesetzlich vorbestimmt ist.

2. Evolutionäres Erbe contra Willensfreiheit? Soziobiologie und evolutionäre Psychologie

Aus Sicht der Soziobiologie und evolutionären Psychologie verfügt der Mensch über genetische Dispositionen in seinem Sozialverhalten, die im Laufe der Evolution geformt wurden und die sich zumindest tendenziell als Einschränkungen moralischer Autonomie und Handlungsfreiheit darstellen.⁵¹

- Der Mensch ist auf den Nahraum spezialisiert und nicht auf globale Szenarien. Damit mag zusammen hängen, dass uns der Mordfall in Sydney/Australien nicht so beschäftigt wie der bestohlene Nachbar. Jahrmillionen lang waren Problemlösungen durch einen unmittelbaren Tat-Folge-Zusammenhang gekennzeichnet (z.B. ein Tier greift an und der Mensch flieht). Komplexe Problemlösungsfähigkeiten für vernetzte Wirkungsbeziehungen

⁴⁰ Henke/Rothe, Stammesgeschichte des Menschen, 1999; Storch/Welsch/Wink, Evolutionsbiologie, 2001; Foley, Menschen vor Homo Sapiens, 2000; Brockhaus-Redaktion (Hrsg.): Vom Urknall zum Menschen, 1999, S. 506.

⁴¹ Vgl. Brockhaus-Redaktion (Hrsg.) (Fn. 40), S. 370.

⁴² Eibl-Eibesfeld, In der Falle des Kurzzeitdenkens, 1998, S. 21.

⁴³ Hassenstein, Spezifisch menschliches in verhaltensbiologischer Sicht, 1999, S. 164, 195, 196.

⁴⁴ Vgl. Morsbach, Die Entstehung der Gesellschaft, 2001, S. 192.

⁴⁵ Dunbar, Wie der Mensch zur Sprache fand, 1996. Das Gehirn wiegt nur einige Prozent der gesamten Körpermasse, benötigt beim Erwachsenen aber etwa ein Viertel der mit der Nahrung zugeführten Energie.

⁴⁶ Allman, Mammutjäger in der Metro. Wie das Erbe der Evolution unser Denken und Verhalten prägt, 1996, S. 89; vgl. Morsbach (Fn. 44), S. 161.

⁴⁷ Allman (Fn. 46), S. 88.

⁴⁸ Schöch, Die Freiheit des Menschen. Zur Frage der Verantwortung und Schuld, hrsg. von Eisenburg/Josef, 1998, S. 92.

⁴⁹ Vgl. Otto, GA 81, 483, 487-490; Schünemann, GA 1986, 293; Roxin, SchwZStr 104 (1987), 356, 369.

⁵⁰ Morsbach (Fn. 44), S. 217.

⁵¹ Voland, Die Freiheit des Menschen. Zur Frage von Verantwortung und Schuld, hrsg. von Eisenburg, 1998, S. 27-42.

sind vergleichsweise gering ausgebildet.⁵² Daher fällt Menschen der Umgang mit objektiven Wahrscheinlichkeiten und Risiken als Grundlage für willentliche Entscheidungen schwer. In dieser Hinsicht wird durch das evolutionäre Erbe der Spielraum für rational begründete Willensentscheidungen auf den Nahraum begrenzt.

- Die Soziobiologie untersucht auch Konkurrenz und Aggression beim Menschen. Als Modelle gelten neben Naturvölkern auch Schimpansen. Wenn bei ihnen Verhaltensstrukturen nachzuweisen sind, die menschlichem Verhalten ähnlich sind, spricht viel für eine tiefe Verwurzelung des Verhaltens in der Naturgeschichte. Die weltberühmte Forscherin *Jane Lawick-Goodall* stellte durch langjährige Freilandbeobachtungen die bis dahin verbreitete Vorstellung auf den Kopf, dass nur Menschen zu Krieg, zu äußerster Gewalt und willkürlicher Brutalität gegenüber Artgenossen fähig sind. Im Gombe-Nationalpark in Tansania hatte sich eine Schimpansen-Gruppe, die sog. Kasakela-Gruppe, von ihrer Ursprungspopulation getrennt. Innerhalb von fünf Jahren wurden nacheinander alle Mitglieder der „Dissidenten“ durch grausame Misshandlungen verletzt und getötet. Wichtig war die Beobachtung, dass die Aggressionen nicht unmittelbar mit der Verteidigung eines Territoriums zu tun hatten, sondern überall stattfinden konnten.⁵³ Entscheidend war die Gruppenzugehörigkeit. Soziobiologen vermuten, dass sich bei der Ausrottung der Kasakela-Gruppe um eine Vorform innerartlicher Aggression des Menschen handelt.

Eine psychische Abwertung des Opfers, grausame Misshandlungen, Tötungen und Aggressionen sind folglich nicht etwas typisch menschliches, sondern sie wohnen allen Primaten inne. In diesem Zusammenhang ist die Frage zu stellen, ob ein Täter in derartigen Situationen wirklich völlig frei im Sinne der Option zu einer anderen Handlung vorgehen konnte oder ob hier genetisch vorbestimmtes Verhalten hervorbricht.

Derartige Befunde dürfen jedoch nicht als Beweis angesehen werden, dass genetische Dispositionen unmittelbar und aktuell Verhalten auslösen. Die Soziobiologie und die evolutionäre Psychologie können überzeugend aufzeigen, dass – wie bereits erwähnt – in der Evolution des Menschen nicht blinde Aggression und Gewalttätigkeit gefördert wurden, sondern hauptsächlich prosoziales und gruppenförderliches Verhalten. Die wichtigsten Mittel zur Vermeidung menschlicher Aggression sind Lernen, Erfahrung, Wissen und (soziale) Intelligenz,⁵⁴ um aggressive Handlungsbereitschaft wirkungsvoll zu kontrollieren. Ein normal entwickelter Mensch ist also nicht durch einen unausweichlichen Aggressionstrieb in seinen Willensentscheidungen begrenzt.

3. Freier Wille im Kontext von Anlage und Umwelt in der Individualentwicklung.

Während im vorherigen Abschnitt der evolutionär gewordene Mensch und die Auswirkungen auf den freien Willen betrachtet wurden, sollen in diesem Abschnitt Bedingungen der Individualgeschichte kurz in den Blick genommen werden. Grundfrage ist also, ob und in welchem Umfang (Erb-)Anlagen und Umwelt den Freiraum für Willensentscheidungen beeinflussen.

Die Kriminologen *Dölling* und *Hermann* (2001) haben neue Erkenntnisse zur Frage von Anlage und Umwelt im Bezug

zur Kriminalität zusammengetragen.⁵⁵ Die Ergebnisse sprechen dafür, dass sowohl Anlage als auch Umwelt an der Ausbildung krimineller Handlungen beteiligt sind. Anlage und Umwelt sind nicht als Alternativen zu denken, sondern sind miteinander verschränkt und ergänzen sich in ihrer Wirkung.

- In der Zwillingsforschung wird das Ausmaß der Merkmals-Übereinstimmung⁵⁶ der beiden Zwillinge gemessen. Eineiige Zwillinge (EZ) haben identisches Erbgut, die Gene zweieiiger Zwillinge (ZZ) haben wie andere Geschwister untereinander eine 50-prozentige Übereinstimmung ihrer Erbanlagen. In einer Studie ergab sich, dass ein EZ mit einer um durchschnittlich 21% höheren Wahrscheinlichkeit (im Vergleich zu einem ZZ) delinquent wurde, wenn auch der andere Zwilling delinquent war. Darin drückt sich ein deutlicher – wenn auch nicht sehr großer – genetischer Einfluss gegenüber Umwelteinflüssen aus.
- In Adoptions-Studien⁵⁷ bestätigte sich, dass biologische Faktoren einen etwas stärkeren Einfluss auf kriminelles Handeln haben können als Umweltfaktoren. Gemeinsamkeiten im Verhalten von biologischen Eltern und Adoptivkinder sprechen für erbliche Einflüsse, Gemeinsamkeiten zwischen Adoptivkindern und Erziehungspersonen sprechen eher für Umwelteinflüsse. Die Untersuchung von 347 Fällen ergab, dass die Adoptivkinder zu 14% kriminell wurden, wenn sowohl Adoptiveltern als auch biologische Eltern nicht kriminell waren, zu 15% wenn nur die Adoptiveltern (bzw. ein Elternteil davon) kriminell wurde, zu 20% wenn die biologischen Eltern kriminell wurden.
- *Dölling* und *Hermann* (2001) betonen zusammenfassend, dass kriminelles Verhalten weder als Resultat von Vererbung oder Umwelt oder beidem allein zu begreifen ist. So spielen zum Beispiel Wertorientierungen für legales Verhalten eine deutliche Rolle. Ein schlichter Determinismus zu Ungunsten freier Willensentscheidungen wird abgelehnt. Indem sie darauf hinweisen, dass Lebenskompetenz und Verantwortungsbewusstsein und Wertorientierungen erlernbar sind, negieren sie einen blinden Determinismus zu Gunsten von verantworteten Willensentscheidungen.

II. Der freie Wille im Spiegel der Hirnforschung

Die große Aufmerksamkeit hinsichtlich der Frage, ob Menschen einen freien Willen haben, wurde vor allem durch Ergebnisse der Hirnforschung angeregt.⁵⁸

⁵² Hier sei nur kurz erwähnt, dass diese Feststellung für die Fahrlässigkeit von Interesse ist, wo nach der objektiven Vorhersehbarkeit des Verletzungserfolgs für den Täter gefragt wird. Nach den Erkenntnissen der Soziobiologie dürfte diese nur bei wenig vernetzten Wirkungsbeziehungen gegeben sein.

⁵³ Brockhaus-Redaktion (Fn. 41), S. 596; *Voland* (Fn. 51), S. 97.

⁵⁴ *Angst*, Aggression bei Affen und Menschen, 1980, S. 141; vgl. Brockhaus-Redaktion (Fn. 41), S. 612.

⁵⁵ *Dölling/Hermann*, Anlage und Umwelt aus Sicht der Kriminologie. Theoretische, empirische und kriminalpolitische Aspekte, 2001.

⁵⁶ *Plomin/DeFries/McClearn/Rutter*, Gene, Umwelt und Verhalten. Einführung in die Verhaltensgenetik, hrsg. von Huber, 1999.

⁵⁷ *Dölling/Hermann* (Fn. 55), S. 171 weisen auf methodische Probleme bei Zwillings- und Adoptionsstudien hin.

⁵⁸ www.zeit.de/2001/38/Wissen/print_200138_willensfreiheit.html

Es kann für das Verständnis hilfreich sein, sich drei grundlegende Aspekte menschlicher Hirnfunktionen in Erinnerung zu rufen:

- Willentliche Handlungen eines jeden Individuums sind erfahrungsabhängig. Menschen müssen Erfahrungen nicht unbedingt eigentätig erwerben, sondern können durch Nachahmung („Lernen am Modell“)⁵⁹ von den Erfahrungen anderer Menschen profitieren oder durch einsichtiges Verhalten die möglichen Folgen der eigenen Handlungen vorwegnehmen (antizipieren). Zu den maßgeblichen Bedingtheiten des freien Willens gehört der verfügbare „Erfahrungsschatz“ des betreffenden Menschen. Der freie Wille ist nicht so frei, dass er losgelöst von den Erfahrungen „seines Menschen“ operieren könnte. Strafrechtlich wird damit die Frage aufgeworfen, ob ein Täter für fehlende oder ungünstige Erfahrungen – etwa in seiner Kindheit – verantwortlich gemacht werden kann.⁶⁰ Gerade dies ist der immer wieder erhobene Vorwurf an die Lehre von der Charakterschuld.⁶¹
- Zum bedingt freien Willen gehören Gefühle (Emotionen). In der neueren Hirnforschung bilden Gefühle einen unverzichtbaren Kompass, um uns in der Welt zurechtzufinden.⁶² Wir suchen angenehme Erfahrungen und Zustände und versuchen zugleich unangenehme zu meiden. Kein Mensch – auch kein Straftäter – handelt freiwillig gegen diese hedonistischen Grundtendenzen, indem er etwa freiwillig Unangenehmes sucht.
- Der bedingt freie Wille ist an das Bewusstsein gebunden. In Form des „Selbstbewusstseins“⁶³ ist das Wahrnehmen der eigenen Person mit seiner Körperlichkeit, seinen Stimmungen und Vorstellungen gemeint.⁶⁴ Allerdings geschehen 99 Prozent der täglichen Hirnleistung unbewusst.⁶⁵ Bewusstes und unbewusstes Geschehen im Gehirn sind nicht isoliert, sondern miteinander verknüpft. Wie weiter unten gezeigt wird, gilt das auch für die Voraussetzungen freier Willensentscheidungen. Das hat gravierende Auswirkungen auf die Diskussion um die Bedingungen des freien Willens.⁶⁶

Nachfolgend sind einige Ergebnisse moderner Hirnforschung dargestellt, die im Kontext der Frage nach dem freien Willen,⁶⁷ der „Urheberschaft“ oder des „anders können“ stehen.

- Besonders aufschlussreich waren Untersuchungen an sog. Split-Brain-Patienten. Bei schweren Formen von Epilepsie wurde in den sechziger Jahren mitunter das Verbindungshirn (Balken) zwischen linker und rechter Großhirnhälfte durchtrennt. Bei sorgfältig ausgeklügelten Test ergab sich, dass diese Patienten zwei Willen besaßen und der eine nichts vom anderen wusste. Die Einheit des Ich, die Einheit der Person und die Einheit des Willens war offenbar bei diesen Patienten nicht mehr vorhanden.⁶⁸ Wenn die Einheit des Willens bei den Split-Brain-Patienten nicht mehr gegeben war, dann konnte der freie Wille nicht eine vom Gehirn unabhängige, rein geistige, immaterielle Instanz sein.
- Zu den größten Herausforderungen bei Untersuchungen zum freien Willen gehören die Versuche des Neurobiologen Benjamin Libet Anfang der achtziger Jahre.⁶⁹ Libet untersuchte das sogenannte „Bereitschaftspotential“. Es handelt sich um elektrische Spannungen, die willkürlichen Bewegungen vorausgehen. Das Bereitschaftspoten-

tial ist also ein Hinweis, dass in aller Kürze eine willentliche Bewegung erfolgen wird. Libet stellte folgende Überlegungen an: Wenn der freie Wille der Urheber der Bewegung ist, dann sollte die zeitliche Reihenfolge lauten: bewusster Willensakt – Bereitschaftspotenzial – Bewegung. In zahlreichen Versuchen, die mittlerweile von anderen Forschergruppen bestätigt wurden, stellte Libet mit sehr feinen Zeitmessern folgende Reihenfolge fest: Bereitschaftspotenzial – bewusster Wille – Bewegung. Der bewusste Willensakt kann demnach nicht Urheber der Handlung sein, denn der bewusste Wille kommt erst auf, wenn die Bewegung schon eingeleitet ist. Damit ist die Vorstellung nicht vereinbar, dass wir mit Hilfe des freien Willens Aktivitäten in Gang setzen können. Vielmehr scheinen unbewusste Vorgänge voranzugehen, die dafür sorgen, dass das, was wir tun, mit unseren Gefühlen und Erfahrungen in Einklang steht. Dass wir Menschen dennoch die Wahrnehmung von „Urheberschaft“ und freiem Willen haben, hängt damit zusammen, dass unser Bewusstsein die erste Instanz des Erlebens ist. Es ist für uns unmöglich, eine andere Instanz als uns selbst als ursächlich für die Bewegung anzunehmen.⁷⁰ Diese neurobiologische Feststellung ist entscheidend für das Strafrecht: Die Argumentation, weil ein Mensch sich als subjektiv frei empfinde, habe er auch Willensfreiheit, wird durch Libets Befunde relativiert.

E. Konsequenzen der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse für das Strafrecht

I. Die Lehre von der Charakterschuld und die Naturwissenschaften.

Wie oben bereits angesprochen, konnte sich die Erwägung, dass unser Denken überall an die strenge Kategorie der Kausalität geknüpft sei, dass der Wille durch das was ihm vorangeht vorbestimmt sei, nicht durchsetzen. Wie aber verhält es sich mit der ihr nahe stehenden Lehre von der Charakterschuld?

Wenn *Engisch* und andere davon ausgehen, der Einzelne sei für seine Charakterzüge verantwortlich, wie sie sich in der konkreten Tat niederschlagen⁷¹ und der Vorwurf könne allein deshalb gegen den Täter erhoben werden, weil dieser eine Grundwahl zu seinem eigenen Sein getroffen habe,⁷² so ist

⁵⁹ Vgl. *Spitzer*, Lernen – Gehirnforschung und die Schule des Lebens, 2002, S. 366-369, in Hinblick auf Erlernen von Gewalt und Gewaltbereitschaft.

⁶⁰ Vgl. hierzu: *Braun/Bock*, Gehirn & Geist Heft 1/2003, 50-53.

⁶¹ Vgl. *Otto*, GA 1981, 483.

⁶² *Karnath/Thier*, Neuropsychologie, 2003, S. 559.

⁶³ Selbstbewusstsein kommt nur Menschen, Schimpansen, Gorillas, Orang-Utans und wahrscheinlich Walen (z.B. Delfinen) zu.

⁶⁴ *Kautzmann/Miketta*, Das Wunder im Kopf, 1999, S. 131; vgl. *Karnath/Thier* (Fn. 62), S. 591.

⁶⁵ *Kautzmann/Miketta* (Fn. 64), S. 132.

⁶⁶ Vgl. dazu unten die Ausführungen zu den Erkenntnissen des Hirnforschers *Libet*.

⁶⁷ Die im Strafrecht *expressis verbis* zu verminderter Schuldfähigkeit führenden physischen und psychischen Defekte werden hier nicht einbezogen.

⁶⁸ *Restak*, Geist, Gehirn und Psyche, 1981, S. 181.

⁶⁹ *Mechsner*, Geo Januar 2003, 64, 77; *Roth*, Gehirn & Geist 01/2002, 38, 41, 42; www.zeit.de/2001/38/Wissen/print_2001138_willensfreiheit.html; www.ulrich-werner.de/wille.htm.

⁷⁰ *Mechsner*, Geo Januar 2003, 64, 82.

⁷¹ Vgl. *Engisch* (Fn. 7), S. 46-50.

⁷² So *Figuro Dias*, ZStW, 95 (1983), 240, 242, 243.

dieses Ergebnis mit den obigen Befunden zweifach nicht haltbar:

- Sieht man den Charakter des Täters als das eigentliche Kriterium für den materiellen Schuldbegriff an, so wird das Individuum reduziert auf Dispositionen, die von außen auf das Individuum eingewirkt haben und sich in seiner Person manifestierten. Diese Ansicht stimmt mit den hier dargestellten Ergebnissen zwar insoweit überein, als dass tatsächlich die menschliche Handlungsfreiheit durch zahlreiche Bedingtheiten, durch Umwelt und Anlagen, Stammesgeschichte und Erfahrungen wie auch durch das Verhalten von Mitmenschen bedingt wird. Diese Bedingtheiten legen allerdings nur den Rahmen menschlicher Handlungen fest, steuern diese aber nicht abschließend und unmittelbar. Wenn die Lehre von der Charakterschuld nun die Begrenzungen der Handlungsfreiheit zum Vorwurf an den Täter erhebt, so wird damit der verbleibende Freiraum für Willensentscheidungen verkannt und stattdessen die Grenzen dieses Freiraums zum Inhalt des Schuldvorwurfs erhoben.
- Die von *Figuro Dias* und *Engisch*⁷³ entwickelte Anschuldigung, der Täter habe im Laufe seines Lebens nicht die Willenskraft und sittliche Vernunft erworben, die notwendig gewesen wäre, um den Antrieben zur rechtswidrigen Handlung zu widerstehen, divergiert zudem mit den hier aufgezeigten Erkenntnissen darüber, wie der Rahmen, innerhalb dessen wir den Willen frei bilden können, entsteht: So weisen Kriminologie, Hirnforschung und Verhaltensbiologie darauf hin, dass es gerade Erfahrung, Bildung und der Umgang mit unseren Mitmenschen sind, die derartige Dispositionen gar nicht erst aufkommen lassen, uns in die Lage versetzen Antrieben zu widerstehen. Wird dem Individuum nun also die Eigenart seines Charakters zum Vorwurf, ein Übermaß an Dispositionen, so wird ihm letztlich seine Umwelt, seine Herkunft sein soziales Milieu zur Anklage. Richtigerweise wäre die Klage aber hier nicht gegen den Übeltäter zu richten, sondern gegen sein Umfeld, das eine zu große Dominanz von Dispositionen zugelassen hat.

Somit erfasst diese Lehre nicht nur den Inhalt des Vorwurfs an den Täter falsch, indem sie den bewiesenen Freiraum für Willensentscheidungen negiert und stattdessen Dispositionen überbetont. Die Ansicht wendet sich zugleich gegen den falschen Adressaten, wenn sie einen „Charaktermangel“ bestrafen will.

II. Die Lehre von den generalpräventiven Bedürfnissen im Lichte der Naturwissenschaften

Auch hier wird von der Prämisse ausgegangen, der freie Wille des Individuums sei nicht zu beweisen und müsse daher umgangen werden. Tatsächlich ist es vorliegend jedoch gelungen, einen zumindest bedingt freien Willen nachzuweisen, der es dem Einzelnen ermöglicht, in der konkreten Situation zwischen zwei Optionen zu wählen.

Absurder Weise würde diese Lehre auch sonst keinen Sinn ergeben: Die Einübung von Rechtstreue der Bürger kann tatsächlich nur dort gelingen, wo der Einzelne noch einen Entscheidungsspielraum für sich besitzt. Ohne einen derartigen Entscheidungsfreiraum kann Strafe keinerlei Abschreckungserfolg bewirken. Gerade die Verhaltensbiologie hat bewiesen, dass der Mensch ein Wesen ist, welches sein Verhalten an

dem seiner Mitmenschen ausrichtet und ein Gehirn als soziales Werkzeug besitzt. Alle Kulturen verfügen über Wertesysteme, nicht nur die abendländische Tradition! Entsprechend muss der Mensch ein Geschöpf sein, das sich an gewissen Verhaltensnormen orientieren kann. Andernfalls wäre eine Orientierung an den Mitmenschen kaum denkbar. Die Soziobiologie zeigt, dass das Individuum Kooperation anstrebt und nicht von Dispositionen zu aggressivem Verhalten gelenkt wird.

Damit ist belegt, dass ein hinreichender Freiraum zur Einübung von Rechtstreue gegeben ist, diese aber gerade die Möglichkeit zu freien Entscheidungen voraussetzt.

Folglich ist die Prämisse dieser Lehre, den freien Willen umgehen zu müssen oder dies mittels des Prinzips der Einübung von Rechtstreue zu erreichen, irrig.

III. Die Lehre vom „Andershandelnkönnen“ u. vom „unrechten Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit“

An dieser Stelle sollen die beiden Lehren vom „Andershandelnkönnen“ und vom „unrechten Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit“ gemeinsam betrachtet werden, da beide in letzter Konsequenz vom freien Willen des Individuums ausgehen und diesen normativ festsetzen, wenngleich *Roxin* eine solche Festsetzung erst dann vornimmt, wenn der Appellcharakter der Norm den Einzelnen erreicht.

Tatsächlich sind es diese beiden Lehren, welche die größte Übereinstimmung mit den Erkenntnissen aus den Naturwissenschaften bieten. Wenn etwa der BGH festlegt, der Mensch sei auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt,⁷⁴ so deckt sich dies mit den Erkenntnissen, dass der Mensch in einer solchen Art und Weise vorbestimmt ist, dass ihm gerade von Natur aus die Anpassung an eine vorgegebene Ordnung möglich ist. Eindrucksvoll belegt wird dies durch die Feststellung, dass alle Gemeinwesen und Formen menschlichen Daseins, gleich zu welcher Zeit, an welchem Ort und in welcher Entwicklungsstufe über ein kulturelles Wertesysteme verfügen und folglich allen Menschen die Fähigkeit für „Gewissensentscheidungen“ zugesprochen werden muss.

Problematisch bleibt aber an beiden Lehren, dass die Entscheidungsfreiheit des Menschen als normative Anforderung an den Täter gerichtet wird. Hier treten beide Lehren in einen offenen Konflikt zu den Ergebnissen des Hirnforschers *Libet*: Die Verhaltensbiologie mag zwar zeigen, dass wir Menschen uns als frei empfinden. Neurologisch-empirisch betrachtet ist dieses Empfinden aber eine Utopie, erst wenn die Bewegung schon eingeleitet ist, entsteht die Empfindung diese bewusst eingeleitet zu haben.

Insbesondere die Split-Brain-Versuche haben gezeigt, dass das Gefühl des freien Willens an das Gehirn geknüpft ist und sich somit ein Rückgriff auf die Metaphysik verbietet. Damit werden jene Theorien bestätigt, die eine bloße Festsetzung des freien Willens aufgrund der Notwendigkeit des geordneten Zusammenlebens von Menschen entschieden ablehnen und die Metaphysik zurückweisen.

Die oben gemachten Feststellungen zum freien Willen in den Naturwissenschaften gehen aber weiter: Hier geht es nicht mehr darum, dass aus der Metaphysik willkürlich eine Fest-

⁷³ So *Engisch* (Fn. 7), S. 65.

⁷⁴ BGHSt 2, 194, 200.

setzung gegenüber dem Einzelnen getroffen wird, dieser habe einen freien Willen. Vielmehr stellt sich die Situation aus der Verhaltensforschung und Evolutionsbiologie so dar, dass die Orientierung an einem Wertesystem und die prinzipielle Fähigkeit zwischen Alternativen zu wählen dem Menschen von Natur aus vorgegeben sind. Das Rechtssystem vollzieht also nur nach, was den Menschen ohnehin ausmacht: Willentlich Optionen wahrzunehmen, die in seinem Sozialleben günstig sind. Bei allen Beschränkungen durch Dispositionen und Umwelt, die in Hirnforschung, Kriminologie und Soziobiologie aufgezeigt werden, ist doch ebenso deutlich, dass der Mensch die Kooperation sucht, seine Freiheit durch Wissenserwerb und Erfahrungen ausbauen kann und emotional dahin gelenkt wird, Bestrafung aus dem Weg zu gehen.

Der Gesetzgeber gerät mit den Dispositionen folglich gar nicht erst in den Konflikt. Vielmehr ist es so, dass die von ihm gesetzten Rechtssätze und Rechtsfolgen den Menschen in dem Freiraum ansprechen, der ihm trotz der Bedingtheiten des freien Willens noch zur Verfügung steht.

Die Gehirnforschung und die anderen Gebiete zeigen gerade, dass der Einzelne in der Lage ist, die Erwartungen der Gesellschaft und des Gesetzgebers als Teil seines Erfahrungsprogramms zu internalisieren. Letztlich wird auch hier nur ein Orientierungskriterium für den Einzelnen durch das Gehirn vorgegeben, damit aber nicht gesagt, dass dieser den Vorgaben mechanisch zu folgen hat.

Die Theorien auf Grundlage des freien Willens können ggü. den Feststellungen im Zusammenhang mit den Split Brain Patienten und den Forschungen *Libets* also nur dann Bestand haben, wenn sie ihre Argumentationsgrundlage auf den Feststellungen der Naturwissenschaften aufbauen und von einer rein normativ metaphysischen Festsetzung absehen. Diese ist durch die Hirnforschung widerlegt. Allein eine Argumentation, die anerkennt, dass der Mensch von zahlreichen Dispositionen und umweltbedingten Bestimmungskräften gelenkt wird, ihm aber dennoch ein hinreichender, letztlich als welt-offenes Wesen großzügig zu denkender Freiraum zur Befolgung von Normen verbleibt und dies sogar der Natur des

Menschen entspricht, vermag sich auf eine sichere Basis zu begeben.

F. Fazit

Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass der Mensch ein Geschöpf ist, das zahlreichen Bedingtheiten ausgesetzt bleibt, die aus unserer Stammesgeschichte, der Evolution, Umwelt, Anlagen und der Konstitution unseres Gehirns resultieren. Sie wirken jedoch im Ganzen des Menschen nicht deterministisch, sondern als Grenzräume eines Freiraums, der bei keinem Lebewesen so groß ist wie bei uns. Die Rechtsordnung stellt an die Rechtsgenossen allerdings nur solche Anforderungen, die der menschlichen Aufnahmefähigkeit und dem menschlichen Können entsprechen. Der Stand der empirischen Wissenschaften zeigt jedenfalls so viel: Auch wenn man das Freiheitsproblem nicht ausklammert, gerät die Prämisse eines freien Willens im Strafrecht nicht in einen Konflikt mit der Empirie, solange von einer normativen Festsetzung abgesehen wird und man sich statt dessen auf den von den Naturwissenschaften aufgezeigten Freiraum für Entscheidungen einlässt.

Das Freiheitsproblem ist in diesem Bereich entschärft. Die Strafjustiz arbeitet dann nicht unter einem unlösbaren Dilemma, wenn es gelingt, aus der eigenen Dogmatik und Metaphysik auszubrechen und interdisziplinär zu arbeiten.

Die Furcht der Jurisprudenz, sich auf die Naturwissenschaften einzulassen, ist unbegründet. Es bedarf keiner Strafe allein aus generalpräventiven Bedürfnissen und der Einzelne muss auch nicht für einen ominösen Charakter einstehen. Jeder Einzelne hat einen umfassenden Freiraum für Entscheidungen, um sich zwischen Gut und Böse, zwischen Gesetz und Gesetzesbruch zu entscheiden. Dies ist die Natur des Menschen.

Dabei erheben die Naturwissenschaften schon lange nicht mehr den Anspruch, das spezifisch menschliche, das über die zoologischen Merkmale des Einzelnen hinausgeht, erfassen zu wollen. Vielmehr zeigt jede Einzeldisziplin einzelne Beschränkungen der menschlichen Freiheit auf, betont dabei aber zugleich, dass diese nicht umfassend sind: Der Mensch ist mehr als die Summe seiner Teile. ■

■ International

Professor Paul D. Carrington, Durham, North Carolina (USA)*

Mandatory Constitutions

Kann eine demokratische Staatsführung von außen erzwungen, und kann ein solcher Zwang gerechtfertigt werden? Der folgende Beitrag untersucht diese Frage anhand der Erfahrungen der USA auf den Philippinen und in Kuba, wo die Amerikaner mit teilweise missionarisch anmutendem Eifer eine Demokratie aufzubauen versuchten. Auch die Situation nach dem Zusammenbruch des Osmanischen Reiches – deren „Regelung“ möglicherweise die Weichenstellung für die heutige Lage im Nahen Osten bedeutete – wird beleuchtet.

A. Introduction

Under what circumstance, if any, is it appropriate to employ force to impose a democratic constitution on a nation whose people have not sought that form of government? Given the

* Professor of Law, Duke University. This essay is an abstract of parts of a longer work published as SPREADING AMERICA'S WORD: STORIES OF ITS LAWYER-MISSIONARIES 2005.

growing number of virtually ungoverned or grievously misgoverned regions in the world, the question is one of increasing immediacy. The United States is perhaps the only nation with relevant experience. This is a brief account of its efforts to impose constitutions on Cuba and the Philippines, and of the first consideration of its possible involvement in establishing constitutional government in the Middle East.

The difficulty that is both obvious and often ignored is the troubled relationship between politics and culture and the role of law in connecting the two. Wolf Lepenies has explained some of the misfortunes of German history as partially the result of Germans' inclination to disconnect culture from politics, and give too little attention to the latter.¹ Some of the misfortunes of American history might be explained as a counterexample of a people so obsessed with their revered political rhetoric that they neglect to perceive its relationship to the culture it expresses. The invasion of Iraq in 2003 appears to be a direct result of the flawed thinking of "neo-conservative" Americans who proclaim that all world shares an innate desire for the American form of government and all will welcome foreign intervention to achieve it.² Cited as one example supporting this premise is the experience of Germany since 1945.³

The neo-cons who control the present American government were by no means the first Americans to make the mistake of sanctifying their political notions. Generations of American school children have memorized the proclamations of Jefferson's Declaration of Independence. And its evangelical spirit has echoed in scores of presidential addresses over the ensuing centuries.⁴ A belief in the universality of American political ideas was restated in 2006 at the annual meeting of the American Bar Association by a Justice of the nation's Supreme Court.⁵ Seldom have any American leaders taken notice of the cultural origins of their political rhetoric, or the absence of similar cultural conditions among those to whom they sometimes address their transnational political advice.

America's first attempt to impose constitutional democracy at gunpoint came in 1812 when the United States attempted to liberate Canada by military force. It was defeated in that effort by a few Canadian soldiers and the Royal Navy.⁶ The most memorable rhetoric ever associated with such an American missionary venture was uttered in 1917 by President Wilson who announced a "war to end wars" by making the whole world "safe for democracy."⁷ To be sure, similar self-congratulating proclamations accompanied most colonial ventures of European empires; Spain, for example, sought to make the world safe for God.

There have been wiser heads counseling against such endeavors. John Milton, still celebrated for his poetry if not his politics, cautioned his fellow members of Parliament: that they ought not to invest in imperial ventures that would cause "England to forget her precedence of teaching nations how to live."⁸ Milton's words were repeated in 1899 by James Bradley Thayer, the most eminent American constitutional lawyer of his day, who urged America to teach the world by example rather than by force of arms.⁹ And in 1908 Professor Woodrow Wilson observed that Americans ought more clearly than anyone to recognize the cultural sources of their politics, given their national experiences in failed efforts to transform indigenous cultures in North America, or to reconstruct the

South after the Civil War, or to impose their politics on foreign lands, as they were then trying to do.¹⁰

But neither Milton nor Thayer were persuasive to their contemporaries. And President Wilson had by 1917 forgotten the wisdom he had himself expressed in 1908. Thayer's repetition of Milton's advice to British imperialists was uttered at the time of America's first great imperial venture, when it presumed to fill the shoes of the viceroys of Spain. That experience commenced in 1898 and foretold events in the Middle East in very recent times. It appears that the contemporary neo-cons had quite forgotten it.

B. Cuba

The war with Spain evoking Thayer's recollection of Milton's wisdom, was occasioned by a revolution raging on the island of Cuba for the last quarter of the 19th century. It was maintained on behalf of peasants and slaves, with much Jeffersonian rhetoric.¹¹ Some of its Cuban advocates escaped mayhem by residing in the United States. William Randolph Hearst's and other newspapers provided horrifying accounts of the many brutalities perpetrated in Spanish concentration camps on the impoverished revolutionaries and their kin. Among the responses, if Hearst's journalists can be believed, was that of 600 Sioux Indian braves who offered to gather every Spanish scalp on the island.¹² Feeling pressed by the anger of many Americans, President McKinley announced in December 1897 that American patience with Spain's governance of Cuba was "not infinite." In February, the press somehow acquired and published a letter written by the Spanish Ambassador to the United States to his superiors in Madrid commenting on McKinley's speech and describing the President as "weak and a bidder for the admiration of the crowd." This led to the resignation of the Ambassador and heightened pressure on McKinley.¹³ And on February 15, the battleship *Maine* exploded while on a peaceful visit to Havana. Many seamen died in the explosion. The Navy could not explain the cause, and it was rumored that it was the result of a deliberate act by Spain. A more likely possibility is that it was done by Cubans hoping to provoke intervention. Still more likely is that the explosion was caused by someone's negligence. The cause was never determined.

¹ THE SEDUCTION OF CULTURE IN GERMAN HISTORY (2006).

² Statement of the Project for the New American Century (1997) <http://www.newamericancentury.org/statementofprinciples.htm>.

³ E.g., James Dobbins, *Nation-Building: The Inescapable Responsibility of the World's Only Superpower*, 27 RAND REVIEW 17 (2003).

⁴ And see ROBERT KAGAN, OF PARADISE AND POWER: AMERICA AND EUROPE IN THE NEW WORLD ORDER (2004).

⁵ See http://www.abavideo.org/ABA374/audio_video.php.

⁶ DONALD R. HICKEY, THE WAR OF 1812: A FORGOTTEN CONFLICT (1989).

⁷ Address to the United States Senate, January 23, 1917, 40 WILSON PAPER 533 (Arthur S. Lonk 3ed 1985).

⁸ PETER LEVI, EDEN RENEWED: THE PUBLIC AND PRIVATE LIFE OF JOHN MILTON (1996).

⁹ *Our New Possessions*, 12 HARV. L. REV. 464.

¹⁰ CONSTITUTIONAL GOVERNMENT IN THE UNITED STATES 52-53 (1908).

¹¹ See SLAVES, SUGAR AND COLONIAL SOCIETY: TRAVEL ACCOUNTS OF CUBA 1801-1899 (Louis A. Perez Jr. ed., 1992).

¹² G. J. A. O'TOOLE, THE SPANISH WAR: AN AMERICAN EPIC - 1898 at 165 (1984).

¹³ ROBERT DALLEK, 1898: MCKINLEY'S DECISION, THE UNITED STATES DECLARES WAR ON SPAIN (1969).

But Congress demanded action. McKinley complied by serving an ultimatum on Spain demanding liberation of Cuba. When that was not forthcoming, war was declared by Congress.¹⁴ Its resolution recognizing a Republic of Cuba as “the true and lawful government of that island” was approved by a vote of 67 to 21. The “splendid little war” against Spain lasted only 118 days. It resulted in very few casualties. Cuba was occupied by the United States Army, the concentration camps were opened, and a government was established under the command of General Leonard Wood, a medical doctor.¹⁵ His administration rid Havana of yellow fever, built sewers, paved streets, and turned parks into gardens. It whipped people for defecating in the streets. By such means, it greatly relieved the squalor that the Spanish Empire had been powerless to reduce. By 1902, Havana may have been the healthiest city in the western hemisphere. The occupation government also erected over 3000 school buildings throughout the island, creating a challenge to the government of the forthcoming republic to find teachers to staff them.

But in 1901, to prod the establishment of a democratic republic, Senator Orville Platt attached a rider to the military appropriations bill directing the War Department to secure the agreement of the Republic of Cuba (when established) to the condition that the United States would have an obligation to intervene if and when democratic self-government on the island failed.¹⁶ The Platt Amendment was forced into the Cuban Constitution of 1902 and into the treaty between the United States and Cuba.

Thus, at the behest of the Senate, the new Cuban constitution contained a provision very similar to the provision of the Constitution of the United States guaranteeing all its member states a republican form of government. The guarantor in both constitutions was the United States. On its face, this was a serious affront to the right to self-government. On the other hand, in 1902 it was evident that a republic serving people who had so recently and for so long been deeply divided by class and by religion was inherently very unstable.

The Platt Amendment had the unwelcome effect on Cuban domestic politics specifically foreseen by its critics: it begot the disorder that it had been intended to prevent.¹⁷ A government of religious conservatives was elected in 1902 and re-elected in 1906. But the religious liberals questioned the vote count in the re-election. The result was violent disorder and the resignation of the government. Apparently the conservatives wanted the United States military to return to suppress the disorder, while the liberals wanted them to return to conduct an honest election. Both sides were thus seeking the return of the United States Marines. Only days before this outbreak of violence, Secretary of State Elihu Root concluded a tour of Latin America proclaiming that “[w]e wish for no victories but those of peace; for no territory except our own, for no sovereignty except the sovereignty over ourselves.”¹⁸ It was more than a little embarrassing when the Marines so soon returned to resolve the chaos in Cuba.

Cuba would be fully liberated a second time in 1908. And again in 1912, 1917, and 1920. The Platt Amendment to the Cuban constitution was at last abrogated in 1934.¹⁹ But that did little to assure constitutional democracy and legal rights on the island. Iron rule would soon be imposed by a fascist dictator, Fulgencio Batista, and a few decades later by a communist dictator, Fidel Castro. For the remainder of the

20th century, Cubans seeking democracy and individual rights would have to come to the United States to find them.

C. The Philippines

It was not clear to most Americans why the United States had liberated the Philippines in 1898. There had been no popular clamor in the United States about the brutalities of the Spanish Empire in that venue. There were rebels there, but American journalists had not discovered them. The United States Navy’s small Pacific fleet paid a visit to Manila Bay and sank the Spanish fleet it found anchored there.²⁰ German warships were present to observe their feat. A few Marines went ashore and found no resistors seeking to maintain the government of the Viceroy.

The gentle President McKinley acknowledged that he had been deeply troubled by the issues of imperialism and had prayed for wisdom in deciding what to do with the Philippines. His prayer, he told a religious group, had been answered by God, who advised him that America could not honorably return the Philippines to Spain, nor could it allow Germany to take them, and it was therefore a moral duty of the United States to govern and protect the islands and prepare the people for self-governance.²¹ Others supported this decision, but over the vigorous protest of many anti-imperialists.²²

The debate was soon suppressed by the deeds of Emilio Aguinaldo y Famy. Aguinaldo had been leading a Filipino revolution against Spain, and in 1899 redirected his militancy against the United States.²³ For seven years, a war raged, roughly on the scale of the better remembered Viet Nam venture. Thousands of American soldiers died, and hundreds of thousands of Filipinos. War crimes were commonplace on both sides. For example, an American officer ordered his men to kill every male over ten years old who could be found on the island of Samar. Fortunately, that command was not obeyed. The general was court-martialed and told not to do it again.²⁴

Because of the continuing insurrection, no election was held in the Philippines until 1907. President McKinley picked as the first American “viceroy” William Howard Taft, who would later become President. As Governor of the Philippines, Taft was chair of a seven-member governing commis-

¹⁴ 55th Cong. Ch. 189; 30 Stat. 364.

¹⁵ See WHITNEY T. PERKINS, *CONSTRAINT OF EMPIRE: THE UNITED STATES AND CARIBBEAN INTERVENTIONS 6-11* (1981).

¹⁶ EDWARD S. KAPLAN, *UNITED STATES IMPERIALISM IN LATIN AMERICA: BRYAN’S CHALLENGES AND CONTRIBUTIONS, 1900-1920* at 12 (1998).

¹⁷ PERKINS, note 15, at 12-15.

¹⁸ Janice Hepworth, *A Policy of “Practical Altruism”*, 3 J. OF INTER-AMERICAN STUDIES 413 (1961).

¹⁹ See LUIS E. AGUILAR, *CUBA 1933: PROLOGUE TO REVOLUTION* (1972).

²⁰ ROBERT CONROY, *THE BATTLE OF MANILA BAY: THE SPANISH AMERICAN WAR IN THE PHILIPPINES* (1968).

²¹ 2 CHARLES S. OLCOTT, *THE LIFE OF WILLIAM MCKINLEY* 109-111 (1916).

²² On the German threat, see O’Toole, *supra* note 12, at 191-192, 223, 364-366. An account of the criticism is ROBERT L. BEISNER, *TWELVE AGAINST EMPIRE: THE ANTI-IMPERIALISTS: 1898-1900* (1968).

²³ Accounts are: DAVID H. BAIN, *SITTING IN DARKNESS: AMERICANS IN THE PHILIPPINES* (1984); STUART C. MILLER, *BENEVOLENT ASSIMILATION: THE AMERICAN CONQUEST OF THE PHILIPPINES: 1899-1903* (1982).

²⁴ EDMUND MORRIS, *THEODORE REX* 98-101 (2001).

sion appointed by the President.²⁵ That commission remained in place for thirty years as the Executive branch of the territorial government. Secretary of State Root drafted its directive. His orders were to establish the rule of law and individual freedom. The Filipinos would be required to accept these principles “for the sake of their liberty and happiness.” Yet, the Commission

should bear in mind that the government they are establishing is designed not for our satisfaction, but for the happiness, peace, and prosperity of the people of the Philippine Islands, and the measures adopted should be made to conform to their customs, their habits, and even their prejudices.²⁶

In 1901, the Supreme Court of the Philippines was established to replace the *Audencia* previously established by the Spanish Empire. The *Audencia* of Manila had sometimes exercised authority as the executive and sometimes served as a legal advisor to the Viceroy, when there was one. The *Audencias* when sitting as courts had been subject to appellate review by a court sitting in Madrid, and so it was expected that the Supreme Court of the Philippines was likewise subjected to appellate review by the Supreme Court of the United States.

Privately, Taft described the ruling class *caciques*, “as ambitious as Satan and quite as unscrupulous,” and the peasant *taos* as “utterly unfit: for self-government.”²⁷ The *cacique* families were generally descendants of Spanish dons. They maintained feudal estates that were increasingly prosperous as a result of the sugar quota guaranteeing their owners profitable exports to the American market. As Taft observed, American efforts “to uplift the ignorant” got little sympathy from *caciques*. Many practiced extortion and embezzlement, habits that had been tolerated for centuries by viceroys from Madrid. Filipino judges shamelessly punished innocent rivals and exonerated their kinsmen and friends of obvious guilt, often falsely attributing their corrupt decisions to orders from American officers.²⁸

As in Cuba, differences of class were reinforced by racial and ethnic differences. The *caciques*, while descendants of *dons*, were generally *mestizo* of indigenous and Chinese origins. The *taos* whom they held in peonage were members of numerous ethnic groups who spoke in as many as eighty different languages or dialects sufficiently distinct to preclude communication among them. Also, religious differences were keenly felt. One American from long experience observed that

[N]on-Christian tribes have two things in common -- their unwillingness to accept the Christian faith and their hatred of the several Filipino peoples who profess it. Their animosity is readily understood when it is remembered that their ancestors and they themselves have suffered grievous wrongs at the hands of the Filipinos.²⁹

Indeed, the Moros, who were Muslims, spoke their own language and were matriarchal in their sexual mores, were deeply offended if described as Filipinos, a tribe whom they reviled. Ethnic groups on the large southern island of Mindanao felt no connection to those of Luzon, the large northern island. In 1906, there was a new civil war in the South waged by people having no connection to Aguinaldo, and requiring yet another dispatch of American military forces.³⁰

When former Professor Wilson was elected to the presidency in 1912, many Filipinos expected a transfer of sovereignty to themselves, for many Democratic legislators had professed to favor such a transfer. But he was advised against it. It was reported that the Filipino elite had “little community of interest and little sympathy” with the people, and that it would be necessary to broaden the political base before sovereignty could be relinquished to a government in democratic form. Wilson had himself earlier proclaimed that the Filipinos “are children and we are men in these deep matters of government and justice.”³¹

Wilson appointed Francis Burton Harrison as Governor General of the Philippines. Arriving in Manila in 1913, he was soon genuinely enamored of Filipinos. He brought word that America would surrender sovereignty and that “[e]very step we take will be taken with a view to the ultimate independence of the islands.” He promptly began to replace American administrators appointed by Taft with Filipinos; the number of Americans in the government was diminished from three thousand to six hundred. Indeed, Harrison proceeded at a pace somewhat frightening to those who shared concerns about Filipino readiness or who feared the aggressiveness of the Empire of Japan. Manuel Quezon, the leader of the nationalists expressed concern about the loss of the American administrators and their replacement by self-seeking natives whose notions of public service were based on their observations of the conduct of the corrupt Spanish viceroys. Congress nevertheless ratified President Wilson’s promise of future independence in 1916. Decades later, Harrison would return to advise the Filipino government, be named the first honorary citizen of the Republic of the Philippines, and be buried in Manila.

In 1915, Robert Lansing was designated Secretary of State. He proposed to transfer the Philippines to Japan, partly as a means of calming the Japanese appetite for expansion on the continent of Asia, and partly because he regarded continuing American involvement in the Philippines as a signal of imperial ambitions evoking mistrust on the part of other nations, especially Japan, a nation he regarded as a much more attractive market for American goods than the Philippines.³² And he regarded the democratization of Philippine society improbable at best.

Americans present in the Philippines were keenly interested in education. Their aim in establishing public education in the Islands was the same as that of the early advocates of public education in America: they believed that literacy and a measure of sophistication was a prerequisite to democratic citizenship. Quite reasonably, they perceived that educated Filipinos would be more likely to find their own way to democratic

²⁵ 1 HENRY F. PRINGLE, THE LIFE AND TIMES OF WILLIAM HOWARD TAFT 159-256 (1939).

²⁶ 1 PHILIP C. JESSUP, ELIHU ROOT 356 (1938).

²⁷ Quoted by STANLEY KARNOW, IN OUR IMAGE: AMERICA’S EMPIRE IN THE PHILIPPINES 231 (1989).

²⁸ KATHERINE MAYO, THE ISLES OF FEAR: THE TRUTH ABOUT THE PHILIPPINES 10-15 (1925).

²⁹ DEAN C. WORCESTER, THE PHILIPPINES PAST AND PRESENT 660-661 (1914).

³⁰ EDMUND MORRIS, THEODORE REX 457-459 (2001).

³¹ KARNOW, *supra* note 27, at 243.

³² BURTON F. BEERS, VAIN ENDEAVOR: ROBERT LANSING’S ATTEMPTS TO END THE AMERICAN-JAPANESE RIVALRY 109 (1962).

traditions. Thousands of American schoolteachers spent their careers in the Philippines. Necessarily, this effort had the secondary consequence of disseminating the English language throughout the archipelago.

In 1910, an American-style law school was established at the University of the Philippines. The founding dean was George Malcolm, a former Clerk to the Supreme Court of Michigan.³³ Other law schools were also established, and Malcolm's College of Law was admitted to membership in the Association of American Law Schools so that its faculty could be socialized to American law professors' presumably correct sense of their roles. Also among the American law teachers to serve in the Philippine government was Eugene Gilmore from the University of Wisconsin.³⁴ Gilmore spent a semester at the University of the Philippines in 1917. He was popular with the Filipino students and was successful in enlarging the curriculum and reorganizing the law library. This led in 1922 to his appointment as Vice-Governor General to oversee education, public health and sanitation, and quarantines. Under Gilmore's direction, the public school system of the Philippines was greatly expanded (both in geographical reach and enrollment figures) and the public health system much improved.

Other American lawyers served in the Filipino judiciary. During its early decades, a majority of the members of the highest court were Americans. The American members served to introduce the Filipinos to the Anglo-American doctrine of precedent and to the principle of judicial review of legislation. Published opinions of the highest court became customary, and judge-made law in the American tradition was superimposed on the Roman system brought to the Philippines by the Spanish. Also, much of the text of the Constitution of the United States bearing on individual rights was perpetuated in the Philippine Constitution.³⁵

These missionaries generally underestimated the difficulty of their mission. Some supposed that because Filipinos were predominantly Christian and had supported Aguinaldo as American colonists had supported George Washington, that their political impulses were not unlike those of Americans, and that a veneer of literacy enabling them to read and appreciate the Declaration of Independence, and a little legal training, could enable them to share a republic. This optimism overlooked the acute mistrust resulting from divisions of ethnicity and class that pervaded the Island populations. The tribal impulse was as great an impediment to self-government among Filipinos as among the native population on the continent of North America when migrations from Europe began. Conceivably, it was worse because it was reinforced by the topography of an archipelago, and by the policy of divisiveness pursued for three centuries by Spanish viceroys. The mutual trust on which stable institutions of self-government depend was absent among Filipinos and could not be provided externally, at least not without a much larger investment than the United States was willing or able to make.

Also overlooked by the optimists was the authoritarian aspect of religion in the Philippines, whether Catholic or Muslim, a characteristic reflecting and reinforcing cultural traits of domination still common throughout Asia that seem to be associated with the cultivation of rice as the staple food, an activity calling for a high degree of social and political organization.³⁶ Whatever the source of the hierarchical impulse,

when the Filipinos drafted a constitution in 1935, they created a very powerful executive empowered to suspend its provisions. Manuel Quezon, the first President of the Commonwealth, could say at his inauguration: "The good of the state, not the good of the individual, must prevail."³⁷ Those peasants enabled to read these words would have recognized them as a threat to the interests of the disenfranchised, as indeed they proved to be.

Finally, the land reform needed if the Philippines were to become a stable democracy was not achieved. In 1946, when the Republic was at last proclaimed, there were still millions of feudal peasants. The importance of land reform was not overlooked, and a brief effort in that direction was made.³⁸ It was, however, politically impossible because the American regime in the islands depended on the support of the *caciques*, and because such a relocation of economic power is anathema to many Americans. On that account of that failure, when the United States relinquished power, there was an active Communist movement among the peasants on Mindanao that had been raging there since 1930.³⁹

American-style democracy thus proved to be a fig leaf for the continuing control of an hegemonic elite. Its secondary result was the oppressive rule of Ferdinand Marcos established in the 1960s and enduring for two decades. American political evangelism had effected social change that was skin deep. American firms making markets in the Philippines were well served because Filipino *caciques* quickly learned to buy and use American goods. In the second half of the century, Filipinos would strive on their own to establish stable democratic law and America was often their model, but whether they were at the century's end closer to the goal of the evangelists is uncertain. It remains still a deeply divided society united in the sentiment that United States Marines are not welcome there. There was a moment of irony in 2003 when President Bush cited the Philippines as a model for what America can do for Iraq⁴⁰ and other nations lucky enough to be subjected to American rule sustained for forty years or so.

D. The Ottoman Empire, 1919

A difficult issue facing those assembled at Versailles was the disposition of the territories governed in 1914 and for the previous 461 years by the Ottoman Sultan. Seljuk Turks had gained control of Constantinople in 1453. It had been since 455 the seat of what remained of the Roman Empire – Byzant-

³³ Malcolm recorded his experience as an educator in *Changes in the College of Law*, 4 PHILIPPINE L. J. 13, 13-15 (1914).

³⁴ Paul D. Carrington & Erika King, *The Wisconsin Idea*, 48 J. LEG. ED. 297 (1997).

³⁵ JOSEPH RALSTON HAYDEN, *THE PHILIPPINES: A STUDY IN NATIONAL DEVELOPMENT* (1942).

³⁶ See FERNAND BRAUDEL, *THE STRUCTURES OF EVERYDAY LIFE: THE LIMITS OF THE POSSIBLE* (Siân Reynolds trans., 1981).

³⁷ KARNOW, *supra* note 26, at 255.

³⁸ TONY SMITH, *AMERICA'S MISSION: THE UNITED STATES AND THE WORLDWIDE STRUGGLE FOR DEMOCRACY IN THE TWENTIETH CENTURY* 55-57 (1994).

³⁹ It is apparently still raging. See Manila Standard Today, August 24, 2006, available at http://www.manilastandardtoday.com/?page=news04_aug24_2006.

⁴⁰ David E. Sanger, *Bush Cites Philippines as Model in Rebuilding Iraq*, NEW YORK TIMES, October 19, 2003, at 1.

tium, the progenitor of the tradition of Roman civil law.⁴¹ The Turks made it the capital of a Turkish empire that included the valleys of the Danube, Tigris and Nile Rivers and much of the shores of the Black and Mediterranean Seas, reaching to the gates of Venice and Vienna and to the Straits of Gibraltar, and into Spain. Thus, for almost 1500 years, the city was often the seat of the wealthiest and most powerful nation on earth. However, by 1914 the Sultan's dominion no longer extended across the Balkans or Africa, but was limited to the eastern shore of the Mediterranean, Mesopotamia and the Arabian Peninsula.⁴²

The Empire, with occasional exceptions, had long been a place of religious and ethnic tolerance for almost every variation on Christian and Moslem faiths, more tolerant indeed than European empires. In the 19th century, as their empire was driven out of Europe, much of the Muslim population of Europe retreated into the shrinking Ottoman territory and the Sultan began to posture as a religious leader to Islam. In 1893 the disintegration of the empire was marked by a genocidal war mounted by Moslem Turks against their Christian Greek and Armenian neighbors, an extermination that the Sultan could not or would not control.⁴³ There was, however, no persecution at that time of the one hundred thousand Jews residing among the Arab population of Palestine or of the Roman Catholic minority in Lebanon, for they were not regarded as a threat to the Empire as the Greeks and Armenians were.

The Empire's participation in the World War was an act of desperation by a very weak government, and by the time of the assembly at Versailles, the Sultan no longer governed outside his palace. Indeed, there was in 1919 a brutal struggle between Turks and the Greek population inhabiting the Mediterranean coast. With the encouragement of France and Great Britain, given over the vigorous protest of Winston Churchill, Greece in 1920 invaded Turkey and claimed the coastal provinces.⁴⁴ "Turkey is no more," Lloyd George exulted. In pursuit of that end, the Greek army reached the gates of Ankara in central Asia Minor, where, however, they were defeated by a makeshift Turkish army led by Mustapha Kemal. They and their fellow Greeks were driven back to the coastal islands, and a new, secular Republic of Turkey emerged to govern Asia Minor and its newly homogeneous population.

While the Ottoman Empire was thus disintegrating, there emerged a Zionist Movement aiming to establish a Jewish homeland in Palestine.⁴⁵ Zionism had first become a significant political force in the early years of the 20th century. In part, it was a response to the rise of nationalism as a pervasive spirit in most of the world outside the confines of European empires. But Zionism had roots in Biblical texts promising that the Son of God would return if the Jews did. More than a few English Protestants had envisioned such a return and lent support to the Zionist idea. The Movement gained strength among European and American Jews in the 1880s when the Czar sponsored pogroms against his Jewish subjects. A need appeared for a Jewish homeland as a sanctuary for those unwelcome in Eastern Europe where their ancestors had lived longer than history could record.⁴⁶

Zionism was, however, disapproved by many Jewish persons in Europe, America, and elsewhere, who favored greater assimilation into the societies in which they lived, and who feared that the creation of a homeland would magnify the

mistrust of those who saw them as members of a great worldwide Jewish conspiracy and disloyal to the communities in which they resided.

A refugee from Russia to England, Chaim Weizmann,⁴⁷ was the articulate champion of the Zionist idea in England. In 1916, the British wartime government, at the suggestion of Weizmann and his followers, published the Balfour Declaration, proclaiming that it "viewed with favor" the aspiration of Zionist Jews to establish a homeland in Palestine.⁴⁸ It was surely a factor encouraging this utterance that Britain was at the time at war with the Sultan whose territory it threatened, and with Germany and Austria, where there were millions of Jews loyal to their local monarchs whose sympathies might be deflected if they were caused to regard Britain as the champion of a Jewish homeland for the victims of the pogroms. It was also a factor that many of the English pacifists were Jewish, and the Declaration might elevate their enthusiasm for the questionable war being waged in the trenches in France.

In the course of the war, the British supported a successful revolt against the Turks by Arabs in the southern region of the Ottoman Empire. That revolt had been led by Prince Feisal with the help of the legendary British officer, Lawrence of Arabia. The British Army then in 1917 invaded the center of the Ottoman territory, marching north from Suez through Jerusalem to take Damascus in Syria. Thus, as the parties assembled at Versailles, Britain was in possession of the putative Jewish homeland, an area populated by Arabic-speaking groups long ruled by Turks.⁴⁹

By the time of the assembly at Versailles, the British were having second thoughts about their relation to Palestine. Both Sir Arthur Balfour, the Foreign Minister and author of the Declaration, and Field Marshall Sir Henry Wilson argued that the resources of the British Empire were already spread far too thin. In light of the loss of a generation of young men in the trenches, Britain would do well indeed to hold Egypt and India, and should attempt no more than that. Palestine had no military or economic value. Prime Minister Lloyd George therefore, although not himself in favor of the idea, tentatively asked if the United States might be willing to step in and take responsibility for bringing peace and order to the Holy Land.⁵⁰ Colonel Edward House, Wilson's unofficial advisor, mindful of the recent American experiences with Aguinaldo and Pancho Villa (a Mexican revolutionary who had successfully resisted President Wilson's effort to sup-

⁴¹ See JOHN JULIUS NORWICH, *BYZANTIUM: THE EARLY CENTURIES* (1989); MICHAEL ANGOLD, *THE BYZANTINE EMPIRE, 1024-1204: A POLITICAL HISTORY* (1984).

⁴² DAVID FROMKIN, *A PLACE TO END ALL PEACE: THE FALL OF THE OTTOMAN EMPIRE AND THE CREATION OF THE MIDDLE EAST* (1989).

⁴³ Id 431-434, 540-547.

⁴⁴ NICHOL POPE & HUGH POPE, *TURKEY UNVEILED: A HISTORY OF MODERN TURKEY* 36-69 (1997).

⁴⁵ DAVID VITAL, *THE ORIGINS OF ZIONISM* (1974); DAVID VITAL, *A PEOPLE APART: THE JEWS IN EUROPE 1789-1939* (1999).

⁴⁶ BEN HALPERN, *A CLASH OF HEROES: BRANDEIS, WEIZMANN AND AMERICAN ZIONISM* 40-41 (1987).

⁴⁷ JEHUDA REINHARZ, *CHAIM WEIZMANN: THE MAKING OF A STATESMAN* (1993).

⁴⁸ LEONARD STEIN, *THE BALFOUR DECLARATION* (1961).

⁴⁹ TOM SEGEV, *ONE PALESTINE COMPLETE: JEWS AND ARABS UNDER THE BRITISH MANDATE* (1999).

⁵⁰ Id 118-119.

press his forces), advised George that the United States was unsuited to imperial responsibilities such as he suggested.

Ambassador Henry Morgenthau,⁵¹ an observant Jew but an anti-Zionist,⁵² went to Versailles with an American plan for the Middle East. He was a native of Germany brought to New York by his parents. Morgenthau found himself heavily involved in the issue of Armenia. The attacks of the Sultan's Moslem subjects on the Armenians with whom they had lived in peace for half a millennium until 1894 erupted again in 1915.⁵³ Morgenthau was distressed beyond measure over the reports he received from American observers of the slaughter, over the indifference of the Sultan's government as much as by its inability to prevent it, and over the unwillingness of the German Ambassador to join him in bringing pressure to bear on the Sultan.

Embittered by his experience with the Ottoman government, but sharing the evangelical spirit of many American lawyers, Morgenthau went to Versailles with President Wilson to propose that the Ottoman Empire be converted into a federation of ethnically-centered but heterogeneous democratic states that would have included Arabia, Armenia, Kurdistan, Mesopotamia, Lebanon, Palestine, Syria, and Turkey. It would be the role of their federal government, not unlike that established in Philadelphia in 1787, to maintain order among these entities and conduct foreign affairs. His plan was warmly supported by Protestant religious groups desiring unfettered access to the Holy Land and by Armenians who had relocated and organized to defend themselves. His plan was opposed by Zionists for the reason that it disregarded their ambition to control a nation to be erected around Jerusalem, an ambition Morgenthau deemed imprudent.

Another American at Versailles was Howard Bliss, a founder of the American University in Beirut.⁵⁴ He came on his own ticket on behalf of those interested in Protestant missions in the Ottoman region. He urged that the people of the region be asked what solution they preferred. He was supported in this recommendation by Prince Feisal. President Wilson had himself at the outset protested against secret agreements made between Britain and France dividing the Ottoman territories to be conquered and, in light of his own former positions and declarations, he could hardly disagree with the proposal.

An effort was made to establish a commission including French and British members to conduct the factual inquiry. Neither Clemenceau nor Lloyd George could oppose the idea of such a survey although both thought the idea "childish."⁵⁵ They lent no support to the effort, and thought to divide the Arabian part of the Ottoman Empire between themselves (the relationship between them became so estranged over the issue of Syria that Clemenceau at one point challenged Lloyd George to a duel!).

When British and French cooperation was not forthcoming, President Wilson appointed two notable Americans to seek out the sentiments of those residing in the Ottoman territories.⁵⁶ Henry Churchill King was the President of Oberlin College, Charles Crane a valve manufacturer who had early "decided to make an art and science of traveling" and had made many trips to the Near East over a period of many years. Both had connections to Protestant missionary programs.

No decision was reached at Versailles regarding the disposition of Ottoman territory except that the matter should be placed on the agenda of the new League of Nations, who could be expected to designate allied powers to accept temporary "mandates" over specified areas. But in March 1920, at San Remo, while Wilson lay stricken, Britain and France agreed without awaiting the King-Crane Report to a division of the territory. They agreed that the monarchy of Feisal would be recognized as the independent government of the Arabian Peninsula not previously subjected to British "protection," and that France would receive the mandate to govern Lebanon and Syria, with Britain remaining in Mesopotamia (Iraq) and Palestine. These mandates would be continued until each region was ready for self-rule, however long that might take. It was also agreed that the terms of the Balfour Declaration would be incorporated into a peace treaty with the Sultan. This last was done in the Treaty of Sèvres signed in August 1920, but the Sultan was soon overthrown by a revolution, requiring that a new treaty be made in 1923 with his successors led by President Mustapha Kemal.

The King-Crane Report was nevertheless filed with the United States Department of State in July 1920. By that time, President Wilson was too disabled to read it. It was not published until 1922. Despite its lack of influence at the time, its observations are of interest. Based on conversations at many mosques and hundreds of petitions, King-Crane reported that most of the people of Mesopotamia (Iraq) perceived that they could not without help maintain a government of their own because they were too divided into hostile sects and tribes. They certainly did not welcome a return of the Turks, who manifested no ambition to return, but who were confident of their abilities to manage affairs in Asia Minor.

Also, there was nearly universal hostility among Arabs to the creation of a Jewish homeland in Palestine. Because of the Balfour Declaration, most Arabs wanted no part in the British Empire. The only persons in the Ottoman territories who welcomed British rule were many of the 100,000 Jewish people of Palestine who were attracted to Britain by the Balfour Declaration. The population of Mesopotamia, being remote from Palestine, cared less about the Balfour policy and thought British rule preferable to self-rule, or rule by Turkey or France.

Arabic-speaking people apparently did not admire the French. Feisal foretold that Syrians would prefer death to a French mandate because rule in the French Empire was deemed oppressive, not least because imperial subjects were required to learn French. The only groups who favored French rule were a few Catholics found mostly in Lebanon.

Astonishingly, it was reported that most persons living in Arabia, Armenia, Lebanon, Palestine, and Syria preferred to

⁵¹ HENRY MORGENTHAU, *AMBASSADOR MORGENTHAU'S STORY* (1926).

⁵² BARBARA TUCHMAN, *BIBLE AND SWORD: ENGLAND AND PALESTINE FROM THE BRONZE AGE TO BALFOUR* 216-217 (1956); HALPERN, *op.cit.* n. 46 at 192-183.

⁵³ FREDERICK DAVIS GREEN, *ARMENIAN MASSACRES OR THE SWORD OF MOHAMMED* (1896); G. S. GRABER, *CARAVANS TO OBLIVION: THE ARMENIAN GENOCIDE, 1915* (1996).

⁵⁴ SEGEV, n. 49, at 120-121.

⁵⁵ FROMKIN, n. 42, at 396-397.

⁵⁶ HARRY N. HOWARD, *THE KING-CRANE COMMISSION: AN AMERICAN INQUIRY INTO THE MIDDLE EAST* (1963).

be in the custody of the United States, so that America could do for them what it had allegedly done or was doing for the Philippines. They may also have sensed that a nation committed to Jeffersonian principles of self-government would find it difficult to impose massive immigration on a subordinate people who did not welcome it, as the Balfour Declaration committed the British to doing. King-Crane agreed:

To subject [the Arab people] to unlimited Jewish immigration, and to steady financial and social pressure to surrender their land would be a gross violation of the principle of "free acceptance" [set forth by President Wilson in his Fourteen Points] and of the peoples' rights, though it kept within the forms of the law.⁵⁷

This was a categorical rejection of the Zionist premise that the Holy Land belonged not to the millions of Arabs who lived there but to the millions of Jews who revered it. It was also an expression of Jeffersonian principles. Although the Commissioners claimed to have commenced their work in favor of the Zionist idea, they reported that the facts on the ground were preclusive, for neither Christians nor Moslems trusted the Jews as impartial guardians of holy places. A zone near the holy sites might wisely be reserved for Jewish residents, but primary reliance should be placed on absolute freedom of religion to be practiced throughout the region.

The Report concluded that at least Syria, Palestine, and Lebanon, in keeping with the wishes of their citizens should not be separated but should be governed, as Ambassador Morgenthau proposed, as a single federation with a monarch and a parliament, preferably under the mandate of the United States, but if that was not available, then of Britain. The fed-

eration would guarantee freedom of religion and a republican form of government in each of its member states. Anticipating American resistance to the burden of such an imperial responsibility, the Report further concluded that American optimism was needed to destroy the "cynicism and disillusionment" rampant in the region. The United States itself might be saved from "a disastrous reaction" against its "generally high aims in the war" if it would involve itself in Near Eastern affairs. While the costs might indeed be heavy:

America might well spend millions to insure relations of peace and good will among nations, rather than the billions required for another war, sure to come if the present cynical selfishness and lack of good will are not checked.⁵⁸

The American people, after tasting the brutality of war from 1898 to 1906 and 1917 to 1918 and experiencing the disappointment of the unpromising peace crafted at Versailles, were in no mood to consider the possibility. Nor so far as appears was the British Empire then in possession of the territory.

I leave it to the reader to consider whether perhaps King-Crane was right and their critics wrong. Or to suggest with benefit of hindsight what other steps should have been taken in 1920 with the remnants of the Ottoman Empire. ■

⁵⁷ Id. 235.

⁵⁸ Id. 238.

■ Streitgespräch

Peter Lichtenberg, Professor Dr. Thomas Rönnau

Absprachen im Strafverfahren

– Ein Streitgespräch –

Die Redaktion des Bucerius Law Journal moderierte am 8. Januar 2007 ein Streitgespräch zwischen Peter Lichtenberg und Professor Dr. Thomas Rönnau über den „Deal“ im Strafverfahren. Herr Lichtenberg ist Oberstaatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Düsseldorf. Er war einer der beiden Vertreter der Anklage in der „Neuaufgabe“ des Mannesmann-Verfahrens, das im November 2006 mit einer Verfahrenseinstellung nach § 153a I, II StPO endete. Professor Dr. Rönnau ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Strafprozessrecht an der Bucerius Law School und wurde 1990 mit einer Arbeit zum Thema „Die Absprache im Strafprozess“ promoviert.

Bucerius Law Journal: Herr Lichtenberg, wie oft kommt es in der Praxis zu Absprachen und aus welchen Gründen?

Lichtenberg: Vorweg folgendes: Die Absprache ist für mich der klassische – in der StPO nicht geregelte – Fall: Geständ-

nis gegen Zusage einer Strafobergrenze. In der Praxis sind derartige Absprachen wichtiger Bestandteil der Strafverfolgungspraxis geworden, aber ganz klar nicht der Regelfall. Ich habe hier im Haus in den letzten Tagen eine nicht repräsentative Umfrage im Kollegenkreis durchgeführt, mit dem Ergebnis, dass wir vielleicht in 10 % aller angeklagten Fälle zu einer solchen echten Absprache kommen. Schwerpunkte liegen im Bereich der Betäubungsmittel- und Wirtschaftsdelikte, wo von einem höheren Anteil auszugehen ist. Der Regelfall ist die Absprache aber nicht, anders als es manchmal in der öffentlichen Diskussion scheint.

BLJ: Können Sie eine Entwicklung absehen? Nehmen die Absprachen in Häufigkeit zu oder eher ab?

Lichtenberg: Das ist schwer zu sagen. Vielleicht ist eine minimale Zunahme zu beobachten, aber wenn ich die letzten 10 bis 15 Jahre zurückblicke, kann ich hier in der Wirtschaftsab-

teilung oder im Kollegenkreis keine signifikanten Unterschiede feststellen.

BLJ: Herr Rönnau, möchten Sie Ihre Meinung zur Absprachenpraxis kurz darstellen?

Rönnau: Wie Herr Lichtenberg andeutete, Absprachen treten in der Praxis in unterschiedlichen Formen auf. Herr Lichtenberg, Sie kennen ja auch die Zahlen aus den empirischen Untersuchungen von Prof. Schönemann [in seinem Gutachten zu Absprachen im Strafverfahren für den 58. Deutschen Juristentag 1990, Anm. d. Red.]. Die Häufigkeit von Absprachen variiert je nach Deliktsgruppe und Region. Es gibt Bereiche, in denen sehr viel abgesprochen wird – Herr Schönemann präsentiert Zahlen von bis zu 80% in Wirtschaftsstrafsachen an bestimmten Orten. An anderer Stelle wird von diesem informellen Verfahren weniger stark Gebrauch gemacht. Das muss man natürlich in Rechnung stellen. Zudem stellt sich immer auch die Frage, welche Deliktsgruppen kommen überhaupt in Betracht? Als ich 1989/90 meine Promotion zum Thema schrieb, da gab es jedenfalls noch Tabubereiche wie die Raubdelikte und andere Verbrechen. Aber wenn ich das richtig sehe, ist mittlerweile auch diese Hürde gefallen. Das heißt, man dealt mittlerweile bis in den Verbrechensbereich hinein, was ja, gerade wenn es um Delikte wie Mord und Totschlag geht, doch eine gewisse Brisanz mit sich bringt.

Lichtenberg: Das ist sicher richtig. Ich kann bestätigen, dass gerade im Bereich der Wirtschaftsdelikte einer der Schwerpunkte liegt. Im Bereich der Betäubungsmittelverfahren, die sich oftmals auch durch eine sehr klare Beweislage auszeichnen, kommt es ebenfalls häufiger zu Absprachen. Im Bereich der Kapitaldelikte, wo es um lebenslange Strafen oder sonst besonders schwerwiegende Taten geht, haben wir bei der Staatsanwaltschaft Düsseldorf die Absprachenpraxis bisher nicht. Dafür sind diese Verfahren auch vom Vorwurf her viel zu brisant. Aber es mag sicher sein, dass es da regionale Unterschiede gibt.

BLJ: Professor Rönnau, worin liegt Ihrer Meinung nach das Kernproblem der Urteilsabsprache?

Rönnau: Es gibt eine Reihe von Problemfacetten. Man könnte im Grunde die gesamten Prozessmaximen durchmustern und Friktionen aufdecken. Ein Kernproblem sehe ich darin, dass man mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz Probleme bekommt. Man muss sich natürlich auch ganz grundsätzlich überlegen, was wir mit unserem Strafprozess machen. Wir haben bisher ein mehr oder weniger ausbalanciertes System. Die Frage ist, was bewirken wir, wenn wir jetzt in einem Kernbereich einfach die Absprache parallel zum klassischen Strafprozess installieren? Geht das überhaupt oder funktioniert eine Reform nicht nur als Gesamtreform? Das muss sorgfältig erwogen werden – und da bin ich auf die Ergebnisse gespannt.

Ein weiterer Punkt ist, wie wir mit fehlgeschlagenen Deals umgehen. Und wie ist das mit der Absprache zu Lasten Dritter? Das gibt große Probleme, an denen dann immer Folgeprobleme hängen – Stichwort „Wettlauf der Geständnisse“. Was ist eigentlich ein Geständnis wert? Und wann wagt man sich als Beschuldigter aus der Deckung – Stichwort „Point of no return“? Diese Überlegungen spielten, bevor wir über die

Absprache diskutierten, im Strafprozess kaum eine Rolle. Wir hatten den Amtsermittlungsgrundsatz und suchten im Grunde nach der Menschen möglichen, verzerrten Wahrheit als Entscheidungsgrundlage. Neben den möglichen Friktionen mit Prozessmaximen gibt es weitere Probleme, etwa die Befangenheit der beteiligten Richter. Insgesamt hat man mittlerweile auf einige problematische Aspekte reagiert, auch der BGH in seinen einschlägigen Entscheidungen. Aber ob alle Probleme ausgeräumt sind? Ich habe da meine Zweifel.

Lichtenberg: Sie sprachen eben den Amtsermittlungsgrundsatz, den Gleichheitsgrundsatz etc. an. Diese sehe ich aus meinen praktischen Erfahrungen heraus nicht als gefährdet an. Wir erleben gerade in Wirtschaftsstrafsachen die Absprache nicht in den Fällen einer schwierigen Beweissituation, sondern oftmals dann, wenn die Beweislage eindeutig ist. Ein klassisches Beispiel, das hier immer wieder vorkommt, sind die typischen Kapitalanlagebetrugsfirmen, die in Düsseldorf leider sehr häufig vorzufinden sind. Wir kommen mit den Ermittlungen schnell auf den Punkt. Von der Verteidigung kommt dann ebenso schnell die Einsicht, dass man da nichts wegverteidigen kann. In diesen klassischen, eindeutigen Beweissituationen finden wir immer wieder zu einer Absprache. Und da genügen wir auch dem Amtsermittlungsgrundsatz, der ohnehin nicht so strikt durchgehalten wird. Wir haben ja auch noch andere Vorschriften, wie zum Beispiel die §§ 154, 154a StPO, die uns die Möglichkeiten eröffnen, den Verfahrensstoff zu beschränken. Wir sind zudem nach den Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren gehalten, die oftmals sehr breit angelegten Verfahren handhabbar zu machen. Dabei hilft uns natürlich auch die Absprache. Zum Stichwort Prozessökonomie, die häufig bei der Diskussion um die Absprache in den Vordergrund gestellt wird: Diese liegt nicht nur in der Schonung der Ressourcen der Justiz, sondern es ist auch prozessökonomisch, wenn beschleunigt Rechtssicherheit und Rechtsfrieden hergestellt werden kann, wenn ich Geschädigte schonen kann oder wenn ich vermeiden kann, dass eine Vielzahl von Geschädigten vor Gericht als Zeugen auftreten müssen. Und aus meiner Sicht hat auch der Angeklagte, gerade der geständnisbereite, ein verständliches Interesse daran, schnell Klarheit zu bekommen, welche Strafe er zu erwarten hat.

Absprachen auch bei eindeutiger Beweislage?

BLJ: Herr Lichtenberg, Sie sagten gerade, dass häufig auch bei eindeutiger Beweissituation eine Absprache getroffen wird – warum wird in diesen Fällen nicht verurteilt? Das leuchtet auf Anhieb mehr ein.

Lichtenberg: Wir verurteilen ja, reduzieren aber den hierfür nötigen Aufwand. Warum sollte ein geständnisbereiter Angeklagter, der sich aufgrund der Eindeutigkeit der Beweissituation und der Ermittlungsergebnisse sagt, „Jawohl, ich stehe zu meiner Tat“, nicht Klarheit erhalten? Was vergibt man sich unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, wenn man eine bestimmte Strafobergrenze im Austausch gegen ein Geständnis zusagt – zumal sich die Strafobergrenze im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten halten muss. Gerade in diesen Fällen kommt man dann sehr schnell zu einem für alle Seiten vernünftigen Ergebnis.

Rönnau: Wenn das so läuft, wie Sie das schildern, bin ich sofort ein glühender Anhänger des Deals. Das steht fest. Auch ein angemessener Gebrauch von der Möglichkeit, die Sie eben angesprochen haben, gem. §§ 154, 154a StPO den Prozessstoff zu beschränken, ist absolut *lege artis*. Diese Abschiebung geht natürlich auch völlig ohne Absprachen. Das sind aus meiner Sicht aber gar nicht die problematischen Fälle. Nach dem, was mir zugetragen wird, und was ich manchmal erlebe, ist es doch zumeist so, dass eher die schwierigen Probleme weggedeutet werden, im Tatsächlichen wie auch hinsichtlich der Rechtsfragen, um eben die von allen angestrebte Prozessverkürzung hinzubekommen. Mir wurde ein Fall berichtet, in dem der Richter, bevor er überhaupt in die Akte geschaut hatte, erst einmal den Telefonhörer aufgenommen und den Verteidiger gefragt hatte, wie es denn mit einem Deal aussieht. Das mag sicherlich ein Extrembeispiel sein, aber wir sind jetzt an einem Punkt, an dem es ganz schwierig wird. Die Strafprozessordnung stellt für die Entscheidungsfindung einen rechtlichen Rahmen bereit, in dem den Beschuldigtenrechten ein besonderer Stellenwert zukommt. Wenn man nun die schützenden Formen der StPO verlässt und sich auf den Basar begibt, wo eben diese Formen nicht oder nur begrenzt beachtet werden, dann ergibt sich genau jenes Problem: Wie stark ist eigentlich der einzelne Beteiligte in seiner Position? Und nach dem, was ich aus den Wirtschaftsstrafverfahren kenne, ist es so: Je stärker man Störfeuer abschießen kann, je mehr Sand man ins Getriebe streuen kann, umso besser ist es, um die Gegenseite dealbereit zu machen. Oder liege ich da völlig falsch?

Lichtenberg: Teils, teils. Beide Fallgestaltungen sind in der Praxis anzutreffen. In den „glasklaren Fällen“, in denen der Tatnachweis eindeutig erbracht ist, kommt man sehr schnell zu unproblematischen Absprachen. Hier weiß der gute Verteidiger eben, in Düsseldorf „kostet“ Kapitalanlagebetrug mit einem Millionenschaden viereinhalb bis fünf Jahre. Und zu einem solchen Ergebnis gelangt man dann auch im Wege der Absprache. Es ist aber auch richtig, dass in schwierig gelagerten Fällen Absprachen stattfinden, um langwierige Verfahren einfacher zu gestalten. Die Stärke der Position des Angeklagten ergibt sich unabhängig von der Frage der Absprache natürlich immer aus einer möglicherweise schwierigen Beweislage. Aber dann ist es aus meiner Sicht auch sein gutes Recht, damit zu agieren. Entweder, indem er eine für sich vernünftige Absprache oder ein ihm zumindest teilweise genehmes Ergebnis zu erzielen versucht oder durch die Möglichkeit, den Prozess in die Länge zu ziehen und im Extremfall am Ende sogar einen Freispruch zu erreichen. Hier ist es natürlich Aufgabe der Justiz, des Gerichts und der Staatsanwaltschaft, gewisse Mindeststandards zu wahren. Wir machen nicht um des schnellen Verfahrens willen einfach kurzen Prozess. Absprachebereitschaft kann und darf nur bis zu einem bestimmten Punkt bestehen, aber dann ist auch Schluss, da mag die Position des Angeklagten sein wie sie ist. Wenn wir den Beweis nicht erbringen können, dann gehen wir auch den Weg des Freispruchs, wenn es sein muss. Den wollen wir ja dem Angeklagten auch nicht abschneiden.

Rönnau: Das ist klar, aber in dem Moment, in dem – um es einmal pointiert zu formulieren – Marktgesetze gelten, haben wir plötzlich einen ganz anderen Strafprozess. Das müssen Sie doch zugeben, oder? Wenn ich die schützende Form des

Strafprozesses abstreife und Marktgesetze gelten, also jeweils auszutarieren ist, was die Gegenleistung des Angeklagten wert ist, dann sind wir schon ein Stück weit weg von dem, was zentrales Ziel des Strafprozessrechts ist. Konkret: Auf einer mehr oder weniger gut ausermittelten Sachverhaltsgrundlage den Urteilspruch zu fällen.

Lichtenberg: Es gibt insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht Sachverhalte, die sich in Grauzonen abspielen, wo wir mit unseren prozessualen Möglichkeiten zur Wahrheitsfindung nur begrenzt in der Lage sind, die „wirkliche Wahrheit“ zu ermitteln. Da ist es natürlich schwer, eine Entscheidung zu fällen. Von daher ist auch in derartigen Fällen die Möglichkeit, durch eine Absprache Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu schaffen, aus meiner Sicht positiv zu bewerten. So manches Urteil, was sonst erginge, würde uns im Ergebnis auch nicht befriedigen.

Rönnau: Es gibt auch hier wieder unterschiedliche Typen von Beschuldigten. Es gibt den, der Schuld auf sich geladen hat, für den ist der Deal häufig sehr interessant. Was ist aber mit demjenigen, der unschuldig ist und unter Druck gerät? Das Phänomen der Sanktionsschere spielt auch eine Rolle: In einem Fall – ich glaube er spielte sogar in Düsseldorf – wurde vom Landgericht zunächst eine Freiheitsstrafe von viereinhalb Jahren wegen Körperverletzung mit Todesfolge verhängt, weil der Richter in der ersten Instanz, nachdem der Angeklagte nicht absprachebereit war und auf Freispruch plädierte, eben eine ganz exorbitant hohe Strafe verhängte. Nach dem Ausschöpfen der Rechtsmittel wurde nach Zurückverweisung vor einer anderen Kammer des Landgerichts verhandelt, und letztendlich kamen sechs Monate auf Bewährung heraus. Die Freiheitsoption enthält häufig auf der Kehrseite Zwang. Und wie behandelt man Geständnisse, die in der Untersuchungshaft abgegeben werden? Das sind vor dem Hintergrund des § 136a StPO ganz besonders heikle Situationen.

Lichtenberg: Bei aller Absprachebereitschaft entbindet uns nichts davon, uns von der Glaubhaftigkeit eines Geständnisses ausreichend zu überzeugen. Die Wahrheitsfindung darf natürlich auch bei einer Absprache nicht vernachlässigt werden. Ein Mindeststandard muss gewahrt werden, und das Gericht muss sich unabhängig von einem Geständnis auch seine eigene Überzeugung schaffen. Sicher entfaltet die Untersuchungshaft auf einen Beschuldigten einen gewissen Druck. Aber auch hier zeigt die Praxis, dass Geständnisse, die in der Untersuchungshaft erfolgten – auch wenn später eine Haftverschonung etc. erfolgte – immer tragfähig waren. Die Absprache setzt meiner Meinung nach grundsätzlich immer eine anwaltliche Vertretung voraus. Man kann eine Absprache nicht mit dem Angeklagten persönlich treffen. Das habe ich auch in der Praxis noch nicht erlebt. Es muss jemand dabei sein, der den Angeklagten auch sachgerecht verteidigt.

Einstellung nach §§ 153, 153a StPO als Alternative?

BLJ: Wie sieht es denn mit einer Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153a StPO aus? Warum kommt es manchmal zu solchen Verfahrenseinstellungen und warum in anderen Fällen zu einer Urteilsabsprache? Besteht hier ein struktureller Unterschied?

Lichtenberg: Aus meiner Sicht gibt es strukturelle Unterschiede, weil die Absprache gesetzlich nicht geregelt ist, die Fälle der §§ 153, 153a StPO und der anderen Einstellungsmöglichkeiten dagegen schon. Hier wenden wir feststehende gesetzliche Regeln auf den Einzelfall an. Wenn die Voraussetzungen vorliegen, kann man von diesen Möglichkeiten Gebrauch machen.

Rönnau: Wenn wir über den § 153a StPO sprechen, sind wir an einem ganz interessanten Punkt. Der § 153a StPO ist ja 1993 noch einmal erweitert worden, in einer Art und Weise, wie er jedenfalls in der Literatur zum Teil heftig kritisiert wird. Denn er enthält eine Reihe von normativen Begriffen, die in der Auslegung große Schwierigkeiten bereiten. „Wenn die Schwere der Schuld nicht entgegensteht“, was heißt das eigentlich? Und nach dem, was wir in Strafprozessen der jüngeren Zeit erlebt haben – und dazu werden wir ja gleich kommen – geht man ja dann auch bis an die Grenze dessen, was der § 153a StPO zulässt, oder vielleicht sogar darüber hinaus. Denn er war ja ursprünglich gedacht für den Bereich der kleineren Kriminalität.

Später hat man den Anwendungsbereich der Norm weiter ausgedehnt – spätestens seit diesem Zeitpunkt diskutiert man die Vorschrift unter dem Topos „Freihandelsparagraph“. Der Gesetzgeber hatte sich vor dem Hintergrund eines Prozessökonomieansatzes zur Änderung durchgerungen. Dass man das als Rechtsanwender mehr oder weniger zähneknirschend mitmacht, das verstehe ich. Trotzdem würde ich als Wissenschaftler grundsätzlich ansetzen wollen und eine Norm kritisieren, die diese Spielräume ermöglicht. Und im Anwendungsbereich des § 153a StPO weiß ich offen gestanden nicht, wie man die Gleichbehandlung der Beschuldigten sicherstellt, denn wir haben sehr unterschiedliche „Einstellungstarife“.

Wir werden dann möglicherweise mit dem verbreiteten Vorwurf konfrontiert: „Die Kleinen hängt man, die Großen lässt man laufen“. Wie begegnet man einem solchen Eindruck? Natürlich durch eine gute Begründung. Aber von vielen Fällen, ja von fast allen der mehr als 120.000 Fällen, die jährlich gem. § 153a StPO eingestellt werden, erfährt die Bevölkerung überhaupt nichts. Das war nun bei der Einstellung in Sachen Mannesmann und bei Herrn Kohl anders. Bei Opportunitätseinstellungen nach § 153a StPO wie auch bei Urteilsabsprachen haben wir es zudem mit einem interessanten Phänomen zu tun, das Schönemann den „Super-Schulterschluss der Prozessprofis“ nennt. Dieser kommt zustande, weil häufig alle etwas vom Deal, nämlich eine Entlastung, haben. Genau an der Stelle fragt man sich dann – auch wenn Sie das als theoretisch empfinden mögen – wo sind eigentlich die Interessen derjenigen, die nicht mit am Tisch sitzen? Und was ist mit der Wahrheitspflicht etc.? Gehen diese Aspekte jetzt völlig unter?

Ein letzter Punkt in diesem Kontext. Es ist wenig bekannt, dass etwa in den USA über 96% der Fälle ausgedeutet werden – unter zum Teil höchst fragwürdigen Konditionen. Da gibt es im Ausnahmefall z.B. das krasse Phänomen des „package deals“: Ein Pflichtverteidiger, der in der Woche fünf Beschuldigte zu verteidigen hat, trifft mit dem Staatsanwalt folgende Absprache: „Bei dem Beschuldigten, über den wir am Montag verhandeln, reduzieren wir die Strafe um ein paar

Jahre, die der Strafe desjenigen, über den wir am Freitag verhandeln, draufgeschlagen werden.“

Lichtenberg: Das ist in Deutschland unvorstellbar.

Rönnau: In der Tat. Vor solchen Szenarien sollten wir doch eher zurückschrecken. Mir stellt sich im Zusammenhang mit den Absprachen aber generell die Frage: Kann man eine Lawine, wenn sie denn erst einmal rollt, überhaupt noch stoppen? Sind die derzeit zur Regelung der Absprachen diskutierten Gesetzesentwürfe nicht nur Zwischenschritte, müssen wir nicht doch in naher Zukunft einmal den gesamten Strafprozess reformieren und ganz anders ansetzen, weg vom Amtsermittlungsgrundsatz, hin zur Verhandlungsmaxime, die den englischen und amerikanischen Strafprozess prägt? Da bin ich gespannt, was hier die Zukunft bringt.

Lichtenberg: Das ist sicher eine interessante Frage. Ich denke, Vorschriften wie §§ 153, 153a StPO brauchen wir einfach. Natürlich liegt der Schwerpunkt der Anwendung genau in dem Bereich, den der Gesetzgeber ursprünglich angedacht hatte, also bei der Bagatellkriminalität und in den vielen Fällen kleinerer und mittlerer Kriminalität. Es hat im Lauf der Jahrzehnte ein gewisser Wandel stattgefunden. Was vielleicht noch vor zwanzig oder dreißig Jahren als strafwürdig angesehen worden ist, wird heute nicht mehr so gesehen, etwa Laddiebstahl oder Beförderungerschleichung. Da brauchen wir einfach solche Vorschriften, um auch unter Opportunitätsgesichtspunkten entscheiden zu können.

Die Einstellung im Mannesmann-Verfahren

BLJ: Vielleicht nehmen wir das gleich als Überleitung. Sie haben gerade gesagt, dass Sie den §§ 153, 153a StPO insbesondere als Instrument sehen, um die kleineren Fälle zu bewältigen. Wie ist es dazu gekommen, dass ein so großes Verfahren wie der Mannesmann-Fall nach § 153a StPO eingestellt wurde?

Lichtenberg: Man muss zunächst auf einige Besonderheiten des Falls eingehen. Das Medieninteresse war extrem hoch, die Prominenz der Angeklagten hat zu einem besonderen Interesse der Öffentlichkeit geführt. Aus meinen Erfahrungen als Pressesprecher der Wirtschaftsabteilung führt dies immer wieder zu einer verzerrten Wahrnehmung in der Öffentlichkeit. Solche komplexen Wirtschaftsfälle muss die Presse in einer gewissen Weise reduzieren und vereinfacht darstellen. Damit bleiben für die Öffentlichkeit oftmals viele verfahrensrelevante Fakten im Dunkeln. Letztlich haben nur Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung den kompletten Einblick in die 10.000-Blatt-Akte. Wir erleben die Angeklagten in der Hauptverhandlung, wir erleben die ganze Prozesssituation. Auf dieser Basis sind wir zu dem Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzungen des § 153a StPO hier im konkreten Fall vorlagen. Es ist überhaupt keine Frage, dass wir uns in solchen Verfahren in Grenzbereichen dieser Vorschrift bewegen. Aber es war eben mehr zu berücksichtigen, als die immer wieder durch die Presse gehenden 57 Millionen Euro. Allein aus einer solchen Summe lässt sich weder ein öffentliches Interesse noch eine besondere Schwere der Schuld herleiten. Man muss schlicht und einfach eine Gesamtabwägung vornehmen.

BLJ: Professor Rönnau, wie stehen Sie zur Verfahrenseinstellung im Mannesmann-Fall?

Rönnau: Es verwundert nach meinen bisherigen Aussagen zum Thema „Mannesmann“ nicht, dass ich hier eine etwas andere Meinung habe. Es war für die Verteidigung ein schöner Erfolg, das muss man sagen. Wenn ich Verteidiger gewesen wäre, dann hätte ich ebenfalls versucht, eine Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO herbeizuführen. Was ich als unbeteiligter, aber strafrechtlich interessierter Prozessbeobachter nicht ganz verstanden habe, war, dass die Staatsanwaltschaft die Steilvorlage des Bundesgerichtshofs, jedenfalls im Hinblick auf die Gewährung der Funk-Prämie, nicht verwandelt hat. Immerhin hat das Gericht in dieser Konstellation den objektiven Tatbestand bejaht, im subjektiven Tatbestand zwar Spielraum gelassen, aber auch hier wiederum deutlich gesagt, was es dazu denkt. Im Hintergrund stand immerhin der hinreichende Tatverdacht hinsichtlich einer Untreue im besonders schweren Fall – Mindeststrafe sechs Monate. Die Rechtsfragen waren im Grunde geklärt. Das ist doch toll für den Staatsanwalt. Man hätte nur ein ganz klein wenig weiter rudern müssen und schon hätte man vielleicht ein Ergebnis bekommen, mit dem man als Staatsanwalt auch hätte leben können, oder nicht?

Lichtenberg: Als Staatsanwalt kann ich grundsätzlich mit jedem Ergebnis leben, wenn es aus meiner Sicht der Sach- und Rechtslage entspricht. Ich gehe nicht in die Hauptverhandlung, um ausschließlich eine Verurteilung zu erlangen. Zur Steilvorlage des BGH: In der Tat hat der BGH zu der Funk-Prämie recht deutliche Worte in seiner Entscheidung gefunden. Aber man muss sich auch andere Punkte anschauen, die der BGH aufzeigt, und Fragen beachten, die er aufgeworfen hat: die Zustimmung von Vodafone zu den Prämien, die nicht ganz auszuschließende Anreizwirkung der Sonderzahlungen, der Umstand, dass in der aktienrechtlichen Literatur damals und auch heute noch zum Teil die Zulässigkeit solchen Handelns bejaht wird. Darüber hinaus hat damals die Staatsanwaltschaft noch vor Auszahlung der Prämien auf eine Strafanzeige hin die Aufnahme von Ermittlungen abgelehnt. Schließlich standen unterschiedliche Beteiligungsformen im Raum. So ist gegen Dr. Esser nur der Vorwurf der Beihilfe erhoben worden. Es gab eine Vielzahl von entlastenden Gründen, über die man hier allein schon eine Stunde diskutieren könnte, die wir in unsere Gesamtabwägung einbezogen haben. Natürlich haben wir die Deutlichkeit an einigen Stellen der Entscheidung des BGH gesehen, aber auch die Fragen, die er aufgeworfen hat. Das hat uns eben dazu bewogen, von dieser Möglichkeit der Verfahrenserledigung Gebrauch zu machen.

Rönnau: Ich sehe das auch, wobei Sie natürlich tieferen Einblick haben als ich. Ich bin ja auf die gefilterte Information angewiesen. In der Tat war es schon kein glücklicher Start, dass man das Verfahren zunächst im Grunde gar nicht durchführen wollte. Wobei ich nicht weiß, was der Staatsanwalt damals wusste. Hatte er überhaupt schon ausreichende Kenntnis, um all die Facetten, die dann später in die Diskussion mit einbezogen wurden, auszuleuchten? Auch sind nach wie vor eine Reihe von rechtlichen Fragen umstritten; das ist aber nun für einen Strafprozess nichts Ungewöhnliches. Von Verteidigerseite her hat Herr Dr. Krause [Verteidiger von Dr. Klaus Esser, Anm. d. Red.] dann in der zweiten Verhandlung

vor dem Landgericht neue rechtliche Aspekte vorgetragen, etwa bei der Kompensation der Sonderprämien die erweiterte Konzernperspektive in die Diskussion eingeführt und beim Einverständnis den Squeeze-Out-Gedanken. Dennoch hätte man sich an die Ansicht des Bundesgerichtshofs anlehnen können. Denn dass Lösungsansätze und Fragen in die Debatte eingebracht werden, die mehr oder weniger kühn sind, ist ja nichts Ungewöhnliches im Wirtschaftsstrafrecht. Deshalb war ich über die Haltung der Staatsanwaltschaft etwas verwundert.

Lichtenberg: Das kann ich natürlich verstehen. Es war uns auch bewusst, dass diese Art der Verfahrenserledigung Kritik hervorrufen wird. Man kann auch mit guten Gründen darüber diskutieren. Aber für meinen Kollegen und mich war immer die Gesamtschau aller Umstände maßgeblich, die natürlich nach außen hin kaum vermittelbar war. Es ist uns teilweise in den Medien vorgeworfen worden, wir würden einknicken. Das war es nicht. Wir haben uns die Entscheidung nicht leicht gemacht. Im Grunde wäre es für uns der einfachere Weg gewesen, die Hauptverhandlung einfach weiter laufen zu lassen. Wir haben aber ganz bewusst an dieser Stelle ein Stück weit Verantwortung übernommen, weil wir von diesem Ergebnis überzeugt waren. Das war kein Zurückweichen. Im Grunde war es im Rahmen der Vorgaben des BGH einfach ein Weiterdenken, ein Neubewerten des Sachverhalts unter Berücksichtigung der aktuellen Prozesssituation und aller bekannten Umstände.

Überschreitung der Grenzen des § 153a StPO?

BLJ: Herr Lichtenberg, Sie haben den Fall selbst vorhin als einen Grenzfall bezeichnet, und insbesondere die Höhe der Auflage ist viel kritisiert worden. Meinen Sie, dass die Höhe der Auflage deutlich macht, dass es ein Grenzfall ist? Man lehnt sich ja an die Regelung zur Geldstrafe an, deren Höchstgrenze fast ausgeschöpft worden ist. Hätte man da nicht auch gut zu einem anderen Ergebnis kommen können?

Lichtenberg: Ich war teilweise überrascht über die Kritik zur Höhe der Auflage, insbesondere bei Herrn Dr. Ackermann. 3,2 Millionen Euro ist eine ganz erhebliche Summe. Für uns war für die Bemessung der Auflage die mögliche Schuld und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Betroffenen maßgeblich. Insoweit sind natürlich die gesetzlichen Vorgaben für Geldstrafen zu berücksichtigen. Wir können eben als Geldstrafe maximal 720 Tagessätze zu 5.000 Euro verhängen und diesem Umstand müssen wir auch bei einer Einstellung nach § 153a StPO Rechnung tragen. Ich sehe § 153a StPO auch nicht als Millionärsparagraf, der den Reichen erlaubt, sich freizukaufen. Wir haben gerade im Fall Mannesmann hierfür ein sehr schönes Beispiel. Die Auflagen reichen von 12.500 Euro bis 3,2 Millionen Euro. Der Angeklagte, der durchschnittlich verdient, hat einen sehr überschaubaren Betrag bezahlt und der Spitzenverdiener zahlt 3,2 Millionen Euro. Da sehe ich keine Ungleichbehandlung oder die Möglichkeit des wirtschaftlich Stärkeren, sich freizukaufen.

BLJ: Lassen Sie uns noch einmal auf Artikel 3 GG zurückkommen. Das Landgericht hat in seiner Stellungnahme geschrieben, dass es im Rahmen der Gleichbehandlung sogar geboten sei, auch vermögenden Angeklagten den Weg über §§ 153, 153a StPO zu eröffnen. Professor Rönnau, können

Sie das nachvollziehen, dass es ein Gebot der Fairness ist, dann auch in solchen Fällen entsprechend gegen eine sehr hohe Geldauflage einzustellen?

Rönnau: Die Möglichkeit der Einstellung aus Opportunitätsgründen muss natürlich allen Beschuldigten eröffnet werden. Trotzdem bleibt in der Anwendung ein ganz erheblicher Spielraum. Wenn nun gesagt wird, die Geldauflage hätte man ebenso gut auch als Geldstrafe aussprechen können, dann taucht das Problem mit der Gleichbehandlung auf. Einmal wird eine Geldstrafe verhängt und auf der anderen Seite hat man die Einstellung gem. § 153a StPO mit der weitergeltenden Unschuldsvermutung. Danach kann sich der Betroffene als unschuldig bezeichnen, während ein anderer, der nicht das Glück hat, in den Genuss der Einstellung nach § 153a StPO zu kommen, vorbestraft ist. Genau da liegt das Problem.

Lichtenberg: Ich kann Ihren gedanklichen Ansatz verstehen und nachvollziehen. Aber eine absolute Gleichheit werden wir im Strafprozess kaum erreichen, jeder Fall ist anders und unterliegt einer eigenständigen Bewertung. Sobald aber die Voraussetzungen des § 153a StPO in Betracht kommen, muss man auch ernsthaft über eine Anwendung nachdenken. Und das steht natürlich, so wie es das Gericht auch gesagt hat, dem vermögenden Angeklagten genauso zu wie dem weniger vermögenden oder mittellosen.

Rönnau: Ja. Aber es bleibt im Einzelfall eine Beliebigkeit, die angesichts der unterschiedlichen Rechtsfolgen manchmal nur schwer zu akzeptieren ist. Ich denke da an den Fall Wildmoser [ehem. Geschäftsführer des TSV 1860 München, Anm. d. Red.], der jetzt rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von über vier Jahren verurteilt wurde bei einer Schadenssumme von knapp über zwei Millionen [wegen Untreue und Bestechlichkeit im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe bei der Münchener Allianz-Arena, Anm. d. R.].

Lichtenberg: Die Schadenssumme ist ein Punkt, der in der öffentlichen Diskussion überbewertet wird. Die mögliche Höhe eines Schadens ist nur ein Punkt von vielen, um die mögliche Schwere der Schuld zu beurteilen. Wir haben in Düsseldorf einen Fall gehabt, der auf einem ganz anderen Gebiet liegt: den Düsseldorfer Flughafenbrand vor 10 Jahren, bei dem 17 Menschen umgekommen sind. Das Verfahren gegen die Angeklagten, denen fahrlässige Tötung vorgeworfen wurde, ist nach § 153a StPO eingestellt worden. Da sieht man auf der einen Seite 17 Tote, auf der anderen Seite § 153a StPO, und denkt, dass das nicht passt. Aber wenn man sich wieder die Details des Falls ansieht, war das, was man dem Einzelnen persönlich vorwerfen konnte, so grenzwertig, dass es eine Reihe von guten Gründen gab, die eine Verfahrenseinstellung zuließen. Wir dürfen uns nicht allein von in den Medien diskutierten hohen Schadenssummen leiten lassen. Wir sitzen immer noch über Menschen zu Gericht und müssen den Handlungen, die sie begangen haben, gerecht werden. Und die werden nicht allein durch die mögliche Schadenshöhe bestimmt.

Die Kodifikation der Urteilsabsprache

BLJ: Herr Lichtenberg, ist eine Kodifikation der Urteilsabsprache aus Ihrer Sicht nötig oder jedenfalls wünschenswert?

Lichtenberg: Ja. Ich denke, das ist auch die übereinstimmende Ansicht in der Praxis. Es sollten gewisse Rahmenbedingungen gesetzlich geregelt werden. Der Bereich der Absprache, wo es ja gerade um die Frage einer Verurteilung geht, ist zu wichtig, um das „nur“ den Regeln der Rechtsprechung zu überlassen. Da sollten schlicht und einfach bestimmte Eckpunkte gesetzlich festgesetzt werden.

Rönnau: Ich habe auch den Eindruck, man muss hier gesetzlich tätig werden. Die Frage ist nur, wie. Im Raume steht jetzt der Gesetzentwurf des BMJ [vom 19. Mai 2006, abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de/files/-/1234/RefE%20Verständigung.pdf>, Anm. d. Red.]; zu einer Gesamtreform der StPO reicht es wieder einmal nicht. In der Sache prallen bei einer Einführung der (Urteils-)Absprachen in die StPO unterschiedliche Prozessmodelle aufeinander: Das US-amerikanische, von der Verhandlungsmaterie geprägte Modell trifft auf ein am Amtsermittlungsgrundsatz ausgerichtetes Verfahren. Faktisch leben wir derzeit mit einem formellen und einem informellen Verfahrenstypus, die nicht wirklich aufeinander abgestimmt sind. Ein Beispiel: Wie ist zu verfahren, wenn eine Absprache fehlschlägt, was geschieht mit dem abgelegten Geständnis? Soll es unverwertbar sein? Aber wäre nicht auch ein Beweisverwertungsverbot schon wieder nur halbherzig, weil möglicherweise der vorbefasste Spruchkörper insgesamt ausgetauscht werden muss? Denn machen wir uns nichts vor: Ein einmal vorhandenes Geständnis lässt sich schwerlich aus der Welt schaffen. Wenn man jetzt eine gesetzliche Lösung wählt, die ich grundsätzlich für richtig halte, ergibt sich die Frage, ob punktuelle Änderungen nicht nur einen halbherzigen Reformvorschlag darstellen. Zudem bleibt immer die Frage, ob die Praxis das akzeptiert oder nicht wiederum ihre eigenen Wege findet. Das lässt sich nicht verhindern, aber man kann zumindest sagen: jetzt habt Ihr Euch am Gesetz zu orientieren. Erfolgt das dann nicht, muss das Verhalten – wie auch immer – sanktioniert werden.

Lichtenberg: Aber bei der angedachten gesetzlichen Regelung der Absprache sehe ich die Gefahr nicht, dass die Praxis „wegtaucht“ und sich eigene Regeln schafft. Man könnte aber in der Tat auch über eine weitergehende Lösung als die jetzt angedachte nachdenken. Meyer-Goßner hat ja in der ZRP geschrieben, dass er insgesamt die Einführung eines Konsensualverfahrens favorisiert [ZRP 2004, 187, Anm. d. Red.]. Das wäre durchaus eine Überlegung wert. Ansatzweise haben wir heute so etwas schon im Bereich des Strafbefehls.

Rönnau: Wir haben ja vor kurzem erst die Entscheidung des Großen Strafsenats gehabt mit der qualifizierten Belehrung usw. Aber da wurde doch – wenn ich das richtig sehe – in der Praxis sofort gefragt, was das eigentlich bringt. Man setzt sich auch darüber wieder augenzwinkernd hinweg, denn eine Absprache ohne Rechtsmittelverzicht ist doch im Grunde nicht wirklich etwas wert, wenn man Beschleunigungseffekte erzielen will, oder?

Lichtenberg: Ich habe es selber noch nicht erlebt, auch nicht im Kollegenkreis, dass man sich über die Regelungen des BGH ganz einfach augenzwinkernd hinwegsetzt. Dazu besteht auch keine Notwendigkeit. Man kann mit den Regeln des BGH sehr gut zu vernünftigen Absprachen im Verfahren kommen, und das sollte auch das Ziel sein. Mehr ist aus meiner Sicht auch nicht erforderlich. Bei der Frage des Rechts-

mittelverzichts habe ich immer wieder erlebt, dass Verteidiger und Angeklagter nach Urteilsverkündung ungefragt auf Rechtsmittel verzichten, weil man eben schnell Klarheit haben möchte. Ein gesetzliches Verbot halte ich nicht für erforderlich. Ob man eine qualifizierte Belehrung ausreichen lässt oder eine generelle Zulässigkeit annimmt, allerdings nur beim anwaltlich vertretenen Angeklagten, halte ich für diskutierbar.

Rönnau: Nur – wenn man mit dem Absprachemodell bestimmte Effekte erzielen will, sind das ja insbesondere Beschleunigungseffekte. Dazu gehört in der Praxis etwa, dass ein relativ schlankes, nicht selten vom Verteidiger vorgelesenes Geständnis als Grundlage bei der Urteilsabsprache ausreicht, alles andere würde ja nur Kosten produzieren. Versiegelt wird die Absprache regelmäßig mit einem Rechtsmittelverzicht. Alles andere stößt sich an der Realität. Denn man stelle sich einmal vor, nach einer Absprache hält sich einer der Beteiligten nicht an das Vereinbarte. Ich frage mich, wie oft macht man so etwas als Verteidiger oder Staatsanwalt? Ich kann mir vorstellen, dass man als möglicher Verhand-

lungspartner dann sehr schnell vor der Tür steht. Ich rede von faktischen Zwängen, die auftreten. Wie entgeht man denen? Kann man solche Phänomene durch die angedachten Rechtsregeln überhaupt in den Griff bekommen?

Lichtenberg: Das ist sicher richtig. Es gibt immer Problemfälle, die dann bis zum BGH oder im Extremfall auch bis zum BVerfG gehen, aber man darf aus diesen Einzelfällen nicht den Rückschluss ziehen, dass die Praxis insgesamt in diesem Bereich nicht ordnungsgemäß läuft. Im täglichen Prozessgeschehen gibt es keine Schwierigkeiten. Meine Erfahrung zeigt: Es wird einfach kein Rechtsmittel eingelegt, man muss das überhaupt nicht diskutieren. Die Praxisrelevanz des Rechtsmittelverzichts wird meiner Meinung nach etwas überschätzt.

BLJ: Wir bedanken uns bei Ihnen beiden für dieses Gespräch.

Das Gespräch führten Stefan Frick und Till Soyka.

Rezensionen

Norbert Hoerster: Was ist Recht?

Was ist Recht? Auf knapp 160 Seiten unternimmt es *Norbert Hoerster*, diese Frage – zugleich Titel seines schlanken Buches – zu beantworten. *Hoerster*, der bis 1998 Professor für Rechts- und Sozialphilosophie an der Universität Mainz war, ist auch promovierter Jurist; seinem Buch ist anzumerken, dass er mit dem Gegenstand seiner Untersuchungen vertraut ist.

Hoerster vertritt einen einschränkungslosen Rechtspositivismus. Seine Argumentationsfäden knüpft er stets an Überlegungen von *Herbert L. A. Hart* und *Hans Kelsen* an, ohne ihnen freilich in jeder Hinsicht zuzustimmen. Insbesondere die Abgrenzung zu *Kelsen* ist *Hoerster* wichtig; er widmet der Kritik an dessen „Reinen Rechtslehre“ einen ganzen Anhang, der zugleich das längste Kapitel des Buches ist.

Hoersters Werk gliedert sich insgesamt in 14 kurze Kapitel. Nach einer knappen Einleitung beginnt er damit, die Anatomie der Rechtsordnung zu beschreiben und das Spezifische des Rechts herauszuschälen. Seine Überlegungen illustriert er zwar stets am geltenden deutschen Recht. Doch nimmt er – dem Titel seines Werkes entsprechend – für sich durchaus in Anspruch, Aussagen über jede beliebige Rechtsordnung zu machen. Er interpretiert die Rechtsordnung als Gefüge von Geboten und Verboten. Manche Rechtsnormen erteilen unter Androhung von Zwangsakten gewisse Handlungsanweisungen, andere weisen gewisse Adressaten – von *Hoerster* stets als „Amtsträger“ bezeichnet, doch macht der Kontext seiner Ausführungen deutlich, dass er diesen Begriff in einem sehr weiten Sinne verstanden wissen will – zur Ausübung von Zwang an (Kap. 2). Den Normen, die zur Generierung von Gebots- oder Verbotsnormen ermächtigen, sogenannten Ermächtigungsnormen, weist der Autor einen Platz lediglich als Hilfsbestandteile der Rechtsordnung zu (Kap. 3 und 4). Als letzten Geltungsgrund der so verstandenen Rechtsordnung

identifiziert *Hoerster* die Akzeptanz der Verfassung durch das Gros derjenigen, die zum Vollzug von Zwangsakten befugt sind (Kap. 6).

Mit dem siebten Kapitel beginnt das Herzstück des Buches: *Hoersters* engagierte Verteidigung des Rechtspositivismus. In Auseinandersetzung mit Eigenschaften, die *Martin Kriele* und *Otfried Höffe*, zwei „Nichtpositivisten“, dem rechtspositivistischen Standpunkt zuschreiben, entwickelt *Hoerster* seinen Begriff des Rechtspositivismus. Diese sorgfältige, und in Anbetracht der Kürze des Buches bemerkenswert ausführliche Grundlegung ist verdienstvoll; sie erleichtert es dem Leser, zu den Argumenten des Autors eine eigene Haltung zu entwickeln. Als Inhalt des Rechtspositivismus, dessen Verteidigung *Hoerster* unternimmt, bleibt letztlich lediglich die These, der Begriff des Rechts sei inhaltlich neutral zu definieren, womit er *Kelsens* Diktum, dass „jeder beliebige Inhalt Recht sein“ könne, in seine Konzeption aufnimmt. Im Folgenden wählt der Autor *Gustav Radbruch* als argumentativen Gegenspieler. Gegen dessen Argumentation für einen inhaltlich aufgeladenen Rechtsbegriff nimmt *Hoerster* die Neutralitätsthese in Schutz (Kap. 8).

Deshalb sind die folgenden Ausführungen *Hoersters* für den Leser einigermaßen überraschend. Denn nun umreißt der Autor die ethischen Anforderungen an inhaltlich richtiges Recht. Konform mit seinen vorangegangenen Überlegungen reduziert er nicht den Rechtsbegriff auf dieses als richtig erkannte Recht; vielmehr unternimmt er es, die Existenz einer Rechtsordnung mit ihren massiven Zwangsmaßnahmen auf streng außerrechtliche Weise ethisch zu legitimieren. Den Ansatz für die Legitimation findet er in den Interessen, die (fast) alle Menschen einen – vor allem das Interesse am eigenen Über- und Weiterleben. Damit knüpft *Hoerster* an frühere Überlegungen an („Ethik und Interesse“, Stuttgart 2003), auf die er auch an mehreren Stellen verweist. Der Autor gibt zu, dass

mit seiner Grundlegung Norminhalte nicht als objektiv richtig hergeleitet werden können. Doch darum geht es ihm gar nicht. Lediglich eine möglichst umfassende intersubjektive Begründung ist Ziel seiner Argumentation (Kap. 9). Auf der Grundlage seines Ansatzes versucht er eine Begründung der Kriminalstrafe (Kap. 10) und des Rechtsgehorsams (Kap. 11).

Das vorletzte Kapitel, „Die Rechtsfindung im Einzelfall“, liest sich wie eine juristische Methodenlehre auf 14 Seiten und will wohl auch als solche verstanden werden. Die Kürze und Prägnanz, mit der *Hoerster* seine Thesen vorträgt, gereicht ihm hier zum Nachteil. Seine Darstellung der Rechtsanwendung wird der Komplexität und Mehrdeutigkeit dieses Vorganges nicht gerecht.

Hoersters Sprache ist klar, gradlinig und unpräntiös. Man stößt sich indes an der Barschheit, mit der er seinem akademischen Umfeld begegnet. So mutmaßt der Autor, die Resonanz auf die Thesen *Harts* sei in Deutschland – „im Land von Hegel, Heidegger und Habermas“ (S. 8) – gerade wegen dessen Klarheit so spärlich ausgefallen, und behauptet, unter deutschen Rechtsprofessoren sei kaum einer am Forschungsgegenstand Recht unter philosophischen Gesichtspunkten interessiert. Hier wird der Leser Zeuge einer Selbststilisierung als Außenseiter im akademischen Diskurs, die der Aura von Nüchternheit, Selbstsicherheit und Ruhe, mit der *Hoerster* seine Thesen im Übrigen artikuliert, sehr abträglich ist.

Dennoch ist das Buch mit großem Gewinn zu lesen. Eine gegen jede argumentative Herausforderung gewappnete Antwort auf die im Titel formulierte Frage gibt es zwar nicht. Doch vermittelt es in pointierter Kürze den Eindruck großer gedanklicher Geschlossenheit. Auch der Leser, der *Hoersters* Entwurf letztlich nicht folgen mag, findet in dieser *tour d'horizon* eine intellektuell anregende Darstellung der Kernfragen der Rechtsphilosophie. ■

(Johannes Gerberding)

Norbert Hoerster: Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie. Erschienen in München bei C.H. Beck, 2006. 160 Seiten, broschiert, 10,90 Euro.

Inga Markovits: Gerechtigkeit in Lüritz.

„War die DDR ein Unrechtsstaat? ... Sie war kein Rechtsstaat, aber das bedeutet nicht automatisch das Gegenteil. Beide Begriffe treffen nicht. Es war eine andere Welt.“ So lautet das vorsichtige Urteil, mit dem *Uwe Wesel* in seiner „Geschichte des Rechts“ 40 Jahre DDR-Rechtsgeschichte resümiert. In diese andere Welt lädt *Inga Markovits* mit ihrem Buch „Gerechtigkeit in Lüritz“ ein. Die an der University of Austin in Texas lehrende Juraprofessorin präsentiert ein farbenprächtiges Panorama des Rechtslebens in „Lüritz“ – der Name ist ein Pseudonym für eine in Mecklenburg-Vorpommern gelegene Kleinstadt – von den Anfängen der ostdeutschen Justiz nach dem zweiten Weltkrieg bis zur Wiedervereinigung.

Das Bild, das *Markovits* auf rund 300 Seiten zeichnet, ist plastisch, bunt und detailreich. „Der Himmel kann sich auch in einem Dorfteich spiegeln“ (S. 12) ist das Motto, unter dem die Autorin ihre wissenschaftliche Herangehensweise zusammenfasst. Ihre Darstellung des Lüritzer Mikrokosmos will nicht im Besonderen und Anekdotischen verharren, son-

dern nimmt für sich durchaus in Anspruch, exemplarisch für den Rechtsalltag in der Deutschen Demokratischen Republik insgesamt zu stehen.

Neben dieser Rechtfertigung ihrer Methode enthält das erste Kapitel von *Markovits*’ „ostdeutscher Rechtsgeschichte“ – so der Untertitel des Buches – ein beherztes Anerkenntnis der Subjektivität jeglicher Historiographie. Dies bleibt kein Feigenblatt einer dann doch den Anschein absoluter Objektivität wählenden Darstellung, sondern ist stilbildendes Merkmal der Untersuchung. Wo sie Meinungen und Vermutungen äußert, kennt die Autorin auch das „Ich“. Sie verschleiert keine Unsicherheiten, die bei ihrer Quelleninterpretation verblieben sind und kleidet ihre Thesen nicht in die Form objektiver Wahrheiten. Diese Ehrlichkeit ist nicht nur erfrischend, sie macht *Markovits*’ Darstellung auch ungemein spannend zu lesen, vermittelt sie dem Leser doch den Eindruck, beim Erforschen der Vergangenheit selbst zugegen sein zu können.

Es folgt eine bis in die haptischen Details gehende Beschreibung der Quellen, aus denen die Autorin beim Schreiben schöpfte: Schier endlose Aktenmeter in den Kellern des Lüritzer Gerichtsgebäudes, dazu die Akten der DDR-Justizverwaltung im Bundesarchiv in Potsdam und Berlin, die Hinterlassenschaften der SED-Kreisleitung aus dem Gronauer Landesarchiv, die Bestände der Gauck/Birthler-Behörde und das Lüritzer Stadtarchiv. Dazu kommen viele Interviews, die *Markovits* mit den Protagonisten ihrer Lüritzer Rechtsgeschichte geführt hat. Seit der Wende hat die Autorin an diesem Buch gearbeitet.

Das folgende und das zehnte, letzte Kapitel, „Der Anfang“ und „Das Ende“ betitelt, klammern die Untersuchung ein. Sie schildern den Aufbau der ostdeutschen Justiz in der sowjetischen Besatzungszone: Materielle Not, der unsichere Blick in die Zukunft und die Folgen aus dem Totalausfall der bisherigen Justizeliten prägen *Markovits*’ Darstellung. Mit ihrer Beschreibung der letzten Jahre der DDR knüpft die Autorin an ihr Buch „Die Abwicklung. Ein Tagebuch zum Ende der DDR-Justiz“ (München 1993) an und schildert die Ernüchterung und den einsetzenden politischen Zynismus der Lüritzer Richter, von denen viele einst fest an eine goldene Zukunft des Sozialismus glaubten.

Zwischen diesen Klammern findet der Leser die Darstellungen von vier Rechtsgebieten, anhand deren *Markovits* das Rechtsleben in der DDR illustriert: Eigentumsordnung, Arbeitsrecht, Familienrecht und Strafrecht. In einem weiteren Kapitel beschreibt die Autorin die vielfältigen Arten, auf die die SED Einfluss auf die DDR-Justiz genommen hat und zeigt, dass das schlichte Diktat des gewünschten Ergebnisses die seltene Ausnahme war – weil subtilere Arten der Einflussnahme sich viele Lebensjahre der DDR lang als ebenso effektiv erwiesen. Schließlich widmet sie sich den Problemen, die sich durch die Unehrllichkeiten und Codierungen in den ausgewerteten Gerichtsakten, durch falsche Erinnerungen und Verschleierungen ihrer Interviewpartner ergeben.

Die Autorin schreibt ihre Rechts- und Justizgeschichte vor allem anhand ausgewählter Fälle, die alle vor dem Lüritzer Kreisgericht verhandelt wurden. Recht ist bei ihr deshalb stets sozial wirksamer Gestaltungsfaktor. Bloßes „law in the books“ – Gesetzestexte, ministerielle Rundschreiben, Richtlinien höherer Gerichte – zieht *Markovits* nur heran, wo sie die Lüritzer Rechtswirklichkeit zu erklären versucht oder um Differenzen zwischen dieser Wirklichkeit und dem normati-

vem Ideal deutlich zu machen: „Gerechtigkeit in Lüritz“ ist keine Geschichte sozialistischer Rechtsdogmatik.

Als *das* charakteristische Merkmal des DDR-Rechts kann der Leser kapitelübergreifend den pädagogischen Impetus der Lüritzer Justiz ausmachen. Bis kurz vor die Wendezeit verstand sie es als ihre Aufgabe, Konflikte umfassend zu heilen und die Beteiligten zu bessern – und das bedeutete oft: sozialistischeren – Menschen zu erziehen. Die DDR wollte nicht gefürchtet werden; die ihrem Recht unterworfenen Staatszöglinge sollten sie lieben. Entsprechend groß waren die Irritationen, wenn diese Liebe ausblieb. Besonders anhand der Rechtsprechung zu den sogenannten „Asozialen“ – Menschen, die sich aus verschiedenen Gründen nicht in die Gesellschaftsordnung der DDR einfügen wollten – illustriert *Markovits* diesen interessanten Ansatz zum Verständnis des DDR-Rechts.

Insgesamt ist der Autorin mit ihrem Werk ein Glanzstück gelungen. Manche Facetten ihrer dichten Beschreibung des DDR-Justizalltags lösen Heiterkeit aus, andere Befremden bis Entsetzen. Durchgängig aber fasziniert ihre Darstellung dieser untergegangenen Welt. ■

(Johannes Gerberding)

Inga Markovits: Gerechtigkeit in Lüritz. Eine ostdeutsche Rechtsgeschichte. Erschienen in München bei C.H. Beck, 2006. 304 Seiten, broschiert, 19,90 Euro.

Bernhard Losch: Kulturfaktor Recht.

Die vielfältigen wechselseitigen Bezüge zwischen Recht und Kultur macht *Bernhard Losch* zum Gegenstand des Taschenbuches „Kulturfaktor Recht“. Es ist ein weites Feld, das der Autor – Professor für Öffentliches Recht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Bergischen Universität Wuppertal – hier durchmisst. So erstaunt es nicht, dass die Darstellung in erster Linie bloß einen Überblick vermitteln kann. Die elf Kapitel des Buches beschreiben sehr unterschiedliche Facetten des Themas; man kann sie weitgehend unabhängig voneinander lesen.

Sehr lesenswert ist der Überblick *Loschs* über „Kultur- und Rechtstheorien“ (Kap. 3). Seine Darstellungen – die für keine Theorie oder Theoriengruppe mehr als vier Buchseiten einnimmt – zeigen den Mut zur Zuspitzung und Vereinfachung, ohne dabei verflacht zu wirken. Dem kulturwissenschaftlich nicht vorgebildeten Leser vermitteln *Loschs* Skizzen einzelner Ansätze zur Erklärung des Phänomens Kultur den Eindruck, mit ihnen einen brauchbaren Kompass für die weitere Orientierung im Bereich „Kultur und Recht“ dargereicht zu bekommen. In diesem Kapitel zeigt sich allerdings erstmalig ein irritierendes Merkmal des Buches, das der Leser im Folgenden noch öfters wird ausmachen können: *Loschs* Werk bemüht sich nicht nur um eine summarische Zusammenfassung der Diskurse über Kultur und Recht, es ist gleichzeitig sehr meinungsstark. Die Kürze und Prägnanz seiner Ausführungen, die den Überblick über Diskussionsstände lesenswert macht, wirkt in *Loschs* deutlichen Stellungnahmen unbefriedigend und überhastet. So hätte beispielsweise die These des Autors, „[d]ie lange Zeit herrschende Entgegensetzung von Sein und Sollen ... entstammt einem veralteten Denken“ (S. 66), einen größeren Begründungsaufwand verdient als die

Handvoll folgender Absätze, in denen *Losch* überdies noch weiteren ähnlich starken Thesen das Wort redet.

Die gemeinsamen „Grundwerte von Kultur und Recht“ (Kap. 4) und „[k]ulturelle Leitbilder“ (Kap. 5) sind Gegenstand der folgenden Ausführungen. Hier widmet sich *Losch* der deutschen, vor allem aber der europäischen Rechtsordnung als „Produkt und Produzent der Kultur“ (S. 71). Die im Mittelpunkt stehenden Konzepte – Freiheit, Gleichheit, Demokratie und andere – werden sowohl mit Blick auf ihre kulturellen wie auf ihre rechtlichen Wurzeln beschrieben. Vage allerdings bleibt die Untersuchung der Wechselbeziehungen, die zwischen diesen beiden unterschiedlichen Fundierungen der Grundwerte bestehen. Die Konzepte vom Recht als Produkt und Recht als Produzent kultureller Wertbegriffe fügen sich bei der Lektüre nicht zu einem stimmigen Ganzen zusammen. Neben den „Grundwerten“ stellt *Losch* eine Reihe „Leitbilder“ zusammen. Pluralismus, Toleranz und Gleichberechtigung gehören zu ihnen. Nach *Loschs* Konzeption gehen die Leitbilder aus den Grundwerten hervor – während erstere „eher das Fundament für die öffentliche Ordnung darstellen, gelten die Leitbilder unmittelbar für das Zusammenleben der Zivilgesellschaft.“ (S. 145). Im Konkreten bleiben die Differenzierungskriterien allerdings unklar, vor allem, weil sich *Loschs* Darstellungen einzelner Grundwerte und Leitbilder nicht tiefgreifend voneinander unterscheiden: Für beide finden sich sowohl eine Bilanzierung des gegenwärtigen Entwicklungsstandes wie eine kurz umrissene – und wiederum sehr meinungsstarke – Programmatik in Hinblick auf ihre zukünftige Aus- und Umgestaltung.

Die Einflüsse von Religion und Moralverständnis auf das Recht und die verschiedenen kulturell determinierten Vorstellungen von Gerechtigkeit, die in rechtlichen Regelungen Ausdruck finden können, sind Gegenstände weiterer Kapitel (Kap. 6 und 7). Eher wie ein Anhang lesen sich dagegen *Loschs* Ausführungen zur „Kultur als Rechtsaufgabe“ (Kap. 10), wo es um das Kulturverfassungs- und -verwaltungsrecht geht, die *Losch* hauptsächlich am Beispiel des öffentlich-rechtlichen Rundfunks veranschaulicht.

Nicht immer erschließt sich dem Leser die innere Logik der Darstellung. So beklagt der Autor im neunten Kapitel „Recht als Literatur“ die von ihm diagnostizierte Rückständigkeit des Grundgesetzes und die Defizite der Föderalismusreform 2006. Außerdem entfernen sich die Ausführungen bisweilen vom übergreifenden Thema „Kultur und Recht“. So nimmt der Autor im achten Kapitel unter der Überschrift „Rechtsimmanente Kulturkritik – Aktuelle Themen“ bestimmte Stellung zu vielen rechtlichen Problemen, die über akademische Fachkreise hinaus öffentliche Debatten ausgelöst haben. Er äußert sich zum Embryonenschutz, zu Sterbehilfe, Todesstrafe und weiteren „heißen Eisen“. *Loschs* Stellungnahmen sind durchaus lesenswert – doch die Einwebung spezifisch kulturwissenschaftlicher Argumentationsfäden ist spärlich.

Das Werk kommt gänzlich ohne Fußnoten oder Belege im Fließtext aus. Dafür findet sich am Ende jedes Kapitels eine in die zuvor angesprochenen Themenfelder unterteilte Auswahlbibliographie. Es ist bedauerlich, dass diese oft sehr unsorgfältig zusammengestellt wurde: die bibliographischen Angaben sind bisweilen unvollständig oder fehlerhaft; ihr Format wechselt zwischen einzelnen Einträgen; außerdem sind die Belege oft sehr pauschal gehalten – so beispielsweise, wenn als weiterführende Lektüre zum Thema genetische

Kulturtheorien auf die elfbändige Werkausgabe von Carl Gustav Jung verwiesen wird.

Eine zusammenfassende Bewertung von *Loschs* Werk fällt schwer. Es ist ein solides Basislager zur weiteren Erkundung der Berührungsfelder von Recht und Kultur. Die Zusammenstellung der behandelten Themen ist gelungen und sensibilisiert für eine kulturell fundierte Sichtweise auf das Phänomen Recht. Insbesondere erschließt es dem Leser Gedankengänge aus der kulturwissenschaftlichen Diskussion, die in

der Rechtswissenschaft bisher wenig Resonanz gefunden haben. Umso mehr irritieren die vielen (rechts)politischen Stellungnahmen, die *Losch* in seine Darstellung einfließt. ■

(Johannes Gerberding)

Bernhard Losch: Kulturfaktor Recht. Grundwerte – Leitbilder – Normen. Erschienen in Köln im Böhlau Verlag (UTB), 2006. 291 Seiten, broschiert, 17,90 Euro.

Hier könnte Ihre Anzeige stehen.

Wir freuen uns auf Ihre E-Mail!

info@law-journal.de
