Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Redaktion

Nicolas Nohlen
Chefredakteur

Lenas Götz
Stellv. Chefredakteur

Tobias Abend
Thomas Böhle
Moritz Feldmann
Joachim Kannegießer
Daniel Soudry
Jan Dehne-Niemann
Moritz Lange
Thomas Straub

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Christian Baldus
Dennis Blechinger
Prof. Dr. Winfried Brugger, LL.M.
Prof. Dr. Dieter Dölling
Prof. Dr. Burkhard Heß
Dr. Friedemann Kainer
PD Dr. Stephan Kirste
Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M.
Dr. Christian Laue
Dr. Ulrich Palm
PD Dr. Dagmar Richter
Dr. Christoph Teichmann, LL.M.
Dr. Nika Witteborg

Z 9101

Editorial

Bibliothek der
Juristischen Fakultät
Heidelberg

Liebe Leserinnen und Leser,

vor knapp einem Jahr traf sich auf Initiative unseres Chefredakteurs eine Gruppe von sieben Heidelberger Studierenden mit der Idee, eine rechtswissenschaftliche Zeitschrift von und für Studierende herauszugeben. Diese Grundidee nahm nach und nach Gestalt an. So gründeten wir einen Verein, bemühten uns um Mitglieder für den wissenschaftlichen Beirat und holten umfassende Informationen hinsichtlich Organisation und Verlegung ein. Anschließend begann die eigentliche redaktionelle Arbeit – die Suche nach Autoren und die Auswahl der einzelnen Beiträge. Die zunächst fragliche Finanzierung der ersten Ausgabe sicherte schließlich die Unterstützung der Kanzlei Allen & Overy. Bereits für die zweite Ausgabe gelang es dann, mit C. F. Müller einen renommierten Verlag von unserem Projekt zu überzeugen und als Partner zu gewinnen. Das rege Publikumsinteresse seitens der Studierenden versetzt uns in die angenehme Lage, aus einer Vielzahl von qualitativ hochwertigen Beiträgen schöpfen zu können, stellt uns aber gleichzeitig vor die schwierige Aufgabe der Auswahl und Zusammenstellung der einzelnen Ausgaben. Für die vorliegende dritte Ausgabe haben wir uns zum Ziel gesetzt, eine möglichst große thematische Vielfalt zu erreichen.

Im Rahmen der Redaktionsarbeit, die nach wie vor eigenverantwortlich dem StudZR e.V. obliegt, macht dabei weiterhin die Betreuung der studentischen Beiträge, die in aller Regel auf Seminararbeiten basieren, den größten Aufgabenbereich aus. Im Methodikteil wird man auch künftig Originalübungsklausuren von Studierenden aus den Anfänger- und Fortgeschrittenenübungen sowie andere didaktische Beiträge finden. Die Redaktion hat sich des Weiteren entschlossen, zur Abrundung des Methodikteils auch weiterhin aktuelle Besprechungsfälle aus den Examensübungsklausuren einzubauen.

Wagt man einen Blick in die Zukunft unseres Projekts, zeigt sich angesichts des für die Mehrzahl der Redaktionsmitglieder nahenden Examens deutlich, dass der StudZR e.V. auf Nachwuchs angewiesen ist. Bereits mit dieser Ausgabe ist es uns gelungen, drei neue Mitglieder in unser Redaktionsteam aufzunehmen. Wir möchten aber auch weiterhin interessierte Studierende dazu ermutigen und einladen, in der Redaktion mitzuarbeiten; nicht zuletzt davon hängt eine auf lange Sicht erfolgreiche Zukunft der StudZR ab. Die Kontaktadressen für eine Bewerbung sind unserer Hompage *(www.studzr.de)* zu entnehmen. Besonders würde es uns freuen, Studierende der jüngeren Semester an unser Projekt heranzuführen.

So schwer es uns dann fallen wird, die Verantwortung an nachrückende Studierende zu übergeben, so unerlässlich ist es doch für eine erfolgreiche Entwicklung. Die StudZR soll auch in Zukunft in studentischer Hand bleiben.

Eine anregende Lektüre der neuen Ausgabe wünschen

Lenas Götz *Joachim Kannegießer*

Geleitwort

Mit dem Erscheinen der dritten Ausgabe beginnt die StudZR, sich zu etablieren. Die im anglo-amerikanischen Rechtskreis fest verwurzelte Veröffentlichungsform der von Studierenden einer Fakultät betreuten wissenschaftlichen Zeitschrift wird damit auch in Deutschland zu einer festen Größe. Die Herausgeber der StudZR von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg nehmen hier eine Vorreiterrolle ein. Es ist zu hoffen, dass andere Fakultäten dem Beispiel auf ähnlich hohem Niveau folgen. Jungen Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern in ganz Deutschland würde es hierdurch erleichtert, Zugang zum wissenschaftlichen Schreiben und Publizieren zu finden. Die Veröffentlichungen von Kommilitoninnen und Kommilitonen können dabei ein Ansporn sein. Hervorzuheben ist zudem die in der StudZR bewusst gewählte Verknüpfung zwischen Wissenschaftlichkeit im Aufsatzteil und praktischer, auf das Examen vorbereitender Anwendung in den Übungsfällen. Dem Trend zum ausschließlichen Fallrepetitorium, das tiefergehende Überlegungen kaum noch zulässt, ist damit ein überzeugend integrierendes Modell entgegengesetzt.

Auch das vorliegende Heft vereint eine Vielzahl weiterführender wissenschaftlicher Aufsätze mit didaktisch aufbereiteten Lernfällen. Die Themenauswahl der Aufsätze belegt eindrucksvoll, wie vielgestaltig und immer wieder neuartig die Anfragen der Wirklichkeit an das Recht sind – und damit zugleich, dass die StudZR von hoher Aktualität geprägt ist. Die heutigen Erwartungen an das Recht, Onlineauktionen, der Internationale Terrorismus, die Leitlinienmedizin und der Gläubigerschutz im Vergleich des deutschen und des anglo-amerikanischen Rechts sind allesamt Themen, die dem Recht und der Rechtswissenschaft gegenwärtig zur Behandlung aufgegeben sind. Die vorliegenden Untersuchungen leisten hierzu einen wesentlichen Beitrag.

Der StudZR ist mit dieser Ausgabe und auch in Zukunft der Erfolg zu wünschen, der ihr gebührt.

Prof. Dr. Hanno Kube, LL. M.
Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Prof. Dr. Paul Kirchhof
Was erwarten wir vom Recht? 1

Dr. Andreas Deutsch
Individualbestimmungen des Anbieters bei Onlineauktionen 17

Christian Gollner
Konventionen gegen den Internationalen Terrorismus – Fortschritte und Mängel 31

Silvia Tomassone/Tim Wöffen
Leitlinienmedizin und ärztliche Therapiefreiheit 61

Sebastian Ens/Somi Micsunescu
Gläubigerschutz im deutschen und angloamerikanischen Recht – Bestandsaufnahme und Reformtendenzen 81

Methodik

Prof. Dr. Wilfried Küper/Daniela Dratvova
Übungsfall: Die enttäuschten Trickdiebe 133

Ann Gäbler/Daniela Mattheus/Dr. Christoph Teichmann
Einführung in die Methodik der kautelarjuristischen Fallbearbeitung (Teil II) 141

Aufsätze

Prof. Dr. Paul Kirchhof*

Was erwarten wir vom Recht?

Abstract

Jeder Jurist will der Gerechtigkeit in der Welt dienen, scheut sich aber, diese zu formulieren, weil er spürt, dass das wichtigste Prinzip der Gerechtigkeit die Freiheit ist, die jedem Menschen eine selbstbestimmte Gestaltung seines Privat- und Berufslebens erlaubt. Das Recht muss deshalb auf eine verbindliche Definition der Gerechtigkeit verzichten, einen klaren, aber weiten Rahmen für individuelle Freiheit abstecken, die Fähigkeit und Bereitschaft zur Freiheit stützen und stärken. Wichtigste Quelle der Gerechtigkeit sind deswegen Bildung, Großzügigkeit und Gemeinsinn der freiheitsberechtigten Bürger.

* Der Verfasser ist Bundesverfassungsrichter a. D. und Ordentlicher Professor für öffentliches Recht unter besonderer Berücksichtigung des Finanz- und Steuerrechts an der Universität Heidelberg, Direktor des Instituts für Finanz- und Steuerrecht der Universität Heidelberg sowie Leiter der Forschungsstelle Bundessteuergesetzbuch beim Institut für Finanz- und Steuerrecht an der Universität Heidelberg.

I. Recht und Gerechtigkeit

Wenn ein Student sein Studium beginnt, wird er sich fragen, was er demnächst mit seinem Rechtswissen in diesem Staat, in dieser Gesellschaft und Wirtschaft bewirken will und bewirken kann. In ähnlicher Weise vergewissert sich auch der Rechtspraktiker über die Ziele und Erfolge seines juristischen Handelns. Der Rechtsanwalt wird prüfen, ob er den Anliegen seines Mandanten genügt und dabei auch einen Beitrag zur sachgerechten Wirkung unserer Rechtsordnung geleistet hat. Der Richter wird bedenken, welche Handhabung des Gesetzes das geltende Recht am besten zur Entfaltung bringt. Und der Abgeordnete erlebt immer wieder, dass der Wähler ein neues Parlament wählt, damit dieses bessere Gesetze mache.

Alle diese Bemühungen des Rechts dienen der Gerechtigkeit. Dieses ist selbstverständlicher, wenn auch fast verschwiegener Auftrag des Grundgesetzes. Die Grundlagennorm des Verfassungsstaates, die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 GG), ist Anlass, sich zu den Menschenrechten zu bekennen als Grundlage „der Gerechtigkeit in der Welt" (Abs. 2). Wenn somit am Anfang eines auf Rationalität, Voraussehbarkeit und gerichtliche Kontrolle angelegten Verfassungsgesetzes ein Bekenntnis steht, gleichsam das nicht mehr zu hinterfragende Axiom der gesamten Verfassungsordnung, so sind Inhalt dieses Bekennens nicht die Gerechtigkeit, sondern die „unverletzlichen und unveräußerlichen" Menschenrechte, die als Grundlage der Gerechtigkeit gesehen werden. Wir haben also das Glück, die wichtigsten Gerechtigkeitsprinzipien im Verfassungstext geschrieben lesen zu können. Wir leben rechtlich in einer Hochkultur, in der wir über die Grundinhalte eines vorgefundenen Rechts nicht zu streiten brauchen, diese vielmehr als geltendes und durchsetzbares Gesetzesrecht anwenden können.

Auch der Amtseid, den jeder Amtsträger am Beginn seines Amtes leistet, lautet – im Grundgesetz in Art. 56 für den Bundespräsidenten vorgeschrieben –, dass der Amtsträger das Grundgesetz und die Gesetze des Bundes wahren und verteidigen, seine Pflichten gewissenhaft erfüllen „und Gerechtigkeit gegen jedermann üben werde". Hier ist die Gerechtigkeit wiederum eher die Zusammenfassung der gesetzlichen Rechtsbindung, Orientierungspunkt und Auslegungsziel für die Anwendung der Gesetze, nicht aber ein eigener Erkenntnisgrund für geltendes Recht. Im Übrigen erscheint der Begriff „gerecht" im Grundgesetz lediglich noch in dem verfassungsrechtlichen Maßstab, den Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG für die Bemessung der Enteignungsentschädigung vorgibt.

Dennoch behauptet des Grundgesetz selbstverständlich nicht, dass das geschriebene Recht sich stets mit der Gerechtigkeit decke. Die Erfahrungen der Verfassunggeber 1949 hatten gelehrt, dass das geschriebene Gesetz auch als Instrument des Unrechts eingesetzt werden kann. Diesen stetig beunruhigenden und warnenden Befund halten insbesondere Art. 20 Abs. 3 GG im Bewusstsein, der die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung „an Gesetz und Recht" bindet, und Art. 2 Abs. 1 GG, der die allgemeine Handlungsfreiheit nicht nur durch die verfassungsmäßige Ordnung sondern auch durch das Sittengesetz einschränkt.

Wenn das Grundgesetz die Idee der Gerechtigkeit nicht definiert, dem Juristen damit sein Handlungsziel nicht allgemein vorschreibt, so entspricht dieses dem Rechtsbewusstsein des Juristen. Dieser weiß, was Unrecht ist, kann aber Gerechtigkeit kaum definieren. Ihm geht es wie dem Arzt, der eine Krankheit diagnostizieren und die angemessene Therapie empfehlen kann, sich bei der Definition der Gesundheit jedoch schwer tut.

Erkunden wir die wichtigsten Inhalte der Gerechtigkeit, denken wir an den inneren Frieden, die Streitschlichtung allein im Dialog und nicht durch Faustrecht, die Garantie der Menschenwürde und der daraus folgenden Freiheits- und Gleichheitsrechte, den sozialen Ausgleich, die Mitwirkung der Bürger an den Entscheidungen ihrer Rechtsgemeinschaft. Das allgemeine, diesen Einzelinhalten der Gerechtigkeit zu Grunde liegende Prinzip aber ist das der Freiheit des mit gleicher Würde ausgestatteten Menschen: die Grundprinzipien eines friedlichen, von Gleichheit in Freiheit geprägten Zusammenlebens sind in die Hand der Freiheitsberechtigten Bürger gegeben. Der Verfassungsstaat baut darauf, dass die Tugenden der Fairness, des Anstandes, der Rücksichtnahme vom freiheitlich gebildeten Bürger mitgebracht werden, und er weiß, dass dieses harmonische Zusammenleben durch Polizeibeamte und Gerichtsvollzieher nicht erzwungen werden kann. Der freiheitliche Staat ist so fair und erfolgreich wie seine freiheitlichen Bürger. Das Gerechtigkeitsprinzip liegt also darin, dass die staatliche Rechtsordnung dem Menschen die Ziele seines Handelns nicht vorschreibt, sie grundsätzlich auf bevormundende Zweckvorgaben verzichtet und sich auf eine verbindliche Rahmenordnung der Freiheit beschränkt. Der Staat regelt und erzwingt ein Stück Gerechtigkeit nur in der Krise. Die Normalität alltäglicher Gerechtigkeit liegt in der Hand der Bürger.

II. Freiheit als Angebot

Wichtigster Inhalt dieser Staatsverfassungen sind die Freiheitsrechte. Freiheitsrechte sind Angebote, die der Berechtigte wahrnehmen oder auch ausschlagen kann. Er entscheidet selbst, ob er das Angebot zur Ehe und zur Familie annimmt, also eine Ehe und eine Elternschaft begründen oder allein leben will. Er beteiligt sich im Rahmen der Berufs- und Eigentümerfreiheit freiwillig am Erwerbsleben, unterliegt keinesfalls einem Arbeits- und Erwerbszwang. Er entscheidet individuell, ob er sich wissenschaftlich für das Auffinden der Wahrheit anstrengen, künstlerisch das Schöne in Formensprache ausdrücken, religiös die Frage nach dem Unauffindbaren stellen will. Und auch die Demokratie gewährt nur ein Wahlrecht, begründet keine Wahlpflicht.

Dennoch sind die Rechtsgemeinschaft und der Staat darauf angewiesen, dass die Mehrzahl der Berechtigten von sich aus die Freiheitsangebote annehmen und im Kind die Zukunft der Gemeinschaft sichern, im Erwerbsstreben der sozialen Marktwirtschaft, auch dem Finanz- und Steuerstaat eine Grundlage erwirtschaften, in der Anstrengung für Wissenschaft, Kunst und Religion dem Kulturstaat Gesicht, Sprache und Handlungsfähigkeit geben. Und die Demokratie muss gegenwärtig wieder

bewusst machen, dass ihre Legitimations- und Gestaltungskraft schwindet, je weniger Wahlberechtigte sich an den Wahlen beteiligen und damit die Abgeordneten und das Parlament als ihre Repräsentanten anerkennen.

Eine freiheitliche Staatsverfassung wird deshalb nur in Hochkulturen gelingen, in denen die Menschen dank innerer Bindung zur Freiheit bereit und kraft ihrer Ausbildung und Bildung zur Freiheit fähig sind. Freiheit baut deshalb auf menschlichen Freiheitssinn und allgemeine Verantwortlichkeitsmaßstäbe, auf Familie und Elternschaft, die Freiheitserfahrung, Lebensklugheit und Kulturtradition an die nächste Generation weitergeben, auf Schule und Wissenschaft, die Berufswissen, Lebenswissen und Kulturwissen erforschen und lehren.

Dabei wird vor allem die Erfahrung weitergegeben, dass der Mensch in einer Rechtsgemeinschaft nicht Freiheit, sondern Freiheitsrechte beanspruchen darf, das Recht aber stets auf einen Gegenüber trifft, der gleiche Rechte hat und auf den die Freiheitswahrnehmung abgestimmt werden muss, wenn sie ihn auch betrifft. Ein Freiheitsrecht ist deshalb ein Recht zur Beliebigkeit nur dann, wenn die kleinen Gegenwartsfreiheiten angenommen werden, die nur den Freiheitsberechtigten selbst berühren. Er wählt heute ein Glas Wein und morgen ein Glas Bier, fährt heute mit dem Auto und geht morgen zu Fuß, liest heute ein Buch und besucht morgen eine Ausstellung. Für diese Selbstbestimmung über eigenes Verhalten schuldet der Freiheitsberechtigte niemandem Rechenschaft. Würde der Staat nach dem Warum fragen, wird der freiheitsbewusste Mensch jede Antwort verweigern.

Für die individuelle Biografie wie für das Gemeinschaftsleben wesentlicher allerdings sind die großen Zukunftsfreiheiten, bei deren Wahrnehmung der Mensch im ersten Schritt frei, im zweiten hingegen gebunden ist. Diese Freiheiten bieten das Recht zur langfristigen Bindung, weil andere Menschen von der Ausübung der Freiheitsrechte mit betroffen sind: Der Student studiert viele Semester, um mit den so erworbenen Kenntnissen einen Lebensberuf für andere auszuüben. Der Unternehmer gründet eine Firma, die auch der Freiheit der Kunden, der Arbeitnehmer und der Vorlieferanten eine Grundlage bietet. Der Mensch baut ein Haus in einer Standsicherheit, die auch seinen Kindern und Enkelkindern dort noch ein Wohnen erlaubt. Die Eltern entscheiden sich für ein Kind und übernehmen damit eine unkündbare und unscheidbare lebenslängliche Elternverantwortlichkeit. Bei der Wahrnehmung dieser Zukunftsfreiheiten erschließt sich der Berechtigte einen neuen Lebensbereich und erweitert damit seine Freiheit wesentlich, muss sich dabei aber auch in Verantwortlichkeit gegenüber den mitbetroffenen Menschen rechtlich binden.

Würde ein Freiheitsberechtigter diese Bindungen abwehren und allein in der Gegenwartsfreiheit zur Beliebigkeit verharren wollen, so blieben ihm viele Türen zu Gärten der Freiheit versperrt. Wer nicht das Glück von Ehe und Familie, von Berufstätigkeit, von Firmengründung oder Hausbau erfährt, lebt in einem viel engeren Freiheitsbereich als derjenige, der sich in Freiheitsanstrengung, persönlicher Qualifikation und Bindungsbereitschaft weitere Freiheiten erschließt. Freiheit setzt damit auch auf eine Kultur, die zur Nachhaltigkeit, zur langfristigen Selbstbindung, zur verantworteten Freiheit befähigt.

Werden die Grundrechte so wieder als Rechte verstanden und in der Freiheit zur langfristigen Bindung wahrgenommen, so grenzt Freiheit den Berechtigten nicht aus der Rechtsgemeinschaft aus, entlässt ihn nicht in eine selbstgenügsame Vereinzelung, sondern stärkt seine Zugehörigkeit zu Staatsvolk und Staat, stützt auch die demokratische Verantwortlichkeit des Staatsbürgers für sein Gemeinwesen. Freiheitsrechte bestimmen über die Art und Weise menschlicher Begegnung, sichern nicht einen Weg zu Einsamkeit und Distanz.

Allerdings entspricht der Mensch nicht immer dem Ideal des selbstbestimmten, gestaltungsfreudigen, urteilsfähigen Freien, sondern ist häufig abhängig und hilfsbedürftig. Das Kind ist zunächst auf die Ernährung und Betreuung durch die Mutter angewiesen, empfängt von ihr die Muttersprache, wird von den Eltern in eine stetig wachsende und anspruchsvoller werdende Gemeinschaft der Familie, der Nachbarschaft, der Kirche, des Sports, des Wirtschaftslebens und der Kultur eingeführt, wird in Schule und Ausbildungsstätte unterrichtet und erzogen, ist in unserem System arbeitsteiligen Wirtschaftens und Versorgens auf Leistungen anderer angewiesen, stützt sich bei Krankheit und Altersgebrechlichkeit auf eine helfende Hand, braucht in Fällen jeglicher Not Beistand und Unterhalt durch Dritte. Das Freiheitsrecht gewährt hier nicht Freiheit vom Staat oder dem Einfluss anderer, sondern Freiheit durch andere, ereignet sich nur in der Verantwortlichkeit oder rechtlichen Verpflichtung Dritter. Das Grundgesetz schützt deshalb die Freiheit der Kinder durch ein Elternrecht, das ausdrücklich auch Elternpflicht ist.

III. Freiheit im Vertrauen auf eine Verfassung

Ein Zusammenleben in Freiheit stützt sich somit auf das Vertrauen, dass die Freiheitsberechtigten die Freiheitsangebote annehmen, Freiheit als Recht – in der Verantwortlichkeit gegenüber dem mitbetroffenen Partner – wahrnehmen, sie deshalb den Schwachen und Hilfsbedürftigen schützen. Der Mensch vertraut nur einem anderen, wenn er ihm vertraut ist, er die Erfahrung gewonnen hat, dass vom anderen keine Täuschung oder Verletzung droht, dass man ihm offen und unbeschwert begegnen kann, er also verantwortlich handelt.

Eine Grundlage dieses Vertrauens bietet die Verfassung. Das Grundgesetz ist das Gedächtnis der Demokratie, das die Mindestanforderungen menschlichen Zusammenlebens rechtsverbindlich regelt, jedermann auf diese rechtliche Ordnung verpflichtet und dem Staat Autorität und Organe gibt, um dieses Recht zu setzen und durchzusetzen. Freiheit ereignet sich im Rahmen dieser Verfassung, findet dort ihr Fundament gemeinsamer Werte, gewinnt in den unverletzlichen und unveräußerlichen Rechten und Institutionen eine geistige, prinzipielle Orientierung und konkrete, praktische Verhaltensvorgaben. Die Verfassung gibt verstärkt Werte, bewährte Institutionen und verlässliche politische Erfahrung rechtsverbindlich an die Zukunft weiter. Die Vorschriften sind Nachschriften von historischen Erfahrungen, menschlichen Einsichten, gemeinsamen Wertungen, aber auch Vorausschriften von Lebensregeln, die Vorrang vor individuellem Wollen und tagesaktuellen Rechtssätzen bean-

spruchen, auch Vorbehalte für das zukünftige Setzen und Durchsetzen von Recht begründen.

Ausgangspunkt und Mitte dieser Verfassung ist die Garantie der Menschenwürde. Jeder Mensch hat Würde, allein weil er existiert. Mag er reich oder arm, mächtig oder ohnmächtig, gesund oder krank, erfolgreich oder erfolglos, Mann oder Frau, Inländer oder Ausländer sein, er ist in seinem Dasein und Sosein in dieser Rechtsordnung willkommen. Diese Würde ist der Wert, der die Verfassungsordnung zusammenhält. Der Verfassungsstaat und seine Ordnung anerkennen jeden Menschen als Zugehörigen. Er ist dem Staat anvertraut, wird nicht ausgegrenzt, nicht geächtet, nicht entrechtet und verfolgt, sondern als Mensch rechtlich geschützt, als Person zu einem Rechtssubjekt gemacht, das Rechte erwerben und sich am Rechtsleben beteiligen kann, als Persönlichkeit in seiner freien Entfaltung geschützt und geachtet.

Diese Idee der Menschenwürde hat in der christlichen Lehre vom Mensch als imago dei ihren Ursprung. Nicht nur König und Fürst, sondern jeder Mensch beansprucht Ebenbildlichkeit Gottes, damit Personalität, Individualität und Freiheit. Diese christliche Lehre von der Würde jedes Menschen ist der radikalste und wirksamste Gleichheitssatz der Geschichte, weil er jedem Menschen einen gleichen rechtlichen und sozialen Status zuspricht und in diesem Status Freiheit gewährt und Verantwortlichkeit erwartet. Der christliche Fundamentalgedanke von der Menschenwürde ist seit mehr als zweitausend Jahren erprobt und bewährt, ist später im Humanismus, in der Aufklärung, in den sozialen Bewegungen des 19. Jahrhunderts verstärkt und verdeutlicht worden, bildet heute die unverzichtbare Kernaussage aller Verfassungsstaaten. Dieses Bekenntnis zur Menschenwürde bestimmt das Grundgesetz in seiner Identität. Diese Verfassung kann in einzelnen Aussagen verändert werden. Eine Änderung des Grundgesetzes aber, die das Axiom der unantastbaren Menschenwürde berührt, nähme dem Grundgesetz seine Mitte und ist deshalb unzulässig. Das Grundgesetz sucht in seiner Schlussbestimmung die aus der Menschenwürde folgenden Prinzipien von Freiheit und Demokratie sogar für den Fall der Verfassungsablösung, der revolutionären Ersetzung dieser Verfassung durch eine andere zu bewahren.

Unsere Verfassung muss sich gegenwärtig nicht in Revolutionen bewähren, sondern in ihrer Offenheit gegenüber anderen Kulturen. Die modernen Möglichkeiten weltweiten Reisens, Begegnens und Tauschens bieten die Freiheitschancen, sich durch fremde Kulturen anregen, durch das Unvertraute herausfordern und erneuern zu lassen. Allerdings setzt die Freiheit für das Ungewohnte und Andersartige die Sicherheit im Eigenen, die Unverbrüchlichkeit und Unverletzlichkeit der eigenen Verfassung voraus. Die multikulturelle Gesellschaft ist offen, gestattet aber keinen Wettbewerb der Kulturen um den Inhalt der Verfassung. Offenheit setzt Freiheit voraus, Freiheit braucht eine freiheitliche, demokratische Verfassung.

Die Forderung, kulturelle Offenheit und Vielfalt müsse eine stetige Verfassung bewahren, wird einsichtig, wenn wir sie ins Konkrete wenden: Unsere Verfassung spricht jedem Menschen, auch dem Andersdenkenden und politischen Gegner, eine gleiche Würde zu; andere Staaten definieren den politischen Gegner als „Schädling",

den es zu vernichten gilt, und treten deshalb der Rot-Kreuz-Konvention nicht bei. Unsere Verfassung anerkennt die Würde jedes Menschen und garantiert deshalb die Gleichberechtigung von Mann und Frau, andere Kulturen erwarten von den Frauen, dass sie dem Manne ein Leben lang dienen. Unsere Verfassung kennt das demokratische Prinzip der Macht auf Zeit, der Abwählbarkeit der Mächtigen; andere Staaten erwarten, dass die Menschen dem Staatsführer ein Leben lang huldigen. Freiheitliche Verfassungen kennen die Religionsfreiheit für jedermann, andere Verfassungen begründen eine Staatsreligion, die den Austritt aus der jeweiligen Religionsgemeinschaft mit Strafe bedroht. Das Grundgesetz garantiert das privatnützige Eigentum, andere Verfassungen behalten dem Einzelnen unter dem Stichwort des „Volkseigentums" das Eigene vor.

Viele weitere Verfassungsinhalte, insbesondere die Freiheit von Wissenschaft und Kunst, Ehe und Familie, Medien und Erwerbswirtschaft, Wohnung und Privatsphäre, belegen, dass das Grundgesetz in seinen Kerngewährleistungen nicht zur Disposition steht, die freiheitliche Demokratie wehrhaft ist, wenn sie sich gegenüber anderen Rechtsordnungen bewähren muss. Kulturelle Offenheit setzt die Sicherheit in der eigenen Rechtskultur voraus. Toleranz braucht den eigenen verlässlichen Standpunkt, der selbstbewusst und deshalb gelassen verteidigt wird.

IV. Freiheitsschutz durch einen starken Staat

Das Freiheitsrecht zur Begegnung mit anderen freien Menschen braucht also einen Staat, der die Freiheitsrechte gegen Gegner der Freiheit durchsetzt. Das Entstehen des Staates im Bürgerkrieg zeigt, dass die Staatsgewalt als Garant inneren Friedens erst Freiheit ermöglicht. Der Alltag von Kriminalität und Vertragsbruch lehrt, dass die freiheitliche Begegnung ohne Staatsanwalt und staatliche Gerichte nicht gelingen wird. Internationale Konflikte erinnern daran, dass gerade die Kultur- und Wirtschaftserfolge freiheitlicher Gesellschaften Begehrlichkeiten wecken und deshalb durch den freiheitlichen Staat auch gegen andere Staaten verteidigt werden müssen. Die Instrumente dieser Verteidigung bietet das Recht mit seiner innerstaatlichen Friedensordnung, dem europäischen Staatenverbund, den Vereinten Nationen und dem sonstigen Völkerrecht, aber auch mit dem Anspruch eines staatlichen Gewaltmonopols, das Recht bewahrt und durchsetzt und deshalb die Rechtstreue aller beteiligten Menschen fordert. Freiheit wird zur Willkür, wenn sie nicht rechtlich gebunden ist.

Freiheit setzt deshalb auf einen Rechtsstaat. Recht beansprucht Geltung und muss diesen Geltungsanspruch notfalls durch staatliche Organe erzwingen. Würde aber das Recht nur befolgt, weil es jeweils erzwungen ist, würde der Rechtszwang in seiner Häufigkeit und Intensität Freiheit widerlegen und am freiheitsbewussten Menschen scheitern. Recht und Staat setzen deshalb die Bereitschaft der Gemeinschaft zu Frieden, bindenden Werten, zu Pflicht und Grenze voraus. Das einsichtige und vertraute Recht wird von den Menschen angenommen, die Demokratie von den Bürgern gelebt, weil eine gemeinsame Wertekultur Rechtsgemeinschaft und Staatsvolk zusammenhält. Die Autorität des Rechts gründet auf seiner Überzeugungskraft.

Der Verfassungsstaat muss seine Verfassungskraft einsetzen, um das Recht und seine Entwicklung gegenüber Wirtschaft, Medien und einer zur Vereinzelung neigenden Gesellschaft zur Wirkung zu bringen. Dabei hat er weniger, wie in den Gründerzeiten des Staates, für die Beachtung der verbindlichen Regel zu kämpfen; mächtige Gruppen im Staat haben schon erreicht, dass die Parlamente das Recht nach ihren Wünschen umgestalten. Die Rechtsordnung regelt nicht mehr nur die allgemeine und einfache Struktur des Zusammenlebens, sondern befriedigt tagesaktuelle Regelungsbedürfnisse und gruppennützige Rechtsanliegen. Aus der rechtlichen Grundsatzordnung wird eine überquellende Fülle von Detailregelungen, die Besonderheiten, Ausnahmen, Privilegien und Bevorzugungen enthalten. Die Gleichheit vor dem allgemeinen Gesetz und das Verbot der Einzelfallgesetze verlieren an praktischer Wirksamkeit.

Gegenüber der Privatwirtschaft und ihren mächtigen Verbänden hat der Staat insbesondere seine freiheitssichernde Geradlinigkeit im Steuerrecht, im Arbeitsrecht und im Sozialrecht verloren. Das Steuerrecht folgt zunehmend dem Anliegen einer Klientelwirtschaft, die durch eine Fülle von Vergünstigungen und Bevorzugungen Menschen an den Staat und eine Politik zu binden versucht, sich dabei aber in diesem Privilegiensystem fast bis zur Handlungsunfähigkeit verheddert: Der Beschenkte ist nicht dankbar, sondern verlangt mehr; der Schenker hat Beifall empfangen und hofft auf weiteren Applaus. So dreht sich die Spirale wachsender, oft auch widersprüchlicher Steuerbevorzugungen immer mehr. Fast jeder Steuerpflichtige glaubt, sein Privileg mache ihn zum Privilegierten, ohne zu ahnen, dass die Privilegien seines Nachbarn oder Konkurrenten zahlreicher sind, er deshalb durch einen Verzicht auf alle Privilegien steuerlich besser gestellt würde. Zudem kauft der Staat dem Begünstigten ein Stück seiner Freiheit wieder ab, wenn er einen Steuervorteil davon abhängig macht, dass der Steuerpflichtige in den Schiffsbau, den Denkmalschutz, den Filmfond oder das Windrad investiert, er also Verhaltensweisen wählt, für die er sich selbst aus eigener ökonomischer Vernunft so nicht entscheiden würde. Wenn der Steuerpflichtige sich schließlich noch in Verlustzuweisungsgesellschaften rechtlich bindet, deren ausschließlicher Zweck das Produzieren von Verlusten ist, so hat der Freiheitsberechtigte seine Freiheit zur ökonomischen Vernunft gänzlich aufgegeben.

Im Arbeitsrecht dominiert das von den Verbänden vereinbarte kollektive Recht deutlich über den individuell abgeschlossenen Arbeitsvertrag. Die von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften vereinbarten Tarifverträge haben das historische Verdienst, die Schwäche des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber ausgeglichen zu haben. Heute aber schützt diese Verbandstruktur oft eher den hohen Lohn- und Sozialversicherungsanspruch der Arbeitnehmer zu Lasten der jungen Nachfrager nach einem Arbeitsplatz und der sonstigen Arbeitslosen. Dadurch wird der im Arbeitsleben Schwache und Schutzbedürftige falsch definiert. Aus dem Schutz des Schwächeren wird ein Besitzstand der Etablierten.

Auch die Erneuerung des sozialen Sicherungssystems veranlasst den Staat, den Freiheitsberechtigten wieder auf die Freiheitserwartung der Rechtsgemeinschaft zu verweisen. Der „Generationenvertrag" wird die Leistungsversprechen nur erfüllen können, wenn der zweite Vertragspartner, die nächste Generation, in ausreichender Zahl

geboren worden ist, die Menschen also ihre Freiheit zum Kind vermehrt wahrnehmen. Sodann darf das soziale Sicherungssystem nicht genutzt werden, um durch Frühverrentung und Entlassung Betriebssanierungen im Sozialsystem zu finanzieren, also ein Sanierungsproblem auf die Sozialversicherung zu überwälzen. Schließlich hat jedes Kollektiv und jedes weitgehend anonym finanzierte Leistungssystem den Hang, neuen Finanzbedarf zu entwickeln, Macht und Reichtum der Finanzfonds und ihrer Herrscher zu mehren, die Frage nach einer Entlastung der Systeme und ihrer Beitragszahler möglichst zu unterbinden.

Deshalb muss der Staat den rechtlichen Rahmen einer freiheitlichen Gesellschaft so erneuern, dass jeder Steuerpflichtige, der den Inlandsmarkt mit seiner Rechts- und Währungsordnung, seinen gut ausgebildeten Arbeitskräften, seiner Kaufkraft genutzt hat, auch tatsächlich und unausweichlich zur Finanzierung dieses Staates beiträgt. Das kollektive Arbeitsrecht muss vom Staat so gelockert und für Individualvereinbarungen zugänglich gemacht werden, dass die Schwachen – die Arbeitslosen und Berufseinsteiger – gegenüber den Starken eine faire Chance gewinnen. Das Recht der sozialen Sicherung ist vom Staat so umzugestalten, dass diejenigen, die zum Generationenvertrag am meisten beigetragen haben, die Eltern und herkömmlich die Mütter, die besten Ansprüche erhalten, dass die Sicherung gegen individuelle Not auch sozialrechtlich in der Familie ihren Ursprung findet. Hier muss der Staat Stärke gegenüber privater Mächtigkeit beweisen, die Anliegen der res publica gegenüber Verbands- und Gruppenzielen durchsetzen.

Diese Gestaltungskraft des Staates hängt von der Einsichtigkeit des Rechts, dem Ansehen der Politiker, der gelebten Demokratie ab. Damit liegen Chancen und Risiken einer freiheitlichen Demokratie vielfach in Händen der Medien. Die Freiheit der Meinungsäußerung, die Freiheit von Wort und Bild auch der Medienorganisationen ist ein wesentlicher Inhalt freiheitlichen Begegnens und Austauschens. Zugleich bietet die Freiheit der Medien die beste Gewähr, dass der Bürger über Staat und Gemeinschaftsleben gut informiert ist, er die programmatischen und personellen Alternativen der politischen Parteien kennt, er im Kommentar für Deutungs- und Verstehensalternativen nachdenklich wird. Ebenso aber kann die Macht des Wortes und des Bildes diffamieren und zerstören. Meister des Wortes wie Heinrich Böll oder Jean-Paul Sartre haben in der „Katharina Blum" und im „Nekrassow" gezeigt, wie der Pranger der Medien einen Menschen zerstören oder seiner Identität berauben kann. Wer über einen Menschen, den er persönlich nicht kennt, ständig etwas Verächtliches oder Vorwerfbares liest, wird diesen Menschen in dem Blickwinkel dessen beurteilen, der die Feder oder das Mikrofon in der Hand hat. Die Macht des Bildes kann sich jeder bewusst machen, der abends Fernsehnachrichten ohne Ton anschaut und dabei erlebt, wie der eine Politiker im Glanz von Lächeln, Staatssymbolen und Publikumsbeifall präsentiert, der andere übermüdet, in der Hast seines Weges, umringt von Kritikern dem Zuschauer gezeigt wird.

Die politischen Parteien tun ein Übriges, um den politischen Gegner als unbegabt, verblendet, eigennützig, sogar als korrupt und kriminell darzustellen, die andere Partei mit Szenen der Intrige, des Ränkespiels, der Kleinlichkeit, der Staats- und Zukunftsvergessenheit, auch des Unsozialen, der Umweltausbeutung, der Kinder- und

Familienfeindlichkeit zu verbinden. In diesen Darstellungen liegt oft ein Stück berechtigter Kritik. Problematisch ist die Personalisierung und Übersteigerung. Während das Wirtschaftsunternehmen in einem harten Wettbewerb nach guter kaufmännischer Gepflogenheit und einem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb die eigene Leistung und sich selbst preist, nicht aber Personal und Produkte der Konkurrenz herabwürdigt, kennt der politische Wettbewerb diesen Stil von Leistungswettbewerb und Lauterkeit nicht. Wenn aber das Führungspersonal der Politik sich wechselseitig gering schätzt und sich Geringschätzungen durch die Medien fast wehrlos bieten lässt, erfasst diese Einschätzung letztlich auch die staatlichen Institutionen, schreckt den politischen Führungsnachwuchs ab, lässt den Wähler in der Bereitschaft ermüden, den Gewählten zu legitimieren.

Auch hier wird der Staat seine rechtliche Gestaltungsmacht einsetzen müssen, um zu dem Prinzip der Freiheitsrechte zurückzufinden. Deshalb muss sich jeder Mensch – auch der Prominente und Politiker – eine geschützte Privatsphäre bewahren können, in der er nicht gesehen, nicht fotografiert und nicht kommentiert wird. Sodann könnte der Staat freiheitliche Selbstkontrollmechanismen der Journalisten und Medien anregen, in denen jeder Berichterstatter, jeder Kommentator und Regisseur in einem Jahresrückblick verantwortet, warum er berichtet oder geschwiegen, gelobt oder getadelt, gehofft oder befürchtet, wiederholt oder abgebrochen hat. Diese Selbstkontrolle unter Journalisten könnte Maßstäbe bilden und Verantwortlichkeiten stärken, ohne dass der freiheitsverpflichtete Staat Freiheitsgrenzen rechtlich neu definieren müsste.

Der Staat hat auch ins Bewusstsein zu rücken, dass Freiheitsrechte nicht die Vereinzelung, sondern die Begegnung meinen. Wenn viele Menschen glauben, ihr Berufs- und Privatleben als Individuum gestalten zu können, werden sie erleben müssen, dass die mitmenschliche Begegnung in Flüchtigkeit und Wechsel den Erlebnisbereich des Menschen wesentlich verkürzt. Wer Ehe und Familie nicht erlebt, seine Gestaltungskraft für die eigene Wohnung und den eigenen Garten nicht eingesetzt, seine berufliche Leistungskraft niemals angestrengt genutzt hat, hat viele Gärten der Freiheit nicht betreten und damit seinen Freiheitsraum wesentlich verkürzt. Wer ohne bewusste Entscheidung in eine Entwicklung hineinstolpert, die ihn immer mehr aus seiner privaten Bindung löst und oft ein Einkommen ohne besondere Anstrengung liefert, wird einen Lebensweg ohne herausragende Anstrengung, ohne intensive Erlebnisse beschreiten. Montesquieu hat den Untergang Roms vor allem dadurch erklärt, dass die Römer vom Staat ein anstrengungsloses Einkommen und lebenslängliche Sicherung erwarteten, sie deshalb die Sicherheit in ihren Familien vernachlässigten. Die Stärke des freiheitlichen Staates liegt auch in der Gebundenheit der Freiheitsberechtigten in ihren Familien und im Erfolg individueller Erwerbsanstrengungen.

Auch heute stehen wir vor der Frage, ob wir vom Staat eher Recht oder Geld erwarten. Grundsätzlich soll der Staat das Recht setzen und durchsetzen, so dass der Bürger sein Leben in Freiheit selbst gestalten und auch sein Geld – geprägte Freiheit – selbst verdienen kann. Der Staat kann grundsätzlich nur das geben, was er steuerlich genommen hat. Jede Geldforderung an den Staat verlangt also eine Steuererhöhung.

Deswegen müssen die Staatsaufgaben wieder auf den wesentlichen Kernbereich hoheitlichen Handelns – die Sicherheit, die Rechtsgewähr, Bildung und Erziehung, Infrastruktur und sozialen Ausgleich – beschränkt werden, vor allem aber ist dem Bürger die Chance anzubieten, sein Einkommen selbst zu erwerben. Der selbsterworbene Euro ist allemal mehr wert als der vom Staat geschenkte. Der Sozialstaat ist deswegen am erfolgreichsten, wenn der Bedarf nach Staatsleistung und damit das Sozialbudget sinken.

V. Recht aus unterschiedlichen Quellen

Der Mensch erwartet Recht grundsätzlich vom Staat. Die staatliche Gewähr von Frieden, Freiheit und Existenzsicherheit setzt traditionell eine Nation, eine Demokratie, ein Staatsvolk, eine gemeinsame Kultur in Sprache, Geschichte und Lebensauffassung voraus. Zu diesen Bedingungen der Staatlichkeit tritt die Weltoffenheit, die Begegnung mit anderen Kulturen hinzu. Im weltweiten Reisen, Wirtschaften und Austauschen bietet der Staat einen verlässlichen Ausgangs- und Rückkehrpunkt, empfängt aber einen Erneuerungsauftrag, der einer weltoffen erlebten Freiheit ein kulturelles Fundament sichern muss, deswegen die Bedingungen der eigenen Kultur wahren und anderen Rechtsgemeinschaften die kulturellen Voraussetzungen dieser Freiheit vermitteln muss.

Der Bürger findet seine politische Mitte und sein Recht in seinem Staat, der ihm ein Leben in Frieden, in der ihm vertrauten Kultur, in verfassungsrechtlich gewährter Freiheit garantiert. Diesem Staat wächst gegenwärtig die zusätzliche Aufgabe zu, in der Vielfalt und Vielsprachigkeit der völkerrechtlichen und europarechtlichen Rechtsbindungen alle in Deutschland geltenden Normen zusammenzuführen, inhaltlich aufeinander abzustimmen, in deutscher Sprache zu überbringen und unter den Bedingungen des nationalen Rechts zur Wirkung zu bringen.

Der Staatsbürger sieht sich aber nicht nur der Gewalt seines Staates gegenüber, die seine Sprache spricht, seine Kultur und Geschichte teilt, ihm in verfassungsrechtlicher Gebundenheit und politischer Orientierung vertraut ist, sondern erlebt zugleich eine europäische Hoheitsgewalt, die durch ihm kaum bekannte Personen verkörpert wird, ihm in nur wenig sichtbaren und geläufigen Organen begegnet, ihm eher fern und fremd erscheinen. Das Staatsvolk erlebt seine Zusammengehörigkeit als französisches, englisches, italienisches oder deutsches Volk, baut nicht auf eine Zusammengehörigkeit im Verbund dieser Völker. Der Menschenrechtsberechtigte erfährt die Europäische Union vor allem in ihrem Kernbereich einer Wirtschaftsgemeinschaft, die den Menschen in den Prinzipien von Marktfreiheit und Wettbewerb als Produzenten und Konsumenten sieht, weniger in seinen kulturellen und familiären Rechten zur Entfaltung bringt.

Gerade in der gegenwärtigen Rechtswirklichkeit sich überschneidender, teilweise auch gegenläufiger Rechtskreise braucht der Mensch die Kulturgemeinschaft des demokratischen Staatsvolkes, das sich auf der Grundlage einer gemeinsamen Geschichte, einer prinzipiell lebenslänglichen Staatsangehörigkeit, einer geografischen

und kulturellen Zusammengehörigkeit, gemeinsamer wirtschaftlicher Anliegen zusammengehörig weiß, sich Organe gibt, um ein in dieser Gemeinschaft verbindliches Recht zu setzen und durchzusetzen. Dieser für die Demokratie notwendige Befund eines vorgefundenen Staatsvolkes bildet den Ausgangsgedanken der Nation. Eine in ihrer Kultur zusammengehörige Gemeinschaft von Menschen nutzt diese Zusammengehörigkeit, um daraus einen demokratischen Staat, eine der Freiheit des einzelnen verpflichtete Rechtsgemeinschaft, eine Gruppe sozialen Zusammenhalts zu bilden. Dieser Zusammenhalt begründet in seiner politischen Bedeutung den Kerngehalt der Nation.

Deswegen definieren sich fast alle Staaten dieser Erde selbstbewusst als Nationen, die in den „Vereinten Nationen", der UNO zusammengeschlossen sind. In Deutschland allerdings ist der Begriff der „Nation" ein schwieriger. Schon das Heilige Römische Reich deutscher Nation hatte nicht die Kraft, die Partikularinteressen der Fürsten in der deutschen Sprach- und Kulturgemeinschaft so zu einigen, dass sie dem Kaiser für seine nationalen Aufgaben die notwendige Grundausstattung bereitgestellt hätten. Die Teilung der Christenheit in Deutschland hat später mehr Kriege verursacht als dass sie nationale Verwaltungseinheiten zugelassen hätte, wie sie in der Nachbarschaft Deutschlands als fast selbstverständlich entstanden sind. Später stand der Gegensatz zwischen Preußen und Österreich der Bildung einer Nation entgegen. In der Paulskirche sprachen die Abgeordneten beim Bemühen um eine deutsche Verfassung von einem Volk ohne Nation. In der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts ist dann der demokratisch-rechtsstaatliche Gedanke der Nation zum Nationalen verkümmert, hat sich in einer verfremdenden Kombination von National und Sozialismus schlechthin diskreditiert. Die Folge war eine Trennung Deutschlands in zwei Staaten, die im jahrzehntelang wirksamen Wiedervereinigungsvorbehalt eine innere Zugehörigkeit der Staatsbürger zu ihrer Nation erschwerte und letztlich in einem eher formalen Verfassungspatriotismus seine politische Mitte suchte.

Erst in der Gegenwart des wiedervereinigten Deutschlands, seiner gefestigten staatlichen Struktur und staatspolitischen Aufgabe ist es möglich, Deutschland wieder in der Unbekümmertheit der Sprache der Vereinten Nationen und des europäischen Unionsvertrages als Nationalstaat zu bezeichnen, die strukturellen Garantien der Staatsverfassung in der nationalen Kultur und ihren Menschen zu verankern. Erst in diesem Tatbestand einer kulturell verwurzelten, verfassungsrechtlich geformten Nation begreift Deutschland sich wieder als gleichberechtigtes Mitglied in der Staatengemeinschaft und wird von den anderen Staaten auch so gesehen und anerkannt.

Jeder Staat beansprucht Staatshoheit, die oberste und letzte Gewalt, um Recht und Frieden nach innen zu gewährleisten, die Unabhängigkeit von anderen Staaten zu wahren und die staatliche Gemeinschaft gegenüber Dritten zu repräsentieren. Die Hoheit des Staates sichert den Zusammenhalt im Staat, wenn Gruppen seine Einheit gefährden oder die Autorität des Rechts und damit den inneren Frieden schwächen. Auch nach außen beansprucht der Staat die Souveränität, gegenüber anderen Staaten mit der maßgeblichen Stimme für das Staatsvolk zu sprechen, über das eigene Gebiet zu bestimmen, über die Rechtsbeziehungen zu anderen Staaten zu entscheiden.

Allerdings übersteigen die Staatsaufgaben von jeher die Leistungsfähigkeit eines einzelnen Staates. Universale Menschenrechte wurzeln in einer staatenübergreifenden Wertegemeinschaft und drängen auf internationale Gewährleistungs- und Kontrollsysteme. Der Weltfrieden ist nur in einem weltweiten System kollektiver Sicherheit zu gewährleisten. Global tätige Wirtschaftsunternehmen haben die Grenzen der Nationalökonomie längst überschritten. Der Umweltschutz fordert gemeinsame, generationenübergreifende Vorkehrungen aller Staaten. Informations- und Nachrichtensysteme nehmen Landesgrenzen nicht zur Kenntnis. Wanderungsbewegungen von Immigranten und Flüchtlingen erreichen mehrere Kontinente. Wissenschaft und Technik pflegen seit Jahrhunderten die Zusammenarbeit in aller Welt. Die Medien, der Sport und das Reisen finden nur noch im staatenübergreifenden Recht ausreichende Maßstäbe. Die Staaten sind deshalb auf die Zusammenarbeit in übergreifenden Organisationen angelegt.

Diese kooperationsoffene Staatensouveränität ist historisch überkommen. Das römische Recht hat vor 200 Jahren eine europäische Wirtschaftsgemeinschaft begründet, die dem Wirtschaften ein gemeinsames Recht in gemeinsamer – lateinischer – Sprache zugrunde legte. Die katholische Kirche hat jahrhundertelang ihren Einfluss im Dienst einer europaweit geltenden Rechtsordnung über den Staaten und deren Vorläufer ausgeübt. Die Hansastädte haben eine Art teileuropäischer Wirtschaftsgemeinschaft entwickelt und praktiziert. Adelsfamilien in Europa haben das Familien- und Erbrecht genutzt, um staatenübergreifende politische Gemeinschaften zu begründen.

Wechselseitige Bindung und rechtlicher Zusammenhalt unter Staaten ist also für die Rechtsgeschichte in Europa geläufig. Allerdings hat die Europäische Gemeinschaft dieses Prinzip am deutlichsten ausgeprägt, als sie einen „Staatenverbund zur Verwirklichung einer immer engeren Union der – staatlich organisierten – Völker Europas" organisierte, wie es das deutsche Bundesverfassungsgericht qualifizierte. Die Eigenart dieser in der Chiffre der Überstaatlichkeit (Supranationalität) angedeuteten Besonderheit dieser Gemeinschaft liegt in ihrer erheblichen, aber begrenzten Fülle von Hoheitskompetenzen der fortschreitend stärker werdenden Gemeinschaftsgewalt, des begrenzten Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht und der unmittelbaren – nicht jeweils durch nationale Organe vermittelten – Geltung des Europarechts in den Mitgliedstaaten.

Allerdings verfügt die Europäische Union nicht über eine eigene Finanzgewalt, finanziert sich vielmehr in Anteilen und Zuweisungen aus mitgliedstaatlichen Steuererträgen. Sie hat kaum eigene Vollstreckungsorgane, ist deshalb auf die Vollzugsorgane ihrer Staaten angewiesen. Sie wird getragen von der langfristigen, aktuellen Zustimmung ihrer Mitgliedstaaten, die Herren der Verträge sind, auch das Recht hätten, aus der Union auszutreten. Die wesentliche demokratische Legitimation empfängt die Europäische Union als Gemeinschaft ihrer Mitgliedstaaten durch die nationalen Staatsvölker und ihre Parlamente, nicht durch ein – nichtexistierendes – europäisches Staatsvolk und das „Europäische Parlament", das nicht Gesetz- und Budgetgeber ist, vielmehr an der Gesetzgebung und Haushaltsplanung durch den Europäischen Rat, einem Exekutivorgan, beteiligt ist.

Der Charme dieser Europäischen Union liegt darin, dass sie stets in der Entwicklung, immer unfertig, ständig eine Baustelle ist, deswegen auf Erneuerung und Erweiterung drängt, sie andererseits keinen Mitgliedstaat in der Zwangsjacke unausweichlicher Mitgliedschaft bindet, sie vielmehr von der aktuellen Zustimmung der Mitgliedstaaten getragen wird. Die Europäische Union bildet die historisch einmalige Chance eines gefestigten, stetigen Friedens in Europa, eines freien Wirtschaftens und wissenschaftlichen Austausches im europäischen Binnenmarkt, einer gemeinsamen Vertretung europäischer Interessen in der Weltgemeinschaft der Staaten und auf den Weltmärkten, vielleicht auch einer gemeinsamen europäischen Wertungsmitte in einer europaeigenen Kultur der Freiheit und Demokratie.

Der Europäische Konvent hat den Entwurf eines Vertrages für eine Europäische Verfassung vorgelegt, hofft also, einen „Verfassungsvertrag" zu begründen. Dieser Begriff allerdings ist ein Widerspruch in sich. Die Verfassung bietet die dauernde Grundordnung eines Staates, der Vertrag eine Vereinbarung unter Staaten. Die Verfassung regelt die stetigen, unverzichtbaren Prinzipien des staatlichen Gemeinwesens, während der Unionsvertrag die Vereinbarungen eines Staatenverbundes enthält, in dem die Mitgliedstaaten einen Teil ihrer Hoheitsgewalt gemeinsam ausüben wollen. Die Verfassung wird von der verfassunggebenden Gewalt, dem Staatsvolk, hervorgebracht, der Vertrag von den Vertragspartnern. Der „Verfassungsvertrag" ist begrifflich das runde Quadrat – ein beunruhigender Rechtsbefund, weil Recht in Sprache, in klaren Begriffen überbracht wird.

Nun mag der allgemeine Sprachgebrauch es erlauben, jemanden – auch die Europäische Union – „in guter Verfassung" zu sehen, ihr also gute Gesundheit, Kondition und Handlungsfähigkeit zuzusprechen. Auch redet das Recht gelegentlich von der „Wirtschaftsverfassung" oder „Kommunalverfassung", wenn sie die Grundstruktur von Kapitalgesellschaften oder Kommunen bezeichnen will. Dieser flüchtige Sprachgebrauch ist unbedenklich, soweit mit ihm nicht konkrete Rechtsaussagen verbunden und bestimmte Geltungs- und Vorranganspruche verknüpft werden. Der Bürger allerdings erwartet, dass die Rechtsordnung von einheitlichen Begriffen bestimmt wird: Er sieht in der Verfassung die Grundordnung seines Staates, den Entstehens- und Erkenntnisgrund für die rechtliche Struktur des Gemeinwesens.

Dr. Andreas Deutsch*

Individualbestimmungen des Anbieters bei Onlineauktionen

Abstract

Internetauktionen sind längst ein Milliardenmarkt. 12 Millionen Deutsche nehmen daran teil. Juristisch ist jedoch vieles Neuland. Probleme entstehen häufig dann, wenn ein Anbieter von den durch das Auktionshaus festgelegten und von den Teilnehmern akzeptierten Auktionsregeln abweicht, beispielsweise in sein Angebot hineinschreibt, es handele sich nur um eine Umfrage, ein Verkauf sei gar nicht oder erst ab einem bestimmten Preis gewollt. Während eine Literaturansicht solche Individualbestimmungen grundsätzlich für unwirksam hält, räumt ihnen die Rechtsprechung zumeist Vorrang vor den AGB des Auktionshauses ein. Im folgenden Aufsatz soll geklärt werden, wie es zu diesen unterschiedlichen Ansätzen kommen kann und welche Meinung zu sachgerechteren und dogmatisch korrekteren Ergebnissen führt.

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Assistent im Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a. M., zugleich Lehrbeauftragter an den Universitäten von Frankfurt a. M. und Heidelberg.

Wer über Ebay oder ein anderes Internetauktionshaus ein Produkt oder eine Leistung zur Versteigerung anbietet, ist vertraglich an die AGB des Auktionshauses gebunden, die den Ablauf der Auktion bis ins Detail regeln. Was aber geschieht, wenn der Anbieter von den Geschäftsbedingungen des Auktionshauses abweicht, etwa in sein Angebot hineinschreibt, die Auktion solle nicht verbindlich sein oder der Käufer werde zugleich zum Abonnement einer Zeitschrift verpflichtet? Während eine in der Literatur vertretene Ansicht solche Individualbestimmungen grundsätzlich für unwirksam hält, da sie die „Marktordnung" der Internetauktionen gefährdeten, räumt ihnen die Rechtsprechung zumeist Vorrang vor den AGB des Auktionshauses ein.

Dieser Unterschied in der Beurteilung beruht auf einem grundlegend verschiedenen Verständnis der Rechtsbeziehungen, die sich aufgrund der AGB des Internetauktionshauses zwischen Auktionshaus und Parteien sowie unter den Parteien ergeben. Daher wird im Folgenden zunächst auf den Charakter von Internetversteigerungen und auf das Verhältnis zwischen Internetauktionshaus und Auktionsbeteiligten einzugehen sein. Anschließend sind die Individualbestimmungen von AGB des Anbieters abzugrenzen. Die Darstellung konzentriert sich auf den häufigsten Typ von Versteigerungen im Internet, die sogenannten Langzeitauktionen,[1] bei denen ein Internetauktionshaus eine Plattform zur Verfügung stellt, auf der ein Verkäufer (Anbieter) seine Ware oder Dienstleistung unter Angabe eines Startpreises zur Ersteigerung anbietet, und am Erwerb Interessierte (Bieter) ihre Gebote über das Internet abgeben können. Die Teilnehmer müssen sich in der Regel zuvor beim Auktionshaus angemeldet haben; die Versteigerung selbst erfolgt dann zumeist mittels Alias-Namen und Passwortkennung weitgehend anonymisiert. Wer am Ende der in der Regel mehrtägigen Bietfrist das höchste Gebot abgibt, entscheidet die Auktion für sich; bei mehreren gleich hohen Höchstgeboten hat das zeitlich frühere Vorrang.

Auch im Internet kommt ein Vertrag nach den allgemeinen Regeln des BGB, namentlich also den §§ 145 ff., zustande. Dass eine wirksame Willenserklärung durch bloßen Mausklick abgegeben werden kann, ist vom BGH anerkannt[2] und wohl unstreitig.[3] Unklar ist hingegen, worin bei einer Internetversteigerung Angebot und Annahme zu erblicken sind, denn der die „normale" Versteigerung regelnde § 156 BGB lässt sich nicht ohne weiteres anwenden: Nach § 156 BGB kommt ein Vertrag mit dem Zuschlag durch den Auktionator zustande, der hierbei regelmäßig als Vertreter oder Kommissionär des Einlieferers handelt.[4] An einem solchen Zuschlag fehlt

1 Einen Sonderfall dieser Auktionen stellen die sog. „Reverse-Auctions" dar, hierzu insb. *BGH*, NJW 2004, 852; *BGH*, NJW 2003, 2096. Zu den sogenannten „Live-Auktionen": *Hollerbach*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Internet-Auktionen, DB 2000, S. 2001, 2002 f.

2 *BGH*, NJW 2002, 363 (364) = MMR 2002, 95, 97, m. (in dieser Hinsicht zust.) Anm. *Spindler*, 98 f.

3 Vgl. nur *OLG Köln*, MMR 2002, 813 f.; *OLG Hamm*, NJW 2001, 1142; *Palandt-Heinrichs*, vor § 116 Rn. 1. Bereits: *Meents*, Verbraucherschutz im Internet, 1998, S. 13 f.; *Mehrings*, Vertragsabschluß im Internet, MMR 1998, S. 30, 31; *Taupitz/Kritter*, Electronic Commerce – Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet, JuS 1999, S. 839, 840.

4 *Staudinger-Bork*, § 156 Rn. 6; *Soergel-Wolf*, § 156 Rn. 4; *von Hoyningen-Huene*, Die vertrag-

es jedoch bei der Internetversteigerung. Da der Zuschlag eine (freilich nicht empfangsbedürftige) Willenserklärung erfordert,[5] kann auch der bloße Zeitablauf nicht als ein solcher gewertet werden.[6]

Verbindlicher Vertragsschluss

Eine breite Diskussion über die Voraussetzungen von Antrag und Annahme bei Internetauktionen entspann sich infolge der sogenannten Ricardo-Entscheidungen zunächst des LG Münster, dann des OLG Hamm und schließlich des BGH. Kernfrage war, ob ein Anbieter gegen seinen (erst nachträglich erklärten) Willen an das Höchstgebot seiner Versteigerung gebunden ist, wenn er zum einen bereits bei seiner Anmeldung als Teilnehmer der Internetplattform „Ricardo" die AGB dieses Auktionshauses ausdrücklich angenommen hatte, in denen für Auktionsanbieter die antizipierte Annahme des letzten innerhalb der Bietzeit wirksam abgegebenen Gebots ausdrücklich festgelegt war,[7] und er zum anderen vor der Freischaltung seiner Präsentationsseite noch einmal ein Feld anklicken musste, womit er bestätigte, dass er sich zur antizipierten Annahme des Höchstgebotes verpflichte. Während eine ältere Meinung,[8] deren Exponent das LG Münster mit seiner erstinstanzlichen Ricardo-Entscheidung wurde, einen regelmäßig verbindlichen Vertragsschluss mit dem Ende einer Internetversteigerung ablehnte, da es dem Anbieter bei der Präsentation der Ware auf der Internetauktionsplattform unter Angabe eines Mindestgebots am notwendigen Bindungswillen bzgl. jedes nachfolgenden Gebots fehle, kommt nach heute ganz überwiegender Ansicht[9] bei Auktionsende zwischen Anbieter und Höchst-

---

liche Stellung des Versteigerers, NJW 1973, S. 1473, 1476 f.; *Wilmer*, Rechtliche Probleme bei Online-Auktionen, NJW-CoR 2000, S. 94, 96.

5 *Kramer*, in: MüKo, § 156 Rn. 3; *Staudinger-Bork*, § 156 Rn. 5; *Soergel-Wolf*, § 156 Rn. 4 und 9 f.

6 So jetzt auch *BGH*, noch unveröffentlichtes Urteil vom 3. November 2004 – VIII ZR 375/03. Anders offenbar *Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB und Internet, Jura 2002, S. 387, 389; *Klewitz/Mayer*, Anm. zu LG Münster, K&R 2000, S. 197, 200 f. (in der Hilfserwägung); missverständlich insoweit *Jauernig-Jauernig*, § 156 Rn. 1, und *Härting*, FernAbsG, § 3 Rn. 98. Ungeschickt daher das Schlagwort „Zuschlag durch Zeitablauf" bei *Heitbaum*, Zur Anwendbarkeit des § 156 BGB, 2003, S. 96 f. (m. w. N.).

7 Vgl. § 5 Abs.4 der damaligen AGB von ricardo.de, abgedruckt im Sachverhalt des Urteils *OLG Hamm*, NJW 2001, 1142.

8 *AG Hannover*, NJW-RR 2002, 131; *LG Berlin*, CR 2001, 412; *AG Neumarkt* CR 2000, 852 m. zust. Anm. *Tröber*; LG Münster, MMR 2000, 280; *Lampert*, Vertragsschluß bei Internet-Auktionen, JA 2000, S. 628, 630; *Stögmüller*, Auktionen im Internet, K&R 1999, S. 391, 394. Ähnl. *Hager*, Die Versteigerung im Internet, JZ 2001, S. 786 ff.; *Petersen* (Fn. 6), S. 389 f.

9 Etwa: *BGHZ* 149, 129 = NJW 2002, 363; jetzt auch *BGH*, noch unveröffentlichtes Urteil vom 3. November 2004 – VIII ZR 375/03; *OLG München*, NJW 2004, 1328; *LG Bonn*, JurPC Web-Dok. 74/2004; *AG Menden*, NJW 2004, 1329; *LG Hof*, CR 2003, 854; AG Kehl, NJW-RR 2003, 1060; *LG Darmstadt*, NJW-RR 2002, 1139; *AG Osterholz-Scharmbeck*, JurPC Web-Dok. 330/2003; *KG*, NJW 2002, 1583; *OLG Hamm*, NJW 2001, 1142 f.; *AG Wiesbaden.*, CR 2001, 52; *AG Kerpen*, NJW 2001, 3274; *LG Wiesbaden*, MMR 2000, 376; *AG Sinsheim*, MMR 2000, 181. Zur Literatur s. u.

bietendem ein verbindlicher Vertrag zustande. Eine solche Bindung auch des Anbieters an das Auktionsergebnis entspricht im Regelfall dem Willen der Parteien: Andernfalls verlöre das Versteigerungsverfahren seinen Anreiz für die Mitbietenden, eine freie Preisbildung nach Marktkriterien würde unmöglich.[10]

Unter Abbedingung des (dispositiven)[11] § 156 BGB lässt sich der Vertragsschluss – je nach Ausgestaltung der AGB der Internetauktionshäuser – auf zwei Weisen konstruieren, die sich im Ergebnis nicht unterscheiden[12]: Teils wird angenommen, dass sich der Anbieter mit der Freischaltung seiner Warenpräsentation auf der Auktionsplattform bereits verpflichte, das dann weiterhin als Angebot aufgefasste Höchstgebot zum Ende der Bietfrist anzunehmen. Einfacher ist es, im Freischalten der Präsentationsseite (oder einer entsprechenden Erklärung im Zuge dessen) bereits ein Angebot i. S. d. § 145 BGB zu sehen. Das Höchstgebot stellt in diesem Falle die Annahme dar, wobei der Vertragsschluss bis zum Ende der Bietfrist aufschiebend befristet ist (§ 163 i. V. m. § 158 Abs. 1 BGB).[13] Sei es in Anwendung des § 156 S. 2 BGB[14] oder im Wege einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB)[15], erlischt zudem jedes Gebot, wenn vor Ablauf der Bietfrist ein höheres Gebot erfolgt. Zumindest wenn der Anbieter die Möglichkeit hatte, ein Mindestgebot oder einen Startpreis festzulegen, sind sowohl der Preis – das jedenfalls nicht unter dem Mindestgebot bzw. Startpreis liegende Höchstgebot – als auch der Vertragspartner – der Höchstbietende nach Ablauf der Bietfrist – hinreichend bestimmbar, weshalb es auch nicht an den *essentialia negotii* fehlt.[16]

Soweit bei dieser Konstruktion auf AGB-Klauseln des Auktionshauses zurückgegriffen wird, welche die Anbieter einer Internetauktion zu einem verbindlichen Angebot bzw. einer antizipierten Annahme beim Einstellen der Ware auf der Plattform verpflichten, besteht hinsichtlich der Wirksamkeit der Klauseln nach fast einhelliger

---

10 *Wenzel*, Vertragsabschluss bei Internet-Auktion – ricardo.de, NJW 2002, S. 1550 f.; *Schöne/Vowinckel*, Vertragsschluss bei Internet-Auktionen, Jura 2001, S. 680, 683; *Ulrici*, Zum Vertragsschluss bei Internetauktionen, NJW 2001, S. 1112, 1113; *Spindler*, Vertragsabschluss und Inhaltskontrolle bei Internet-Auktionen, ZIP 2001, S. 809, 810; *Wilmer*, Anm. zu LG Wiesbaden, NJW-CoR 2000, S. 171, 173; *Wiebe*, Anm. zu LG Münster, MMR 2000, S. 280, 284 f.; *Klewitz/Mayer* (Fn. 6) S. 200.

11 Etwa *RGZ* 96, 102 (103); *BGHZ* 138, 338 (343) = NJW 1998, 2350; *Staudinger-Bork*, § 156 Rn. 9; *Soergel-Wolf*, § 156 Rn. 14; a. A. *Enneccerus/Nipperdey*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I., 2. Hbd., S. 988, die von einer Auslegungsvorschrift sprechen. Vgl. auch *Rüfner*, Verbindlicher Vertragsschluss bei Versteigerungen im Internet, JZ 2000, S. 715, 716 f.

12 *BGH*, NJW 2002, 363; *Teuber/Melber*, Online-Auktionen – Pflichten durch das Fernabsatzrecht, MDR 2004, S. 185; *Heitbaum* (Fn. 6), S. 74 f.; *Ulrici* (Fn. 10), S. 1112 f.; *Rüfner* (Fn. 11), S. 717; *Ernst*, Die Online-Versteigerung, CR 2000, S. 304, 308.

13 *Wiebe*, in: Spindler/Wiebe (Hrsg.), Internet-Auktionen, 2001, S. 68; *AG Menden*, NJW 2004, 1329, geht von einer aufschiebenden Bedingung, § 158 Abs. 1 BGB, aus.

14 *Ernst* (Fn. 12), S. 310; *Gaul*, Aktuelle Fragen zur Internetversteigerung, WM 2000, S. 1783, 1788; *Stögmüller* (Fn. 8), S. 394. Nach *Wiebe* (Fn. 13), S. 68, komb. mit § 158 Abs. 2 BGB.

15 *Hartung/Hartmann*, Wer bietet mehr?, MMR 2001, S. 278, 279; *Hollerbach* (Fn. 1), S. 2006.

16 *BGH*, NJW 2002, 364; *Staudinger-Bork*, § 145 Rn. 19; *Soergel-Wolf*, § 145 Rn. 4; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 27. Aufl. (2003), § 8 Rn. 9; *Heitbaum* (Fn. 6), S. 128 ff.; *Hartung/Hartmann* (Fn. 15), S. 282; *Rüfner* (Fn. 11), S. 718; *Wiebe* (Fn. 13), S. 67, *Ulrici* (Fn. 10), S. 1113.

Meinung kein Zweifel. Weder enthalten diese eine Erklärungsfiktion (§ 308 Nr. 5 BGB) noch liegt eine unvereinbare Abweichung vom Leitbild des § 156 BGB oder eine unangemessene Benachteiligung einer Partei (§ 307 Abs. 2 BGB) vor.[17]

Problematisch ist jedoch, wie es überhaupt möglich ist, im Hinblick auf den Vertragsschluss zwischen Anbieter und Höchstbietendem auf die AGB des Auktionshauses zurückzugreifen. Die AGB sind nach den allgemeinen Regeln nur zwischen Auktionshaus und Parteien, nicht aber zwischen den Parteien untereinander unmittelbar einbezogen. Diese Frage stellt sich verschärft bezüglich der subjektiven Seite der Willenserklärung des Anbieters: Der Wille des Anbieters, sich bereits mit der Präsentation seiner Ware an das spätere Höchstgebot zu binden, müsste nämlich hinreichend deutlich hervortreten. Dies erscheint fraglich, da der Anbieter regelmäßig nur ein vorformuliertes Feld anklickt, womit er die Verbindlichkeit des „Angebots" bestätigt, die sich im übrigen nur aus den AGB des Auktionshauses ergibt.

Einbeziehungslösungen versus Auslegungslösungen

Mehrere Stimmen in der Literatur sprechen sich dafür aus, die AGB des Auktionshauses seien in das Verhältnis zwischen Anbieter und Höchstbietendem unmittelbar einzubeziehen, denn die AGB beträfen dieses sog. „Marktverhältnis" essentiell. Nur so sei eine Inhaltskontrolle von die Vertragsparteien benachteiligenden Klauseln der AGB möglich.[18] Unter den Vertretern dieser sogenannten „Einbeziehungslösungen" ist im übrigen jedoch umstritten, wie eine solche Einbeziehung erfolgen könnte.

Wiebe[19] sieht die AGB des Auktionshauses über Verträge zugunsten Dritter in das Verhältnis zwischen Anbieter und Höchstbietendem eingebunden. Die Verträge kämen mit der Anmeldung für die Plattform des Auktionshauses zustande. Auszugehen sei von einem Vertrag zugunsten Dritter zwischen dem Auktionshaus und dem jeweiligen Teilnehmer mit Wirkung für jeden zukünftigen Vertragspartner, egal ob Anbieter oder Bieter. Die konstruktive Schwäche dieses Konzepts zeigt sich allerdings bereits daran, dass die AGB für beide Vertragsparteien begünstigende wie belastende Regeln enthalten, Verträge zulasten Dritter jedoch unzulässig sind.[20] Daher stößt Wiebes Ansatz zu Recht auf fast einhellige Ablehnung.[21]

---

17 *OLG Hamm*, NJW 2001, 1143 f., m. w. N. Zur Mögl. mittels Auktionshaus-AGB von § 156 BGB abzuweichen: *Staudinger-Bork*, § 156 Rn. 9; *Soergel-Wolf*, § 156 Rn. 14. A. A: *Hager* (Fn. 8), S. 788 ff.; *Petersen* (Fn. 6), S. 389 f.

18 *Wiebe*, Anm. zu OLG Hamm, MMR 2001, S. 105, 109 f.; *Spindler* (Fn. 10), S. 811; *Sester*, Vertragsabschluss bei Internet-Auktionen, CR 2001, S. 98, 102 ff.; *Wenzel* (Fn. 10), S. 1550; *Heitbaum* (Fn. 6), S. 133 f. Diff. *Ernst*, Anm. zu OLG Hamm, CR 2001, S. 121, 122.

19 *Wiebe* (Fn. 13), Rn. 45; *ders.* (Fn. 18), S. 110.

20 *BGHZ* 54, 145 (147); 61, 359 (361); 78, 369 (374 f.); *Palandt-Heinrichs*, vor § 328 Rn. 10; *Staudinger-Jagmann*, vor § 328 Rn. 77 ff.; *Gottwald*, in: MüKo, § 328, Rn. 173 f.

21 *OLG Hamm*, NJW 2001, 1143; *Lettl*, Versteigerung im Internet, JuS 2002, S. 219, 220 f.; *Heitbaum* (Fn.6), S. 170 ff.; *Grapentin*, Vertragsschluss bei Internet-Auktionen, GRUR 2001, S. 713, 714; *Burgard*, Online-Marktordnung und Inhaltskontrolle, WM 2001, S. 2102, 2105 f.; *Wenzel*, Internetauktion: Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes, DB 2001, S. 2233,

Als Alternative werden u. a. von *Spindler*, *Burgard* und *Sester* unterschiedliche „Rahmenvertragslösungen" vorgeschlagen, die im Kern auf folgendem Ansatz beruhen:[22] Mit dem Einverständnis zu den Registrierungsklauseln bei der Anmeldung zu einer Auktionsplattform komme nicht nur ein Vertrag zwischen den sich registrierenden Teilnehmern und dem Auktionshaus zustande, sondern es werde zugleich auch ein Angebot auf Abschluss eines Rahmenvertrages über die Modalitäten, nach denen künftig Kaufverträge über die Plattform abgeschlossen werden, an alle gegenwärtig und zukünftig registrierten Teilnehmer abgegeben und zugleich angenommen. Hierbei fungiere das Auktionshaus als Empfangsvertreter beider Seiten. Normalerweise könne freilich keine der Vertragsparteien als Verwender der AGB gelten, daher erfolge die Inhaltskontrolle nach §§ 242, 315 BGB unter analoger Anwendung des AGB-Rechts. Diese Rahmenvertragslösungen stoßen auf schwere Bedenken hinsichtlich ihrer Konstruktion.[23] Sofern sich die Verpflichtung zum Rahmenvertragsschluss aus den AGB des Auktionshauses ergeben soll, stellt sich die Frage, ob es sich dabei nicht um eine überraschende Klausel (§ 305c BGB) handelt. Für einen konkludenten Vertragsschluss müsste jeder Beteiligte ferner zumindest das Bewusstsein haben, dass eine solche Willenserklärung wenigstens möglicherweise erforderlich ist;[24] eine konkludente Willenserklärung erfordert zudem, dass der Erklärende Handlungen vornimmt, die mittelbar den Schluss auf einen bestimmten Rechtsfolgewillen zulassen.[25] Beides ist hier nicht der Fall.

Einen anderen Ansatz vertreten *Wilmer* und *Lettl*:[26] Sie betrachten den Veräußerer der Ware als Verwender der AGB. Dieser bediene sich schließlich des Verkaufsportals des Auktionshauses. Aus Bietersicht seien das Angebot des Veräußerers und die AGB des Auktionshauses als einheitliche Erklärung des Veräußerers zu verstehen. Da dies auch dann gelten soll, wenn die Sonderregelung des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB nicht greift, handelt es sich hierbei jedoch um eine Fiktion. Ebenso gut könnte man den Bietenden als Verwender ansehen, wenn man den Sachverhalt aus der Sicht des Anbieters betrachtet. Eine solche Fiktion wollte der Gesetzgeber aber nur für zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher einbezogene AGB statuieren, wie sich aus der eindeutigen und abschließenden Regelung des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB ergibt.[27]

2234 f.; *Rüfner*, Virtuelle Marktordnungen und das AGB-Gesetz, MMR 2000, S. 597 ff.; *Spindler* (Fn. 10), S. 812 ff.; *Hartung/Hartmann* (Fn. 15), S. 280 f.

22 *Spindler* (Fn. 10), S. 812 ff.; *Burgard* (Fn. 21), S. 2105 f.; *Sester* (Fn. 18), CR 2001, S. 107 f., ihm folgen: *Heitbaum* (Fn. 6), S. 179 ff., *Bücker*, Internetauktionen, 2003, S. 92 ff.

23 Hierzu ausführlich *Deutsch*, Vertragsschluss bei Internetauktionen, MMR 2004, S. 586, 587 f.

24 *BGH*, NJW 1995, 953; *Palandt-Heinrichs*, § 133 Rn. 11.

25 *Palandt-Heinrichs*, vor § 116 Rn. 6; *Larenz/Wolf*, Allg. Teil des BGB, 9. Aufl. (2004), § 24 Rn. 16.

26 *Wilmer* (Fn. 4), S. 99; *Lettl* (Fn.21), S. 221 f.

27 Vgl. auch *BGHZ* 130, 57; *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, 2003, Rn. 780; *Hager*, Anm. zu BGH, JZ 2002, S. 504, 506, 508; *Wiebe* (Fn.18), S. 110; *Wenzel* (Fn. 21), S. 2236; *Schöne/Vowinkel* (Fn. 10), S. 683; *Spindler* (Fn. 10), S. 814; *Rüfner* (Fn. 21), S. 600.

Diesen „Einbeziehungslösungen" steht die dogmatisch überzeugendere sogenannte „Auslegungslösung" gegenüber, die u. a.[28] das *OLG Hamm*[29] in der zweitinstanzlichen Ricardo-Entscheidung vertrat. Diese Meinung verzichtet auf eine Einbeziehung der AGB in das Verhältnis zwischen Anbieter und Bieter; schließlich sei keine der Vertragsparteien Verwender der AGB.[30] Statt dessen stellt sie auf den objektiven Empfängerhorizont der Vertragsparteien ab, bei dessen Ermittlung die Auktionshaus-AGB entscheidend heranzuziehen seien. Da die Anerkennung der AGB für alle Beteiligten zwingende Voraussetzung für die Teilnahme an Veranstaltungen des Internetauktionshauses sei, dürfe und müsse jeder Teilnehmer davon ausgehen, dass die Erklärung eines anderen Teilnehmers unter Anerkennung der Bedingungen erfolge und jeder abgegebenen Erklärungen daher der in den AGB beigemessene Erklärungswert zukomme.

Weil die Überprüfung der AGB des Internetauktionshauses auf der Stufe der Einbeziehung durch den Auktionator umfassend,[31] d. h. auch im Hinblick auf die Regelungen, die nur das Verhältnis der Auktionsteilnehmer untereinander betreffen, zu erfolgen hat,[32] werden bereits auf dieser Ebene sämtliche einen Vertragspartner des Verwenders benachteiligende Klauseln ausgeschlossen. Während allerdings nach Meinung des OLG Hamm und eines Teils der Lehre die eventuell bestehende Unwirksamkeit einer Klausel der Auktionshaus-AGB keine Auswirkung auf das „Marktverhältnis" unter den Teilnehmern haben könne, da die AGB-Kontrolle der Nutzungsbedingungen zwar die rechtliche Wirksamkeit einer Klausel beseitigen könne, nicht aber ihre faktische Einwirkung auf den Empfängerhorizont der Auktionsteilnehmer,[33] ist richtigerweise davon auszugehen, dass eine als unwirksam festgestellte Auktionshaus-AGB-Klausel auch keine Wirksamkeit mehr im Verhältnis zwischen den Auktionsteilnehmern entfalten kann. Da nach Ausgestaltung der meisten Internetversteigerungen das Internetauktionshaus für beide Parteien als Empfangsvertreter für die Willenserklärungen der Gegenseite auftritt,[34] kommt es gemäß

28 Bereits: *Ulrici*, Die enttäuschende Internetauktion, JuS 2000, S. 947, 949; *Rüfner* (Fn. 21), S. 598 ff.; *ders.*, JZ 2000, S. 720. Ferner: *Winter*, CR 2003, S. 296; *Hartung/Hartmann* (Fn. 15), S. 281 f.; *Schöne/Vowinkel* (Fn. 10), Jura 2001, S. 682; *Rüfner*, Anm. OLG Hamm, JZ 2001, S. 764, 768; *Wenzel/Bröckers*, Anm. zu LG Münster, DB 2001, S. 92; *Grapentin* (Fn. 21), S. 714; *Hoeren*, EWiR § 156 BGB 1/01, S. 213, 214; *Mankowski*, EWiR § 156 BGB 1/00, S. 415, 416.

29 *OLG Hamm*, NJW 2001, 1142.

30 Zu einer abweichenden Meinung in Fällen des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB vgl. *Deutsch* (Fn. 23), S. 586, 588.

31 Allg. M., vgl. nur *BGHZ* 104, 93; *Palandt-Heinrichs*, § 307 Rn. 7. Zu herkömmlichen Auktionen etwa: *BGH*, NJW 1985, 850; s. den Verweis in *BGH*, NJW 2002, 365; *Mehrings*, Im Süd-Westen wenig Neues, BB 2002, S. 469, 473; *Heitbaum* (Fn. 6), S. 134; *Hager* (Fn. 27), S. 508; *Rüfner* (Fn. 21), S. 602.

32 *Ernst* (Fn. 18), S. 122; *Mehrings* (Fn. 31), S. 473; *Hartung/Hartmann* (Fn. 15), S. 281; *Hager* (Fn. 8), S. 788 ff.; *Burgard* (Fn. 21), S. 2109.

33 *OLG Hamm*, NJW 2001, 1143; *Rüfner* (Fn. 21), S. 598 f.; *Hoeren* (Fn. 28), S. 214; im Zwischenerg. auch *Wenzel* (Fn. 10), S. 1550.

34 Vgl. etwa *BGH*, NJW 2002, 364; *OLG Hamm*, NJW 2001, 1143; *Wiebe* (Fn. 13), S. 63 f. Selbst wenn sich das Auktionshaus in den AGB nur als Bote bezeichnet, liegt trotzdem Stell-

§ 166 Abs. 1 BGB allein auf den Empfängerhorizont des Auktionshauses an,[35] das alle Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit oder Gültigkeit einzelner Klauseln seiner AGB voll gegen sich gelten lassen muss. Aber auch wenn das Auktionshaus nicht als Empfangsvertreter für die Teilnehmer auftritt, also der Empfängerhorizont der Auktionsparteien maßgeblich ist, wird die Unwirksamkeit einer AGB-Klausel des Auktionshauses regelmäßig auf das Verhältnis zwischen den Teilnehmern durchschlagen, da die Betrachtung aus dem Empfängerhorizont einen objektivierten Maßstab erfordert; entscheidend ist der durch normative Auslegung zu ermittelnde Erklärungswert des Gesamtverhaltens des Erklärenden,[36] wobei aufgrund der §§ 133, 157 BGB Treu und Glauben sowie die Verkehrssitte zu berücksichtigen sind.[37] Hieraus ergibt sich, dass jedenfalls als unwirksam erkannte AGB, grob benachteiligende Regelungen sowie Klauseln, die gewöhnlich nicht bei einer Internetversteigerung zu erwarten sind, nicht Teil des Empfängerhorizonts werden. Auf diesem Wege können die Wertungen der §§ 305 ff. BGB mittelbar auch im Verhältnis zwischen den Auktionsteilnehmern Wirkung entfalten. Geschützt werden hierbei sowohl Bieter als auch Anbieter, denn Verwender der AGB ist allein das Auktionshaus.[38]

Grundsätzlich scheint auch der BGH der Auslegungslösung folgen zu wollen. Denn in einem *obiter dictum* zu seiner Ricardo-Entscheidung hielt er fest, Verständnislücken hinsichtlich der Erklärungen der Auktionsteilnehmer könnten unter Rückgriff auf die durch die Anerkennung der AGB begründeten wechselseitigen Erwartungen der Auktionsteilnehmer und deren gemeinsames Verständnis über die Funktionsweise der Online-Auktion geschlossen werden.[39] Bezüglich des Vertragschlusses selbst hält der BGH[40] allerdings einen Rückgriff auf die AGB nicht für erforderlich, womit er die AGB-Problematik in seiner Kernentscheidung umgeht.[41] Für ihn stellt die Freischaltung der Präsentationsseite durch den Anbieter sowie das hierfür zwingend notwendige Anklicken der Erklärung, der Verkäufer nehme bereits zu diesem Zeitpunkt das höchste wirksam abgegebene Angebot an, eine ausdrückliche und individuelle Willenserklärung dar. Jeder Vertragsschluss habe grundsätzlich individuellen Charakter, auch wenn die Willenserklärungen, aus denen er sich zusammensetze, vorformulierte Bestandteile besäßen.[42]

---

vertretung vor, wenn es sich zugleich vorbehält, auf wesentliche Teile des Vertrages Einfluss zu nehmen, z. B. Gebote zu löschen, die Bietzeit zu verändern oder eine Auktion abzubrechen; vgl. *Wenzel/Bröckers* (Fn. 28), S. 93.

35 *Rüfner* (Fn. 21), S. 599; *OLG Hamm*, NJW 2001, 1143. Anders, wenn das Auktionshaus nur Bote wäre, vgl. *Palandt-Heinrichs*, vor § 164 Rn. 11.

36 *BGHZ* 21, 106; 36, 33; 91, 328; *Palandt-Heinrichs*, § 133 Rn. 9.

37 Vgl. auch *BGH*, NJW 2002, 364.

38 Ausführlich: *Deutsch* (Fn. 23), S. 586, 588. Im Ergebnis ebenso *Hartung/Hartmann* (Fn. 15), S. 281; *Ernst* (Fn. 18), S. 121, 122; wohl auch *Hager* (Fn. 8), S. 789. Für § 242 BGB i. V. m. §§ 305 ff. analog: *Wenzel* (Fn. 10), S. 1550 f.

39 *BGH*, NJW 2002, 364.

40 *BGHZ* 149, 129 = NJW 2002, 363; zust. Anm.: *von dem Bussche*, JZ 2003, S. 26 f.

41 Kritisch daher etwa *Spindler* (Fn. 2), S. 98 f.; *Leible*, Abschluss und Wirksamkeit eines Kaufvertrages bei einer Internet-Auktion, JA 2002, S. 444, 448; *Wenzel* (Fn. 10), S. 1550; *Heitbaum* (Fn. 6), S. 121 ff., 141 ff.

42 Kritisch dazu: *Hager* (Fn. 27), JZ 2002, S. 507; ähnl. *Leible* (Fn. 41), JA 2002, S. 448.

Alle genannten Lösungen bejahen somit einen Vertragsschluss nach den Regeln, welche die AGB des Auktionshauses vorgeben. Die Unterschiede in der dogmatischen Herleitung werden aber in dem Moment relevant, wenn es um die Frage nach dem Verhältnis zwischen den vom Auktionshaus festgelegten „Marktregeln" und den Willenserklärungen der Auktionsparteien geht. Dies gilt sowohl für AGB, die der Anbieter einer Internetauktion stellt,[43] als auch für Individualbestimmungen, die der Anbieter in seine Auktionspräsentation aufnimmt.

Individualbestimmungen und AGB des Anbieters

Sehr häufig werden Klauseln, welche der Anbieter auf seiner Präsentationsseite anführt, um sie selbst in den Vertrag einzuführen, keine Individualbestimmungen sondern AGB (des Anbieters) sein. Letztere unterliegen der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB, sind daher von den Individualbestimmungen abzugrenzen.

Ob es sich um AGB handelt, ist nach § 305 Abs. 1 BGB zu beurteilen. Fraglos sind die auf der Präsentationsseite festgehaltenen Bedingungen nicht zwischen den Parteien ausgehandelt (S. 3), sondern vom Anbieter gestellt. Um AGB zu sein, müssten sie ferner für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sein (S. 1). Vorformuliert sind Vertragsbedingungen, wenn sie für eine mehrfache Verwendung schriftlich aufgezeichnet oder in sonstiger Weise fixiert sind.[44] Die vorgeschriebene Vielzahl von Verträgen kann durchaus eine bestimmte sein – die untere Grenze liegt bei drei bis fünf Verwendungen[45] – wobei bereits für die erste Verwendung die §§ 305 ff. BGB greifen.[46] Da es zudem nicht auf eine Wortgleichheit der Klauseln ankommt, vielmehr eine bloße sachliche Identität genügt,[47] werden die meisten Vertragsbedingungen, die von nicht nur gelegentlich auftretenden Anbietern bei Internetauktionen gestellt werden, unter die §§ 305 ff. BGB fallen. Ist der Anbieter ein Unternehmer (§ 14 BGB) gilt zudem § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB, wonach auch nur zur einmaligen Verwendung bestimmte vorformulierte Vertragsbedingungen der Kontrolle nach §§ 305c Abs. 2, 306 und 307–309 unterliegen.[48]

Ist der Höchstbietende kein Unternehmer,[49] werden die AGB gemäß § 305 Abs. 2 1. HS BGB nur dann Bestandteil des Vertrages, wenn der Verwender ausdrücklich darauf hinweist[50] und der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, von ihrem Inhalt Kenntnis zu erlangen. Hierfür dürfen die AGB zunächst in keiner Fremdspra-

43 Zu den Problemen bei Anbieter-AGB vgl. bereits *Deutsch* (Fn. 23), S. 586, 589.
44 *Palandt-Heinrichs*, § 305 Rn. 8; *BGH*, NJW 2001, 2635.
45 *Palandt-Heinrichs*, § 305 Rn. 9; *BGH*, NJW 2002, 138 und NJW 1998, 2286.
46 *Ulmer*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 AGBG Rn. 24; *Palandt-Heinrichs*, § 305 Rn. 9.
47 *Palandt-Heinrichs*, § 305 Rn. 8; *OLG Dresden*, BB 1999, 228; *OLG Düsseldorf*, NZG 1998, 353.
48 Zu einer erweiterten Auslegung des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB zwecks Anwendung auch der §§ 305 Abs. 2, 305c Abs. 1 vgl. *Palandt-Heinrichs*, § 310 Rn. 18.
49 Für den Vertragschluss mit Unternehmern (§ 14 BGB), finden gemäß § 310 Abs. 1 BGB § 305 Abs. 2 und 3 BGB keine Anwendung.
50 Hierzu *OLG Hamburg*, WM 2003, 581.

che verfasst sein, zumindest aber in keiner anderen Sprache als derjenigen der Angebotsseite, denn diese kann als Vertragssprache gelten.[51] Problemlos ist ferner eine Kenntnisnahme der AGB direkt auf der Präsentationsseite einer Internetversteigerung möglich, solange die AGB keinen zu großen Umfang aufweisen. Aber selbst ein mit einem Link versehener, gut sichtbar positionierter Verweis auf eine andere Internetseite, auf welcher der Anbieter die AGB zeigt, genügt,[52] wenn die AGB nicht zu umfänglich sind. Zumindest bei sehr ausführlichen AGB muss der Kunde aber die Möglichkeit haben, sie problemlos auszudrucken oder durch Herunterladen kostenlos zu kopieren.[53] Nach Fernabsatzrecht wird dieses Erfordernis im Übrigen zum Teil noch ausgeweitet: Gemäß § 312e Abs. 1 Nr. 4 BGB muss ein Anbieter, der Unternehmer ist, seine Vertragsbestimmungen einschließlich der AGB derart präsentieren, dass sie sein Vertragspartner, unabhängig davon, ob er Verbraucher oder Unternehmer ist, abrufen und in wiedergabefähiger Form speichern kann.[54] Für eine wirksame Einbeziehung der AGB ist nach § 305 Abs. 2 BGB a. E. schließlich noch erforderlich, dass die andere Vertragspartei mit der Geltung der AGB einverstanden ist. Doch wird dieses Einverständnis i. d. R. schlüssig mit der Annahme des mit den AGB versehenen Angebots erklärt.[55]

Individualbestimmungen des Anbieters

Wurden die vom Anbieter seiner Auktionspräsentation angefügten Vertragsklauseln nur ein- oder zweimal verwendet und sollten sie auch nicht häufiger verwendet werden, so handelt es sich in der Regel[56] um Individualbestimmungen, die nicht der AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB unterliegen. Sie werden grundsätzlich Bestandteil des Vertrages, wenn sie die andere Vertragspartei als Teil des Vertrages akzeptiert. Hierbei ergeben sich allerdings spezielle Fragestellungen aus dem Verhältnis zu den AGB des Auktionshauses.

Folgt man der von *Wiebe* vertretenen Auffassung, die in den Auktionshaus-AGB festgelegte „Marktordnung" über einen Vertrag zugunsten Dritter in das Verhältnis der Auktionsteilnehmer einführen will, so wären die AGB des Auktionshauses zwar in das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien unmittelbar einbezogen, es gäbe aber regelmäßig[57] keinen Verwender. Die bereits vor der Auktion eingeführten AGB

51 *Gaul* (Fn. 14), WM 2000, S. 1783, 1790; vgl. auch *C. Schäfer*, Vertragsschluss unter Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 2003, S. 879, 882 f.

52 *OLG Hamburg*, WM 2003, 581; *LG Essen*, NJW-RR 2003, 1207; *Gaul* (Fn. 14), S. 1783, 1790.

53 *Palandt-Heinrichs*, § 305 Rn. 38; *Schöne/Vowinkel* (Fn. 10), S. 680, 681; *Heinrichs*, Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1999, S. 1596, 1598; *Mehrings*, Verbraucherschutz im Cyberlaw, BB 1998, S. 2373; *Löhnig*, Die Einbeziehung von AGB bei Internet-Geschäften, NJW 1997, S. 1688. Weniger enge Grenzen setzt: *Bücker* (Fn. 22), S. 85 ff.

54 *Ring*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, § 312e, Rn. 7; *Bücker* (Fn. 22), S. 88 f.

55 *Palandt-Heinrichs*, § 305 Rn. 43.

56 Vgl. aber etwa § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB.

57 Ausnahme: § 310 Abs. 3 S. 1 BGB.

wären dann – als gemeinsam vereinbarte Grundlage des Vertrages – vorrangig, d. h. alle den ursprünglichen AGB widersprechenden oder auch nur von diesen abweichenden Bestimmungen – egal ob als AGB oder Individualbestimmung eingeführt – könnten nur bei ausdrücklichem Einverständnis der anderen Vertragspartei in den Vertrag einbezogen werden.[58] Wiebes Ansatz führt somit zu einer erheblichen Beschränkung der Privatautonomie der Auktionsteilnehmer, namentlich des Anbieters.[59] Ein entsprechender Vorrang der Auktionshaus-AGB erscheint unter den Anhängern der Rahmenvertragslösungen daher umstritten.[60] Zumeist wird das Problem in Bezug auf Individualbestimmungen nicht erkannt, grundsätzlich aber von einem Vorrang des Rahmenvertrages ausgegangen,[61] da nur so die „virtuelle Marktordnung" aufrecht erhalten werden könne.[62] Jedoch kann es nicht die Aufgabe des Zivilrechts sein, sich mittels aufgesetzter Konstruktionen auf die Seite der Auktionsplattformen zulasten der Willensfreiheit ihrer Teilnehmer zu stellen. Mit guten Gründen kann zumindest einer Individualbestimmung gegenüber einem in AGB festgelegten Rahmenvertrag auch der Vorrang eingeräumt werden (§ 305b BGB).

Geht man (mit *Wilmer* und *Lettl)* von einer Einbeziehung der Auktionshaus-AGB aus und ist der Anbieter Verwender, so stellt der Anbieter einerseits die AGB, schlägt andererseits aber auch eine hiervon abweichende Individualbestimmung vor. Ergeben sich hierbei Abweichungen, so gilt der grundsätzliche Vorrang der von beiden Vertragsparteien akzeptierten Individualbestimmungen unabhängig davon, welche Regelung für den Vertragspartner günstiger ist, da die für AGB geltende Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB bei einer Individualbestimmung nicht greift. Nichts anderes gilt für den Fall, dass der Käufer aufgrund § 310 Abs. 3 S. 1 BGB als Verwender der AGB des Auktionshauses gilt (weil der Käufer Unternehmer, der Anbieter aber Verbraucher ist): Auch hier hat die von beiden Seiten akzeptierte Individualbestimmung Vorrang.

Lehnt man hingegen – mit den Anhängern der Auslegungslösung – die unmittelbare Einbeziehung der AGB des Internetauktionshauses ins Vertragsverhältnis zwischen Anbieter und Höchstbietendem ab und zieht diese AGB nur als Interpretationshilfe für den Empfängerhorizont des jeweiligen Vertragspartners heran, so haben die vom Anbieter individuell eingeführten und vom Höchstbietenden akzeptierten Vertragsbedingungen eindeutig Vorrang. Die AGB des Auktionshauses werden nämlich insoweit für die Auslegung des Empfängerhorizonts nicht mehr benötigt.

Beispiele aus der Praxis

In der Praxis folgte die Rechtsprechung bislang der Auslegungslösung. Entschieden wurden zum einen solche Fälle, in denen anstelle eines Angebots zur Versteigerung nur ein Werbehinweis auf ein Objekt, das ausdrücklich nicht versteigert werden soll,

58 *Wiebe* (Fn. 13), S. 73, Rn. 49; *ders.* (Fn. 18), S. 109, 110 f.
59 So auch *Grapentin* (Fn. 21), S. 713, 714.
60 Dafür offenbar *Bücker* (Fn. 22), S. 96 f.; dagegen *Spindler* (Fn. 10), S. 809, 812 f.
61 Etwa *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, 2003, Rn. 785; *Bücker* (Fn. 22), S. 96 f.
62 *Heitbaum* (Fn. 6), S. 132; auch *Wiebe* (Fn. 18), S. 109, 111.

platziert wird oder aber zu einer Umfrage aufgefordert wird, was potentielle Bieter von einem Objekt hielten, das aber ausweislich der eindeutigen Beschriftung gerade nicht zur Versteigerung freigegeben werden sollte. In verschiedenen Urteilen[63] wurde zu Recht[64] festgestellt, dass hier der ausdrückliche Wille des „Anbieters", das Objekt nicht für eine Auktion freizugeben, gegenüber den AGB, die eine verbindliche Willenserklärung zum Verkauf gegen das Höchstgebot vorsehen, vorrangig sei. Soweit *Wiebe* die Zulässigkeit solcher individuellen Erklärungen mit dem Argument ablehnt, auf diese Weise würde die durch die AGB des Auktionshauses begründete „Marktordnung" willkürlich ausgeschaltet,[65] kann er damit nicht durchdringen. Denn es kann schlichtweg nicht sein, dass jemand gegen seinen ausdrücklich erklärten Willen, der aus Sicht des objektiven Empfängers klar und unzweideutig zu erkennen ist, allein aufgrund von AGB, deren Urheber er noch nicht einmal ist, an einen nicht gewollten Vertrag gebunden wird.

Nichts anderes gilt, wenn ein Anbieter von den Regeln der Auktion nur insoweit abweicht, dass er dem Höchstbietenden einen Verkaufspreis auf Verhandlungsbasis vorschlägt (beispielsweise: „VB: 1900 €, über den Preis lässt sich reden"). Zwar will der Anbieter damit die von den AGB des Auktionshauses festgelegte Bindung an das Höchstgebot ausschließen und höhlt damit die „Marktordnung" in noch weit stärkerem Maße aus, als in den soeben beschriebenen Konstellationen. Aus dem objektiven Empfängerhorizont ist eine solche Erklärung aber eindeutig als Einladung an den Interessenten zu verstehen, ein Angebot abzugeben. Es liegt somit nur eine „invitatio ad offerendum" und mangels Rechtsbindungswillens kein Angebot i. S. d. § 145 BGB vor.[66]

Wiebe ist zwar zuzustimmen, dass derartige Präsentationen dem Zweck einer Auktionsplattform im Internet zuwiderlaufen, allerdings ist dies allein ein Problem im Verhältnis zwischen dem Auktionshaus und dem „Anbieter". Eine „strafweise" Bindung des Anbieters kann nicht in Betracht kommen.

Eine ähnlich gelagerte Problematik behandelt der folgende kürzlich entschiedene Fall: Der Anbieter hatte sich beim Einstellen seines Angebots vertippt und einen Startpreis von 100 € statt 1000 € eingegeben, was nach den AGB zum Abbruch der Auktion berechtigte. Statt dessen traten die Parteien aber während der laufenden Bietzeit per E-Mail in Kontakt und verhandelten mit deutlich unterschiedlichen Preisvorstellungen über den Abschluss des Kaufvertrages. Hierbei machte der Anbieter dem Bieter deutlich, dass ein Vertragsabschluss unter 1500 € für ihn nicht in Betracht komme, während der Bieter 150 € als Kaufpreis vorschlug, obgleich die Auktion mit seinem Gebot i. H. v. nur 100 € endete. Das OLG Oldenburg[67] sah in den Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien gegenüber den Regeln der Aukti-

63 *AG Kerpen*, NJW 2001, 3274; *LG Darmstadt*, NJW-RR 2002, 1139 = CR 2003, 295 mit zust. Anm. *Winter*; ähnlich *OLG Oldenburg* NJW 2004, 168.

64 So auch *Mankowski*, EWiR § 156 BGB 1/01, S. 213, 214.

65 *Wiebe* (Fn. 18), S. 109, 110.

66 So zu Recht *AG Kerpen*, NJW 2001, 3274 = MMR 2001, 711.

67 *OLG Oldenburg*, NJW 2004, 168.

on vorrangige Individualabreden, zu denen der (grundsätzlich an sein Angebot gebundene) Anbieter berechtigt war, da er einen nach den Auktions-AGB zulässigen Grund hatte, sein Angebot zurückzuziehen, was konkludent gegenüber dem Bieter geschehen sei. Mangels Einigung im Rahmen der Individualabsprachen sei kein Vertrag zustande gekommen.

Problematischer sind freilich Fälle, in denen der Anbieter in seine einmalige und individuelle Auktionsbeschreibung, die zur Grundlage des Vertrages wird, unbillige Vertragsregeln mit aufnimmt: Der Käufer werde beispielsweise zugleich zum Kauf einer anderen Sache oder zu einem Abonnement verpflichtet oder müsse – entgegen den allgemeinen Regeln – auf jegliche Gewährleistungsrechte verzichten. Stimmt der Höchstbietende mit seinem Gebot diesen Bedingungen zu, so kann er sich, solange die Formulierungen eindeutig sind, nicht auf Dissens berufen.[68] Zwar nähern sich solche ausführlichen Klauselwerke Allgemeinen Geschäftsbedingungen an, dennoch kann das AGB-Recht nicht angewendet werden, solange die Bestimmungen tatsächlich zum einmaligen Gebrauch gedacht sein sollten und auch nicht § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB greift. Weil das Gesetz insoweit eine abschließende Regelung trifft, ist der Weg einer analogen Anwendung des AGB-Rechts verschlossen.[69] Völlig unerwartete Klauseln werden freilich gegebenenfalls nicht Teil des Empfängerhorizonts des Bietenden (§§ 133, 157 BGB), so dass es an einer Einigung über diesen Punkt fehlt. Gemäß § 155 BGB wird bei einem solchen versteckten Einigungsmangel der Vertrag dann ohne die betreffende, vom Anbieter vorgegebene Klausel wirksam, sofern anzunehmen ist, dass ihn der Anbieter auch ohne sie gewollt hat. Andernfalls haftet der Anbieter dem Höchstbietenden nach § 280 Abs. 1 BGB (c. i. c.) auf das Vertrauensinteresse, da er den Einigungsmangel durch seine versteckte Klausel verschuldet hat.[70] In allen anderen Fällen bleibt dem Erwerber nur die Anfechtung.[71]

Durch die Presse ging ein Fall, in dem ein Anbieter eine Auktion über den Bau eines kompletten Hauses auf bereitgestelltem Grundstück zwar bei 1 € starten ließ, in seine Angebotsbeschreibung aber die Bemerkung eingefügt hatte, „Irrtum vorbehalten, nicht unter 104 000 €, das Haus kann unter dem Preis nicht gebaut werden."[72] Während sich der Anbieter nun an das Höchstgebot von 2,50 € nicht gebunden fühlt, verlangt die Höchstbietende Erfüllung. Geht man davon aus, dass es sich um eine einmalige Auktion handelte und keine AGB vorliegen, stellt sich auch hier die Frage nach dem Verhältnis von Individualabrede und allgemeinen Auktionsbedingungen.

---

68 Vgl. etwa *Larenz/Wolf* (Fn. 25), § 36 Rn. 42.

69 *Basedow*, in: MüKo § 310, Rn. 61 ff.; anders liegt der Fall bei vorformulierten Klauseln, die einer Individualabrede zugrundegelegt werden, hier wird bisweilen eine Anwendung der Gedanken des AGB-Rechts über § 242 BGB befürwortet, vgl. *Jauernig-Jauernig*, § 305 Rn. 11; *Ulmer*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 AGBG, Rn. 78 ff. m. w. N., spricht in diesem Fall von richterlicher Rechtsfortbildung.

70 So die h. M., vgl. *Staudinger-Bork*, § 155 Rn. 17, *Palandt-Heinrichs*, § 155 Rn. 5; a. A. *Kramer*, in: MüKo, § 155, Rn. 14; *Jauernig-Jauernig*, § 155 Rn. 3.

71 *Larenz/Wolf* (Fn. 25), § 36 Rn. 42.

72 Vgl. etwa Artikel vom 6. Aug. 2004 unter: *www.heute.t-online.de/ZDFheute/artikel/6/0,1367,COMP-0-2151430,00.html.*

Da kein Grundstückskaufvertrag vorgesehen war, ist der Vertrag nicht schon wegen § 311b Abs. 1 BGB unwirksam. Folgt man der Meinung, welche der „Marktordnung" Vorrang einräumt, wäre die Klausel des Anbieters ungültig und ein Vertrag für 2,50 € zustandegekommen. Nach der hier favorisierten und in der Rechtsprechung verbreitet angewandten Auslegungslösung dürfte einem wirksamen Vertragsschluss jedoch – wie in den oben angeführten Fällen – der fehlende Rechtsbindungswille des Anbieters entgegenstehen. Der Anbieter wollte erkennbar nur zu einem Preis ab 104 000 € leisten. Diese Individualbestimmung hat gegenüber den AGB des Auktionshauses grundsätzlich Vorrang. Zwischen der Angabe eines Startpreises von 1 € und der weiter unten stehenden Festlegung eines Mindestpreises von 104 000 € liegt im übrigen auch kein Widerspruch, denn die Unterscheidung zwischen einem zur Auktion Anreiz bietenden niedrigen Startpreis und einem Limit für den tatsächlichen Verkauf gibt durchaus Sinn. Eine solche Differenzierung ist bei herkömmlichen Auktionen Usus und auch bei Versteigerungen über Onlineplattformen nicht selten vorgesehen.[73]

Ergebnis

Wie Individualbestimmungen eines Anbieters im Rahmen einer Internetauktion zu beurteilen sind, hängt davon ab, welche Konstruktion für den Vertragsschluss bei Onlineversteigerungen favorisiert wird. Nimmt man mit einer Mindermeinung in der Literatur an, die Rahmenbedingungen, welche in den AGB des Auktionshauses festgelegt sind, würden über einen Vertrag zugunsten Dritter unmittelbar in das Verhältnis zwischen den Auktionsparteien einbezogen, so haben diese als „Marktordnung" bezeichneten Rahmenregeln vor jeder Individualbestimmung unbedingten Vorrang. Ähnliches wird von Anhängern derjenigen Meinung vertreten, die von einer direkten Einbeziehung der Auktionshaus-AGB über einen (konkludenten) Rahmenvertrag zwischen allen Auktionsteilnehmern ausgehen.

Die in der Literatur verbreitete und in der Rechtsprechung vorherrschende sogenannte „Auslegungslösung", welche die Auktionsbedingungen des Plattformanbieters nur als Grundlage für die Auslegung der Willenserklärungen der Auktionsteilnehmer heranziehen will, kommt hingegen zu einem Vorrang der Individualbestimmungen, da insoweit eine Heranziehung der Auktionshaus-AGB als Auslegungsgrundlage überflüssig ist. Inhalt und Gültigkeit der Individualbestimmungen sind dann durch Auslegung festzustellen.

73 Hierzu auch: *Kremer*, Ebay: (K!)ein Haus für 2,50 EUR verkauft?, *http://weblawg.sascha-kremer.de/index.php?p= 212.*

Christian Gollner*

Die universellen Konventionen gegen den internationalen Terrorismus: Fortschritte und Mängel

Abstract

Die Bedrohung durch den internationalen Terrorismus hat in den letzten Jahren stark zugenommen. Nicht erst seit den verheerenden Anschlägen in New York und Washington am 11. September 2001 hat sich die Staatengemeinschaft mit Möglichkeiten seiner Bekämpfung beschäftigt. Die nach wie vor hohe Anzahl terroristischer Akte gibt Anlass dazu, das bestehende Regelungswerk der zwölf universellen Konventionen gegen den internationalen Terrorismus im Hinblick auf seine Vorteile und seine Wirksamkeit zu überprüfen.

The threat posed by international terrorism has increased immensely during the past few years. Not only after the devastating attacks in New York and Washington on 11 September 2001 has the international community been concerned with ways of combating terrorism. The ever high number of terrorist acts today gives reason to analyse the existing set of twelve universal conventions against international terrorism as regards its benefits and its efficacy.

---

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und befindet sich in der Examensvorbereitung. Die Arbeit wurde betreut von *Prof. Dr. Dr. h. c. Rüdiger Wolfrum* und seiner Assistentin *Dr. Silja Vöneky*.

I. Einleitung

Vor allem die Terroranschläge des 11. September 2001 in New York und Washington haben gezeigt, dass von international handelnden Terroristen ein enormes Gefährdungspotential ausgeht. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welche Maßnahmen die Staatengemeinschaft bisher zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus ergriffen hat.

Die folgenden Ausführungen untersuchen die Konventionen zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, die zwischen 1969 und 2002 in Kraft getreten sind.[1] Bis heute werden diese Verträge als ein wichtiges Instrument der Terrorismusbekämpfung angesehen.[2] Die aktuellen Bemühungen bei den Vereinten Nationen um eine Erweiterung des Regelungswerkes[3] unterstreichen den Willen der Staatengemeinschaft, den internationalen Terrorismus gemeinsam zu bekämpfen.

Der Schwerpunkt der Darstellung liegt auf den Fortschritten und Mängeln der Konventionen im Hinblick auf ihre Wirksamkeit bei der Prävention und Repression von Straftaten mit terroristischem Hintergrund.

Im ersten Teil werden die Regelungsgegenstände und die Wirkungsweisen der Konventionen kurz dargestellt. Im darauffolgenden Teil werden die damit verbundenen Fortschritte im Rahmen der Terrorismusbekämpfung aufgezeigt. Bei der Erläuterung der Mängel soll dann beschrieben werden, was die Konventionen in ihrer Wirksamkeit hemmt und welche Alternativen bestehen. Nach der Anwendung der Konventionen auf die Anschläge vom 11. September 2001 als Beispiel schließt die Untersuchung mit einer Zusammenfassung.

II. Die universellen Konventionen im Einzelnen

1. Völkerrechtliche Notwendigkeit für universelle Konventionen zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus

Ist ein Staat von einem terroristischen Anschlag betroffen, so liegt es in seinem Interesse, die Täter strafrechtlich zu verfolgen. Häufig versuchen Terroristen, der Straf-

1 Außer Betracht bleiben regionale Konventionen wie z. B. das Europäische Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus vom 27. 1. 1977, BGBl. 1978 II, S. 322.

2 Vgl. *Annan*, Stellungnahme vor dem Sicherheitsrat am 16. 10. 2003 (UN-Dokument S/PRST/2003/17); s. auch *Straw* und *Freivalds*, A global order based on justice, International Herald Tribune, 23. Juni 2004, S. 6.

3 Derzeit wird im 6. Komitee der Generalversammlung zu zwei Entwürfen beraten: *Draft Comprehensive Convention on Terrorism* (UN-Dokument A/C.6/55/1, s. auch Annex IV des Komitee Report 2002 mit allen Vorschlägen, UN-Dokument A/57/37) (s. u. Abschnitt IV. 1. b) und *Draft International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism* (UN-Dokument A/AC.252/L.13). Zum Stand der Beratungen s. Pressemitteilung L/3073 vom 1. Juli 2004.

verfolgung durch Flucht in das Ausland zu entgehen. Vorbereitungs- und Gehilfenhandlungen werden teilweise oder vollständig in anderen Staaten vorgenommen. In diesen Fällen wird der betroffene Staat von dem Aufenthaltsstaat um Hilfe zur Aufklärung des Anschlages ersuchen. Weiterhin könnte der betroffene Staat um die Verfolgung oder die Auslieferung der Täter durch den anderen Staat ersuchen. Falls sich die Täter nicht im betroffenen Staat aufhalten und dieser nicht auf die Strafverfolgung seinerseits verzichtet, kommt Völkerrecht zur Anwendung.[4]

Der Aufenthaltsstaat könnte das Ersuchen zum Beispiel aus politischen Gründen ablehnen. Nach dem allgemeinen Völkerrecht kann jeder Staat aufgrund seiner Souveränität frei darüber entscheiden, welche Straftaten er verfolgt.[5] Damit Terroristen ohne Ausnahme verfolgt werden können, müssen Lücken in der Verfolgungspflicht eines Aufenthaltsstaates geschlossen werden. Diese Lücken bestehen insbesondere für Fälle, in denen die Täter und die Opfer aus Sicht des Aufenthaltsstaates Ausländer sind und die Tat im Ausland begangen wurde. Bisher ist keine gewohnheitsrechtliche Pflicht für Maßnahmen der zwischenstaatlichen Rechtshilfe entstanden.[6] Auslieferungsvereinbarungen werden zumeist in zweiseitigen Staatsverträgen getroffen. Daneben bestehen Verträge zu weitergehender gegenseitiger Rechtshilfe.

Grundsätzliche Voraussetzung für die internationale strafrechtliche Verfolgung ist das Vorhandensein eines Anknüpfungspunktes für das Strafrecht eines Staates. Dieser kann nach fünf Kriterien bestimmt werden: nach dem Tatort, nach der Staatsangehörigkeit des Täters, nach der Staatsangehörigkeit des Opfers, nach dem geschützten Rechtsgut sowie nach dem Grundsatz der Solidarität der Staaten im Rahmen der Verbrechensbekämpfung (Weltrechtsprinzip und Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege).[7]

Die hier behandelten Konventionen versuchen, die aufgezeigten Lücken zu schließen, indem sich die Vertragsstaaten darin gegenseitig verpflichten, einen durch Terrorismus betroffenen Staat bei der Verfolgung zu unterstützen oder die ggf. erforderlichen Verfolgungsmaßnahmen selbst einzuleiten. Die Konventionen richten sich nicht allein gegen die Haupttäter, sondern auch gegen Mittäter und Gehilfen. Außer-

---

4 *Flory*, International action against state terrorism, in: *Higgins/Flory* (Hrsg.), Terrorism and International Law (1997), S. 30; Fälle des innerstaatlichen Terrorismus (z. B. durch die ETA oder eine Mafia-Gruppierung) unterliegen dem nationalen Strafrecht und haben mangels Grenzüberschreitung keinen Anknüpfungspunkt für die Anwendung des Völkerrechts. Zum Begriff des „Staatsterrorismus" in Abgrenzung zum Individualterrorismus s. *Lacoste*, Die Europäische Terrorismus-Konvention (1982), S. 21 ff. und unten Abschnitt III. 2 a).

5 *Ipsen*, Völkerrecht, 5. Auflage (2004), § 42 Rn. 2.

6 *Freestone*, International cooperation against terrorism and the development of international law principles of jurisdiction, in: *Higgins/Flory* (Hrsg.), Terrorism and International Law (1997), S. 43, 48, s. auch u. Abschnitt III. 3 b).

7 Zu den Prinzipien *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Auflage (2001), Vor §§ 3–7, Rn. 4 bis 12; zur historischen Entwicklung s. *Oehler*, Internationales Strafrecht (1973), S. 45 ff., s. auch u. Abschnitt III. 3. a).

dem ist nach manchen Konventionen bereits der Versuch einer als terroristisch angesehenen Handlung unter Strafe zu stellen.

Die Vertragsstaaten verpflichten sich folglich dazu, die erforderlichen Anpassungen des nationalen Strafrechts entsprechend der Pönalisierungsverpflichtungen der Konventionen vorzunehmen, was durch das Aufnehmen von vorher ggf. nicht vorhandenen Straftatbeständen und prozessrechtlichen Regelungen erfolgen kann.[8] Ferner verpflichten einige Konventionen zu präventiven Maßnahmen gegen den internationalen Terrorismus.

2. Regelungsgegenstände und -anlässe

a) Übersicht über die Regelungsgegenstände der Konventionen

aa) Konventionen zum Schutz der zivilen Luftfahrt

Das Tokioter Abkommen[9] stellt das zeitlich erste der drei Vertragswerke zum Schutz der Luftfahrt dar. Es regelt die Verhütung strafbarer und anderer, die Sicherheit gefährdende Handlungen an Bord von Flugzeugen, die sich nicht am Boden befinden und deswegen keinem staatlichen Hoheitsgebiet zuzuordnen sind. Die Konvention erweitert die Gerichtsbarkeit, gibt den Flugzeugkommandanten Befugnisse, u. a. zu Zwangs- bzw. Sicherheitsmaßnahmen (Art. 6 und 10), und verpflichtet die Vertragsstaaten, Ermittlungen aufzunehmen.

Da das Tokioter Abkommen die Fälle der widerrechtlichen Inbesitznahme von Flugzeugen nur unzureichend behandelte, wurde ein weiterer Vertrag, das Haager Übereinkommen[10], als erforderlich angesehen. Es verpflichtet die Staaten zur Schaffung eines einheitlichen Tatbestandes der Flugzeugentführung (Art. 2).

Mit dem Montrealer Übereinkommen[11] und seinem Protokoll[12] wurde der Schutz der zivilen Luftfahrt erneut erweitert. Der Regelungsbereich umfasst insbesondere Gewalttaten gegen Luftfahrzeuge, die geeignet sind, die Sicherheit von Personen und Gütern sowie den Betrieb des internationalen Luftverkehrs zu gefährden (Art. 1 I).

---

8 *Guillaume*, Terrorisme et droit international, RdC 1989 (III), S. 295, 351 f.

9 Abkommen über strafbare und bestimmte andere an Bord von Luftfahrzeugen begangene Handlungen (Tokio, 14. 9. 1963) – BGBl. 1970 II, S. 276 – im Weiteren „Tokioter Abkommen".

10 Übereinkommen zur Bekämpfung der widerrechtlichen Inbesitznahme von Luftfahrzeugen (Den Haag, 16. 12. 1970) – BGBl. 1972 II, S. 1505 – im Weiteren „Haager Übereinkommen".

11 Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Zivilluftfahrt (Montreal, 23. 9. 1971) – BGBl. 1977 II, S. 1229 – im Weiteren „Montrealer Übereinkommen".

12 Protokoll zur Bekämpfung widerrechtlicher gewalttätiger Handlungen auf Flughäfen, die der internationalen Zivilluftfahrt dienen (Montreal, 24. 2. 1988) – BGBl. 1993 II, S. 866; 1994 II, S. 620 – im Weiteren „Protokoll zum Montrealer Übereinkommen".

bb) Konventionen zum Schutz der Seeschifffahrt

Das Römische Seeschifffahrtsübereinkommen[13] und das Protokoll hierzu[14] regeln in enger Anlehnung an die Übereinkommen für den Luftverkehr von Den Haag und Montreal die Pönalisierung der Inbesitznahme oder Beschädigung von Schiffen oder festen Plattformen und von Angriffen auf die darauf befindlichen Personen (Art. 3 I). Der Inhalt der beiden Konventionen geht über den gewohnheitsrechtlichen Tatbestand der Seeräuberei hinaus, indem er zusätzlich auf das politische Motiv der Täter abstellt.[15] Aufgrund des weiten Regelungsbereichs dieser beiden Verträge fallen auch Taten in den Anwendungsbereich, die zwar politisch motiviert, jedoch nicht als terroristisch anzusehen sind.[16]

cc) Konventionen gegen die unbefugte Verwendung gefährlicher Substanzen

Gemäß des Übereinkommens über den Schutz von Kernmaterial[17] müssen die Vertragsstaaten hinreichende physische Schutzmaßnahmen für friedlich genutztes Kernmaterial bei seiner Lagerung und dem grenzüberschreitenden Transport gewährleisten (Art. 2 I und Art. 3). Hintergrund ist die Absicht, derartiges Material vor einer rechtswidrigen Verwendung zu schützen.[18] Damit wird auch Terroristen der Zugriff darauf erschwert.

Im Übereinkommen über die Markierung von Plastiksprengstoffen[19] wurde ein gemeinsames Herstellungsverfahren für Produzenten derartiger Stoffe festgeschrieben, das dessen Aufspürung, zum Beispiel an Flughäfen, erleichtert.

dd) Konventionen zur Verhinderung von Straftaten gegen besondere Personen oder mit weitreichenden Auswirkungen

Die Diplomatenschutzkonvention[20] befasst sich mit der strafrechtlichen Behandlung von Angriffen auf „völkerrechtlich geschützte Personen", d. h. Staatsoberhäupter,

---

13 Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Seeschifffahrt (Rom, 10.3. 1988) – BGBl. 1990 II, S. 496 – im Weiteren „Römisches Seeschifffahrtsabkommen".

14 Protokoll zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit fester Plattformen, die sich auf dem Festlandsockel befinden (Rom, 10. 3. 1988) – BGBl. 1990 II, S. 508 – im Weiteren „Protokoll zum Römischen Seeschifffahrtsabkommen".

15 So *Plant*, Legal aspects of terrorism at sea, in: *Higgins/Flory* (Hrsg.), Terrorism and International Law (1997), S. 68 ff.; s. auch *Ipsen* (Fn. 5), § 54, Rn. 16 m. w. N.

16 Zum Beispiel Aktionen von Umweltschützern gegen Transportschiffe, bewaffnete Meuterei auf See, vgl. dazu *Herzog*, Terrorismus – Versuch einer Definition und Analyse internationaler Übereinkommen zu seiner Bekämpfung (1991), S. 309 f.

17 Übereinkommen über den Objektschutz von Kernmaterial (Wien, 3. 3. 1980) – BGBl. 1990 II, S. 326 – im Weiteren „Übereinkommen zum Schutz von Kernmaterial".

18 Vgl. Präambel des Übereinkommens.

19 Übereinkommen über die Markierung von Plastiksprengstoffen zum Zweck des Aufspürens (Montreal, 1. 3. 1991) – BGBl. 1998 II, S. 2301 – im Weiteren „Übereinkommen über die Markierung von Plastiksprengstoffen".

20 Übereinkommen über die Verhütung, Verfolgung und Bestrafung von Straftaten gegen völkerrechtlich geschützte Personen einschließlich Diplomaten (Montreal, 23. 9. 1971) – BGBl. 1976 II, S. 1745 – im Weiteren „Diplomatenschutzkonvention".

Außenminister, deren Vertreter oder Amtspersonen eines Staates (Art. 1 und Art. 2 I a). Unter Schutz sollen ferner deren Aufenthaltsräume gestellt werden (Art. 2 I b).

Die Geiselnahmekonvention[21] wendet sich gegen das Festhalten von Personen und die gegen sie gerichtete Androhung von Gewalt zum Zweck der Nötigung eines Dritten[22]. Nötigungsadressat kann neben natürlichen Personen auch ein Staat, eine internationale Organisation, eine juristische Person oder eine Gruppe von Personen sein (Art. 1 I). Neben der Pönalisierungspflicht ist ein Vertragsstaat zusätzlich gebunden, Geiselnahmen im Anwendungsbereich der Konvention zu beenden (Art. 3 und Art. 14).

Das Übereinkommen gegen Bombenanschläge[23] richtet sich auf der Basis einer umfassenden Definition der Tatmittel gegen Anschläge mittels Sprengkörper, toxischer oder nuklearer Substanzen und biologischer Mittel (Art. 2 I i. V. m. Art. 1).

Einen anderen Ansatz als die bisher genannten Konventionen verfolgt das Übereinkommen gegen die Finanzierung des Terrorismus.[24] Anstatt einzelne terroristische Handlungen unter Verfolgungspflicht zu stellen, greift dieses Übereinkommen den Terrorismus als Ganzes an.[25] Die Vertragsstaaten verpflichten sich darin, gegen Personen oder Gruppen vorzugehen, wenn sie Terroristen materiell oder finanziell unterstützen (Art. 2).

b) Regelungsanlässe

Die Staatengemeinschaft hat sich nicht vor Ende der 60er Jahre eingehend mit Möglichkeiten zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus befasst.[26] Zu dieser Zeit begannen Terroristen, ihre Forderungen mittels Flugzeugentführungen durchzusetzen, was die Konventionen zum Schutz der Luftfahrt erforderlich machte. Nachdem in den siebziger Jahren verstärkt Geiselnahmen und Morde an prominenten Politikern und Diplomaten als terroristische Handlungsformen beobachtet wurden, kamen in den achtziger Jahren vermehrt Bombenanschläge mit Zeit- oder Fernzün-

21 Internationales Übereinkommen gegen Geiselnahme (New York, 17. 12. 1979) – BGBl. 1980 II, S. 1362 – im Weiteren „Geiselnahmekonvention".

22 Art. 2 Abs. 1 des Übereinkommens.

23 Internationales Übereinkommen zur Bekämpfung terroristischer Bombenanschläge (New York, 15. 12. 1997) – in Kraft getreten am 23. 5. 2001 – UN Dokument A/RES/52/164 – im Weiteren: „Übereinkommen gegen Bombenanschläge".

24 Internationales Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus (New York, 9. 12. 1999) – in Kraft getreten am 10. April 2002 – UN Dokument A/RES/54/109 – im Weiteren: „Übereinkommen gegen die Finanzierung des Terrorismus".

25 *Lavalle*, Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, ZaÖRV (2000), S. 491, 492 f.

26 Die Konvention zur Verhütung und Bekämpfung des Terrorismus vom 16. 11. 1937 trat nie in Kraft. Sie enthält weit gefasste Straftatbestände zur Erfassung zahlreicher terroristischer Handlungsformen, s. *Cassese*, The international community's „legal" response to terrorism, ICLQ 1989, S. 589, 591, *Williams*, International Law and terrorism: age-old problems, different targets, CanYIL 1988, S. 87, 88.

dung vor.[27] Anlass für die Übertragung der Regeln für den Luftverkehr auf die Seeschifffahrt und Festlandsockel gab die Entführung des Passagierschiffs *Achille Lauro* durch palästinensische Terroristen am 7. Oktober 1985.[28]

Alle Konventionen sind folglich als Antworten der UN-Generalversammlung auf aktuelle Bedrohungen durch neue terroristische Handlungsformen zu verstehen.[29]

3. Regelungsdichte bei Repression und Prävention des internationalen Terrorismus

a) Einzelne Straftatbestände in den Konventionen – eine Politik der kleinen Schritte

Mit Ausnahme des Übereinkommens gegen die Finanzierung des Terrorismus liegt der Schwerpunkt aller Konventionen auf der Repression von terroristischen Akten. Nach dem derzeitigen Stand der Regelungen besteht ein Katalog von bestimmten terroristischen Straftaten, die von den Vertragsstaaten mit Strafe bedroht werden müssen. Dieser Katalog enthält jedoch zahlreiche Lücken (s. u. Abschnitt IV. 1. a).

Aufgrund von Wertungsdivergenzen zwischen den Staaten im Hinblick auf eine Definition des Begriffs „Terrorismus" beschränken sich diese Konventionen auf einen Minimalkonsens. Das Phänomen „Terrorismus" wird nicht definiert und nicht als solches pönalisiert; stattdessen werden einige seiner Symptome beschrieben und unter Strafe gestellt.[30]

b) Der Ansatz des Übereinkommens gegen die Finanzierung des Terrorismus

Mit dem Ziel, dem internationalen Terrorismus die Quellen für materielle und finanzielle Unterstützung zu entziehen, verfolgt das Übereinkommen gegen die Finanzierung des Terrorismus einen rein präventiven Zweck. Gemäß Art. 2 Abs. 1 sind das Bereitstellen und das Sammeln finanzieller Mittel für terroristische Taten unter Strafe zu stellen. Die weite Definition von „finanziellen Mitteln" („funds") in Art. 1 Abs. 1 umfasst abschließend jeden materiellen und immateriellen Vermögenswert.[31] Mangels einer anerkannten Definition von „Terrorismus" muss diese Konvention auch festlegen, welche Art von Taten terroristischer Natur sind und aus diesem Grund nicht durch „finanzielle Mittel" gefördert werden dürfen.[32] Art. 8 der Konvention verpflichtet zur Schaffung von Normen im nationalen Recht, nach denen jene Mittel

---

27 Zur historischen Entwicklung s. *Laqueur*, Terrorismus (1987), S. 341 ff.

28 *Beckert/Breuer*, Öffentliches Seerecht (1991), Rn. 285.

29 *Freestone* (Fn. 6), S. 50 f.

30 Dazu weiter u. Abschnitt III. 2.

31 Vgl. *Lavalle* (Fn. 25), S. 496, Fn. 18. Die weite Definition wurde bewusst gewählt, um alle möglichen Formen der Unterstützung für die betreffenden Taten einzufassen. Die naheliegende Lösung, nämlich allein die von Banken gesteuerten Finanzströme zu kontrollieren, ist angesichts möglicher Bestechlichkeit des Bankpersonals und breiter Verdeckungsmöglichkeiten als nur wenig erfolgversprechend zu bewerten.

32 Vgl. dazu u. Abschnitt III. 2 c).

sichergestellt oder beschlagnahmt werden können, die für die Begehung der Taten nach Art. 2 Abs. 1 bestimmt sind.

Um den Tatbestand zu erfüllen, soll nicht erforderlich sein, dass die geförderte Tat tatsächlich ausgeführt wurde (Art. 2 III). Im Gegensatz zu den anderen Konventionen muss als Voraussetzung für die Verfolgung kein Personen- oder Sachschaden vorliegen.

Dieser Konvention kommt aufgrund der darin enthaltenen weit gefassten Pflicht zum Einschreiten gegen die Förderer des Terrorismus eine große Bedeutung in der Terrorismusbekämpfung zu.[33]

c) Präventions- und Informationspflichten

Da Terroristen bei der Planung und Ausführung ihrer Taten besonderes Augenmerk auf Verdeckung legen, kann gar nicht oder nur sehr schlecht vorhergesehen werden, wann und wo ein Angriff stattfinden wird.[34] Dies macht eine vorbeugende Zusammenarbeit, insbesondere der Kriminalbehörden, erforderlich.

Neben den Pflichten zur Rechtshilfe enthalten die Konventionen daher auch Pflichten zur Kooperation in der Prävention und zu gegenseitiger Information, was zur Vermeidung der darin geregelten Straftaten führen soll. Überwiegend wird in den einschlägigen Vorschriften jedoch wenig präzise festgestellt, dass die Staaten nur alle der Verhütung dienenden „durchführbaren Maßnahmen" gegen die aufgeführten Straftaten ergreifen sollen.[35] Das Einschreiten der Vertragsstaaten gegen Terroristen steht unter dem Vorbehalt des nationalen Rechts.[36] Über diesen allgemeinen Rahmen hinaus verlangt die Geiselnahmekonvention ausdrücklich, dass die Vertragsstaaten zudem gegen Personen, Gruppen und Organisationen vorgehen, die Geiselnahmen fördern, organisieren oder begehen (Art. 4 a). Das Übereinkommen gegen Bombenanschläge erweitert die Präventionsverpflichtung auf

> *„persons, groups and organizations that encourage, instigate, organize, knowingly finance or engage in the perpetration of offences as set forth in article 2"*[37]

Diese Vorschrift wird im Übereinkommen gegen die Finanzierung des Terrorismus wiederholt und, seinem Gegenstand entsprechend, um zahlreiche Regelungen be-

---

33 Die Bedeutung dieser Konvention zeigt sich ebenfalls im Bestreben des UN-Sicherheitsrates, dem Inhalt dieser Konvention im Rahmen der Resolution 1373 vom 12. 11. 2001 weltweite Geltung zu verschaffen. Die Zahl der Unterzeichnerstaaten dieser Konvention stieg nach dem 11. September 2001 stark an, s. Annex 2, Final Report – Treaty Event: Multilateral Treaties on Terrorism (10. bis 16. November 2001, UN HQ), http://untreaty.un.org/English/EVENT-Summary.pdf (zuletzt abgefragt am 9. Oktober 2004).

34 *Wolf*, Terrorismusbekämpfung unter Beweisnot – Völkerrechtliche Informationsanforderungen im bewaffneten Konflikt, HuV-I 4 (2001), S. 204, 206.

35 Vgl. Art. 4 a Diplomatenschutzkonvention, Art. 13 Abs. 1a Römisches Seerechtsübereinkommen – „practicable measures".

36 *Röben*, The Role of International Conventions and General International Law against International Terrorism, in: *Walter/Vöneky/Röben/Schorkopf* (Hrsg.), Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty? (2004), S. 789, 793 f.

37 Art. 15a, so auch in Art. 18 Abs. 1a des Übereinkommens zum Schutz von Kernmaterial.

züglich der Auskunftserteilung durch Geldinstitute unter Offenlegung von Bankgeheimnissen erweitert (Art. 18).

Da die Präventionspflichten der Konventionen jedoch kaum konkrete Handlungsanweisungen geben, sind sie als unzureichend anzusehen.[38]

III. Fortschritte

1. Einheitliches Vorgehen in Fällen des internationalen Terrorismus aufgrund der universellen Konventionen

Die Konventionen bilden die Grundlage für Maßnahmen zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch die Vertragsstaaten. Vor allem soll verhindert werden, dass Terroristen in einem Vertragsstaat Unterschlupf finden können. Ein von Terrorismus betroffener Staat kann den Aufenthaltsstaat anweisen, einen Terroristen zu verfolgen.

In den Konventionen wird folglich ein bestimmter Umgang mit Fällen des Terrorismus rechtlich festgeschrieben. Bei Abwesenheit solcher Konventionen wäre jeder Fall auf einem rein politischen oder diplomatischen Wege zu lösen. Auf diese Weise können Extremfälle vermieden werden, in denen sich ein betroffener Staat gezwungen sieht, einseitige, ggf. militärische Maßnahmen gegen einen anderen Staat oder gegen die auf dessen Gebiet befindlichen Terroristen zu ergreifen.[39]

Eine politische oder diplomatische Kontaktaufnahme zu dem Aufenthaltsstaat ist aufgrund von Meinungsverschiedenheiten regelmäßig mit Schwierigkeiten verbunden. Indem der betroffene Staat seine Verhandlungsbereitschaft zeigt, könnte der unerwünschte Eindruck entstehen, die terroristischen Taten seien gerechtfertigt.[40]

Im System der Konventionen können Konfliktfälle vermieden werden. Unter den Vertragsstaaten besteht Einigkeit darüber, dass man sich in den geregelten Bereichen gegenseitige Unterstützung gewährt.

2. Die Schritte zu einer universellen Terrorismusdefinition

a) Vorbehalte einiger Staaten

Mittels der Konventionen sollen einzelne, als terroristisch angesehene Taten international kriminalisiert werden. Auf diese Weise wurde lange Zeit eine umfassende Lösung umgangen, durch die terroristisches Handeln als solches unter Verfolgungspflicht hätte gestellt werden können. Der Grund für diese Zurückhaltung war politischer Natur. Unter den weiten Begriff „Terrorismus" fallen mehrere unterschiedli-

38 *Herzog* (Fn. 16), S. 343.

39 *Daudet*, International action against state terrorism, in: *Higgins/Flory*, Terrorism and International Law (1997), S. 201, 203 ff.

40 *Flory* (Fn. 4), S. 34.

che Motive und Formen gewalttätigen Handelns.[41] Dazu kommt, dass von Terroristen häufig plötzliche und unerwartete Angriffe ausgehen, bei denen in besonderem Maße auf Verdeckung geachtet wird. Dies gibt den Taten stets ein besonderes Gepräge.[42]

Erst mit der Verabschiedung des Übereinkommens gegen die Finanzierung des Terrorismus konnte Einigkeit bezüglich einer Definition terroristischer Akte hergestellt werden (Art. 2 Abs. 1b).

In den Vereinten Nationen war das Phänomen „Terrorismus" zunächst nur als ein Handlungsinstrument von kolonialen Befreiungsbewegungen Gegenstand der Debatten. In ihrem Kampf gegen die Kolonialmächte versuchten Aktivisten, die Freiheit ihrer Völker mit kriegerischen Akten oder gezielten Gewalttaten gegen einzelne Repräsentanten und die Allgemeinheit, z. B. durch Autobomben, zu erzwingen.[43] Die betroffenen Kolonialmächte definierten diese Taten dann als „Terrorismus".

Folglich wandten sich insbesondere die Länder der Dritten Welt gegen Maßnahmen der Staatengemeinschaft, die einen ggf. zu vage formulierten „Terrorismus" bekämpfen sollten. Man befürchtete, eine Definition könnte die Befreiungsbewegungen als „Terrorismus" bezeichnen.[44] Deswegen bestand auf Seiten dieser Staaten die Angst, die Vereinten Nationen könnten unter dem Vorwand der „Terroristenbekämpfung" die damals bestehenden Machtverhältnisse bestätigen.[45] Manche Akteure sahen sich damit jeder Möglichkeit beraubt, ihre politische Position gegen einen in sonst jeder Hinsicht übermächtigen Gegner durchzusetzen.

Vertreter der Dritte-Welt-Staaten wiesen darauf hin, dass in der Debatte um Terrorismus nicht die Gewaltbekämpfung an sich, sondern die hinter den Gewalttaten liegenden Gründe und die daraus entstehende Motivation zum Gegenstand der Betrachtung erhoben werden sollten.[46]

Auch die westlichen Staaten hatten Bedenken gegen einen nicht eindeutig abgegrenzten Terrorismusbegriff[47]: Eine Definition muss deutlich zwischen staatlich praktizierter Gewalt und Handlungen durch nicht-staatliche Rechtspersonen trennen. An-

---

41 Extremismus, Radikalismus, Staatsterrorismus, Verstöße gegen das humanitäre Kriegsvölkerrecht durch Soldaten, Guerilla, Individualterrorismus – zu den Begriffen s. *Herzog* (Fn. 16), S. 93 ff.

42 *Schmalenbach*, Die Beurteilung von grenzüberschreitenden Militäreinsätzen gegen den internationalen Terrorismus aus völkerrechtlicher Sicht, NZWehr 2000, S. 177, 181.

43 *Tomuschat*, Der 11. September 2001 und seine rechtlichen Konsequenzen, EuGRZ 2001, S. 535, 536

44 In diesem Zusammenhang werden Vergleiche mit den deutschen Nationalsozialisten angestellt, die ebenfalls Widerstandskämpfer als „Terroristen" bezeichneten, s. *Flory* (Fn. 4), S. 33.

45 *Nowrot/Tietje*, Völkerrechtliche Aspekte militärischer Maßnahmen gegen den internationalen Terrorismus, NZWehr 2002, S. 1, 2.

46 S. Resolution A/RES/40/61 und die Bezugnahme auf dessen Inhalt in der Präambel des Römischen Seeschifffahrtsabkommens.

47 *Higgins*, The general international law of terrorism, in: *Higgins/Flory* (Hrsg.), Terrorism and International Law (1997), S. 13, 16.

dersfalls würden darunter auch staatlich geleitete Militäraktionen als terroristisch anzusehen sein. Damit bestünde kein Unterschied z. B. zwischen einem Anschlag mittels einer selbstgebastelten Rohrbombe und einem staatlichen Angriff mit einer Lenkrakete. Ein befriedigender Terrorismusbegriff muss auch Akte des Staatsterrorismus ausschließen, d. h. Handlungen von Staaten gegen die Zivilbevölkerung.[48] Andernfalls wären militärische Aktionen oder sonstige staatliche Eingriffe auf fremdem Territorium als Terrorismus zu behandeln. Taten, die den Rahmen der Genfer und Haager Konventionen über die Kriegsführung überschreiten, würden ausnahmslos nicht nur als Kriegsverbrechen, sondern auch als terroristische Akte anzusehen sein. Daher schützt eine enge Terrorismusdefinition das Militärpersonal vor der Verfolgung, insbesondere in Friedenszeiten.[49]

Die Bedenken der westlichen Nationen standen in engem Zusammenhang mit ihrer Position als Kolonialmächte. Ihr Einschreiten gegen Freiheitskämpfer sollte nicht dem Terrorismus zugerechnet werden können. Weiterhin ergaben sich Vorbehalte angesichts des bestehenden Ost-West-Konflikts, da ein weiter Terrorbegriff die Handlungsmöglichkeiten der Akteure eingeschränkt hätte.[50]

Die Zurückhaltung bei der Definition des Terrorismusbegriffes ist auch in den Resolutionen der UN-Generalversammlung erkennbar.[51] Insgesamt wird mithin vermieden, das Phänomen Terrorismus in Ansehung seiner Motive zu umschreiben. Das in diesem Zusammenhang oft zitierte Sprichwort *one man's terrorist is another man's freedom fighter* macht die kulturellen und ideologischen Wertungsdivergenzen bezüglich der Motive des Terrorismus deutlich.[52]

b) Alternativen zu einer Definition

Obgleich für eine universelle Terrorismusdefinition in der Staatengemeinschaft keine Einigkeit vorhanden war, wollte sie der wachsenden terroristischen Bedrohung dennoch effektiv begegnen. Einigkeit bestand zumindest über die Verwerflichkeit von Teilbereichen terroristischen Handelns, d. h. über bestimmte Straftaten. Soll eine umfassende Definition des terroristischen Motivs vermieden werden, können diese Taten zum Zweck der Kriminalisierung grundsätzlich auf zwei Arten eingegrenzt wer-

48 Ebd., S. 26

49 Um die Bestrafung von Militärpersonal zu vermeiden, wird sie in den beiden jüngsten Konventionen ausdrücklich ausgeschlossen, s. auch *Aust*, Counter-terrorism – A New Approach, Max Planck Yearbook of United Nations Law 2001, S. 287, 294. Zur Anwendbarkeit des Kriegrechts auf Akte des internationalen Terrorismus s. u. Abschnitt IV 1. b).

50 *Mani*, UN, Human Rights and International Terrorism, in: *Varma/Lalima* (Hrsg.), United Nations in the Changing World (1998), S. 10, 15.

51 Vgl. exemplarisch den Titel der Resolution A/RES/3034 vom 18. 12. 1972; zum Inhalt: *Levitt*, Democracies against Terror – The Western Response to State-Supported Terrorism (1988), S. 22 ff.; s. auch Anerkennung des Rechts auf Freiheitskampf in Resolution A/RES/44/29 vom 4. 12. 1989, 17. operativer Artikel.

52 *Carberry*, Terrorism: A Global Phenomenon Mandating a Unified International Response, Indiana Journal of Global Legal Studies 1999, S. 685, 711; s. auch *Oeter*, Terrorismus – ein völkerrechtliches Verbrechen?, Die Friedenswarte 2001, S. 1, 11, 23 f.

den: mit Bezug auf die Angriffsziele[53] oder auf die Tathandlungen[54] mit terroristischem Hintergrund.[55]

Die Unversehrtheit von völkerrechtlich geschützten Personen und Diplomaten, die Freiheit des Luftverkehrs und die Freiheit der Schifffahrt wurden in den 70er und 80er Jahren im Rahmen von universellen Konventionen als wichtige Schutzgüter anerkannt. Darin sind jedoch keine Regelungen zu Anschlägen im öffentlichen Raum gegen die Allgemeinheit vereinbart worden. Kriminalisierungspflichten, die unanhängig von Tatobjekt und Tatort bestehen, wurden 1979 in der Geiselnahmekonvention und 1997 im Übereinkommen gegen Bombenanschläge vertraglich geregelt. Die Staatengemeinschaft hat sich darauf geeinigt, dass diese Taten schlechthin rechtswidrige Straftaten darstellen, ohne das politische Motiv als Rechtfertigungsmöglichkeit anzuerkennen.[56]

Hatte sich die UN-Generalversammlung in den 70er-Jahren noch auf die Aufklärung der politischen und wirtschaftlichen Hintergründe des internationalen Terrorismus konzentriert, wuchs in den 80er-Jahren, also im Ausklang des Ost-West-Konflikts, die Überzeugung, dass terroristische Gewaltakte niemals durch politische Motive gerechtfertigt sein können.[57] In der Resolution 44/29 vom 4. 12. 1989 erklärt die Generalversammlung im ersten operativen Artikel, dass sie

> *„[...] unequivocally condemns, as criminal and unjustifiable, all acts, methods and practices of terrorism wherever and by whomever committed, including those which jeopardize the friendly relations among States and their security"*

Im Sinne dieser weltweiten Ächtung kann auch das Selbstbestimmungsrecht nicht mehr als Rechtfertigungsgrund für terroristische Gewalt herangezogen werden. In dieser Überzeugung entstand im Jahr 1997 das Übereinkommen gegen Bombenanschläge, in dem das in seiner Wirkung wohl verheerendste Gewaltinstrument des Terrorismus behandelt wird.

c) Definition von „Terrorismus" im Übereinkommen gegen die Finanzierung des Terrorismus

Die Umgehung einer Definition durch Kriminalisierung von terroristischen Handlungsarten mittels einzelner Straftatbestände führt unumgänglich zu Lücken und Zweifelsfällen. Dies wird besonders deutlich, wenn die „Finanzierung des Terrorismus" bekämpft werden soll. Da eine Finanzierung für sich alleine nicht als Unrechts-

---

53 So z. B. in der Diplomatenschutzkonvention, im Übereinkommen zur Sicherheit der Seeschifffahrt und in seinem Protokoll sowie im Übereinkommen zum Schutz von Kernmaterial.

54 So z. B. in der Geiselnahmekonvention und im Übereinkommen gegen Bombenanschläge.

55 Für eine detaillierte Darstellung s. *Lacoste* (Fn. 4), 11 ff. und *Daetwyler*, Der Terrorismus und das internationale Strafrecht (unter Berücksichtigung des neuen Europäischen Übereinkommens zur Bekämpfung des Terrorismus [ETÜ] von 1977) (1981), S. 79 ff.

56 Vgl. Absatz 4 und 5 der Präambel des Übereinkommens gegen Geiselnahme und Absatz 4 der Präambel des Übereinkommens gegen Bombenanschläge.

57 *Higgins* (Fn. 47), S. 18.

tat angesehen werden kann, war erforderlich, das Ziel der Finanzierung klar zu benennen. Dies machte eine Definition unumgänglich.

Straftaten, auch terroristische, haben sowohl einen objektiven wie subjektiven Charakter. Bisher besteht in der Staatengemeinschaft Konsens darüber, dass eine terroristische Tat die Anwendung von Gewalt gegen Personen als ein Minimumkriterium beinhalten muss.[58] Als Vorsatzelement kommt in Betracht, dass Terroristen mit ihrem Verhalten ein Klima der Angst erzeugen wollen, das den Staat schließlich zu einem bestimmten Handeln oder unterlassen bewegen soll. Bereits während der französischen Revolution stellte dies ein entscheidendes Merkmal für den damaligen Terrorismusbegriff dar.[59]

Nach Art. 2 Abs. 1a des Übereinkommens gegen die Finanzierung des Terrorismus werden zunächst solche Finanzierungen unter Strafe gestellt werden, die jene Straftaten fördern, die bereits in den hier besprochenen Konventionen behandelt wurden. Für eine breite Anwendbarkeit des Übereinkommens gegen die Finanzierung des Terrorismus wurde in Ziffer b zum ersten Mal über die festgelegten Straftatbestände hinaus eine Definition terroristischer Akte festgeschrieben. Keine Unstützung darf erhalten:

> *„any other act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a Government or an international organization to do or to abstain from doing any act.“*

Damit wird ein terroristischer Akt anhand von zwei Tatbestandsmerkmalen bestimmt:

- als eine kriminelle Handlung, die einen erheblichen Schweregrad aufweisen muss (Tod oder schwere Verletzungen des Körpers);
- die Handlung zielt darauf ab, eine Bevölkerung einzuschüchtern, ein Klima des Terrors zu erzeugen oder eine Regierung auf sonstige Weise zum Handeln zu bewegen.

Diese Definition bringt drei entscheidende Neuerungen. Sie bestätigt das Erfordernis der Gewaltanwendung gegen Personen, nicht etwa auch gegen Objekte, als Minimalerfordernis. Ferner muss die Erzeugung von Terror nicht bezweckt sein, so dass eine Regierung auch anders zu einem Handeln gezwungen werden kann.[60] Weiterhin muss die Tat weder eine politische, ideologische noch religiöse Motivation aufweisen.[61] Auch ein gemeinschaftliches Zusammenwirken mehrerer Täter ist nicht erfor-

---

58 *Walter*, Defining Terrorism in National and International Law, in: *Walter/Vöneky/Röben/Schorkopf* (Hrsg.), Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty? (2004), S. 27 und 34 f.

59 *Hugues*, La notion de terrorisme en droit international: en quête d'une définition juridique, in: Journal de droit international 2002, S. 753, 755 f.

60 *Walter* (Fn. 58), S. 35.

61 *Frowein*, Der Terrorismus als Herausforderung für das Völkerrecht, ZaöRV 2002, S. 879, 882.

derlich. Außerdem kann eine ideologische Rechtfertigung im Rahmen der Definition ein terroristisches Verhalten nicht für rechtmäßig erklären.

Der Fortschritt im Übereinkommen gegen die Finanzierung des Terrorismus besteht vor allem darin, dass sich die Staatengemeinschaft dort erstmals auf eine allgemeine Definition des Begriffes „terroristische Tat" geeinigt hat.[62]

3. Verfolgungs- und Auslieferungsverpflichtung

a) Verbindlicherklärung der stellvertretenden Strafrechtspflege und des Prinzips „aut dedere aut iudicare"

Die grenzüberschreitende Strafverfolgung kann im Falle international geschützter Rechtgüter in zwei Formen erfolgen, aufgrund des Universalitäts- bzw. Weltrechtspflegeprinzip oder des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege.

Ein Großteil der hier dargestellten Konventionen verpflichtet einen Aufenthaltsstaat dazu, einen Terroristen nur stellvertretend für den betroffenen Staat auf seinem Territorium strafrechtlich zu verfolgen. Das Universalitätsprinzip hingegen begründet als Gerichtshoheit die Befugnis jedes Staates, eine irgendwo ausgeführte Tat zu ahnden. Geschütztes Rechtsgut ist ein übernationales Kulturgut, an dessen Wahrung jeder Staat ein Interesse hat. Der Täter wird als ein „Feind der Rechtsordnung aller Staaten" angesehen.[63] Bei Straftaten, die nach dem Universalitätsprinzip verfolgt werden, liegt das Ergreifen von Verfolgungsmaßnahmen jedoch allein im Ermessen des Aufenthaltsstaates. Hier gilt das Souveränitätsprinzip. Die Konventionen hingegen binden den Aufenthaltsstaat bei der strafrechtlichen Behandlung des Falles.

Den Aufenthaltsstaat trifft eine Pflicht, strafrechtliche Maßnahmen gegen die betroffene Person – nach Aufforderung durch einen betroffenen Staat – durch die dafür zuständigen Behörden einzuleiten.

Während das Universalitätsprinzip die inländische Strafgerichtsbarkeit nur ausdehnt, stellt das stellvertretende Strafrecht einen Akt der Rechtshilfe dar, der auf besonderen Vorschriften des nationalen Gesetzgebers beruht. Dem Universalitätsprinzip hingegen werden Straftaten unterstellt, um sie aus dem Kreis des nationalen Rechts zu lösen.

Damit wird der Unterschied zwischen dem Regelungsinhalt der Konventionen und Gegenständen der Weltrechtspflege wie Piraterie auf hoher See und Verstößen gegen die vier Rotkreuzabkommen deutlich.[64] Dies schließt jedoch nicht grundsätzlich aus, dass die multilateralen Verträge auch Auswirkungen auf Nicht-Vertragsstaaten haben können.[65]

Eine zentrale Vorschrift der meisten Konventionen bildet die vertragliche Festsetzung des Prinzips *aut dedere aut iudicare.*[66] Danach müssen Täter entweder ausgelie-

---

62 *Oeter* (Fn. 52), S. 22.

63 *Oehler* (Fn. 7), S. 524.

64 *Lacoste* (Fn. 4), S. 102 ff.

65 *Guillaume* (Fn. 8), S. 349 f.; s. auch weiter u. Abschnitt b).

66 Das Tokioter Abkommen enthält eine solche Verpflichtung nicht (Art. 16 Abs. 2). Das Prinzip „aut dedere aut iudicare" wird zum ersten Mal im Haager Abkommen aufgenommen.

fert oder strafrechtlich verfolgt werden.[67] Die Auslieferung erfolgt grundsätzlich nur auf Ersuchen (Antragsprinzip).[68] Weiterhin erfolgt die Auslieferung nur bei schweren, in beiden Staaten unter Strafe stehenden Delikten (Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit). Damit soll sichergestellt werden, dass mögliche ideologische Unterschiede in den Auffassungen zur Strafbarkeit der betreffenden Handlungen Berücksichtigung finden.[69] Die Konventionen stellen diesen Konsens in Bezug auf die Strafwürdigkeit terroristischer Taten vertraglich her.

Der repressive Zweck der Übereinkommen besteht folglich darin, flüchtige Terroristen auch im Ausland der Strafverfolgung zuzuführen. Dies ermöglicht eine effektivere internationale Bekämpfung des Terrorismus.

Die Konventionen verpflichten die Vertragsstaaten dazu, die im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege Verfolgten einem „fairen" Verfahren zu unterziehen.[70] Erst in jüngster Zeit wird dafür nicht nur auf die für die eigenen Staatsangehörigen geltenden Rechte verwiesen, sondern auch auf die Menschenrechte.[71]

b) Bindungswirkung der Konventionen gegenüber Nicht-Vertragsstaaten

Terrorismus ist in seinen vielfältigen Handlungsformen ein weltweites Problem. Manche Autoren erinnern für die rechtliche Bewertung der Terroristen an die Stellung von Piraten im Mittelalter.[72] Aufgrund ihres allgemein als verwerflich angesehenen Verhaltens wurden sie zu *hostis generis humani* erklärt. Damit konnten sie von jedermann unmittelbar verfolgt werden. Eine derartig extreme Entwicklung hat im aktuellen Völkerrecht bezüglich der Bekämpfung des internationalen Terrorismus noch nicht stattgefunden.

Dennoch bleibt zu untersuchen, ob die bestehenden Konventionen bereits jetzt Auswirkungen auf die rechtliche Stellung von nicht teilnehmenden Drittstaaten in der Terroristenverfolgung haben.[73] Zu klären ist, ob diese Staaten im Geltungsbereich ihres Strafrechts Maßnahmen zur Verfolgung von möglichen Terroristen ergreifen können, ohne sich dabei strikt an die in den Konventionen festgelegten Regelungen halten zu müssen. Weiterhin besteht Ungewissheit darüber, ob die Staatsangehörigen

---

67 Vgl. exemplarisch Art. 7 der Diplomatenschutzkonvention: „The State Party in whose territory the alleged offender is present shall, if it does not extradite him, submit, without exception whatsoever and without undue delay, the case to its competent authorities for the purpose of prosecution, through proceedings in accordance with the laws of that State."

68 Aus den Konventionen an sich ergibt sich keine unmittelbare Auslieferungspflicht. Stattdessen werden die zwischen den Staaten bestehenden Auslieferungsabkommen mit Ratifizierung der Verträge um die darin geregelten Straftaten erweitert.

69 *Herzog* (Fn. 16), S. 150 f.

70 Vgl. exemplarisch Art. 10 Abs. 2 des Römischen Seeschifffahrtsübereinkommens.

71 Ein Verweis auf die Menschenrechte wurde erstmals im Übereinkommen gegen Bombenanschläge aufgenommen (Art. 14).

72 *Oppermann*, Der Beitrag des Internationalen Rechts zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, in: Schlochauer-FS (1982), S. 498, 505; *Kolb*, Universal criminal jurisdiction in international terrorism, Revue Hellénique de droit international 1997, S. 43, 73 m. w. N.

73 Zum Prinzip *aut dedere aut punire* vgl. *Higgins* (Fn. 47), S. 26.

eines Nicht-Vertragsstaates von einem Vertragsstaat unter Anwendung der Konventionen verfolgt werden dürfen.

Die Fragen zur Reichweite der Konventionen werden auf drei verschiedene Weisen beantwortet: Eine Ansicht verneint die Möglichkeit einer Wirkung für Dritte. Danach sei der Grundsatz *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* bei den Konventionen gegen Terrorismus strikt anzuwenden. Eine Überführung ihres Inhalts in Gewohnheitsrecht hat noch nicht stattgefunden.[74]

Ferner wird vertreten, dass der Grundsatz *aut dedere aut iudicare* allgemeine Geltung für alle Staaten hat.[75] Nach dieser Meinung ist die Staatengemeinschaft als eine *civitas maxima* anzusehen. Deren Aufgabe sei es, die für alle Staaten wichtigen Rechtsgüter zu schützen. In diesem Sinne gehören auch Prävention und Repression jeder Art von internationaler Kriminalität zu den Aufgaben aller Staaten.[76] Weiterhin bestehe danach die Verpflichtung zur Verfolgung bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit.[77] Im Übrigen ergeben sich Konflikte zwischen der angenommenen universellen Geltung der Auslieferungs- oder Verfolgungspflichten und den Souveränitätsrechten eines Staates.[78]

Eine dritte Auffassung konzentriert sich auf den Solidaritätsgedanken, der die Grundlage der Konventionen darstellt. Die Staatengemeinschaft bringt darin zum Ausdruck, dass die Verfolgung bestimmter Taten im allgemeinen Interesse aller liegt. Während das allein nicht ausreicht, um von neu entstandenem Gewohnheitsrecht auszugehen, können sich daraus jedoch mittelbar Folgen für Nicht-Vertragsstaaten ergeben. Eine Drittwirkung könne zusätzlich im normativen Charakter der zu den Konventionen führenden Resolutionen der Generalversammlung liegen.[79] Daher könne ein Nicht-Vertragsstaat dieselben vertraglichen Mechanismen in sein nationales Recht ganz oder teilweise einbauen und angesichts der stärker werdenden *opinio iuris* bei der Ausübung international Unterstützung finden.[80] Die Frage, ob ein Staatsangehöriger eines Nicht-Vertragsstaates durch einen Vertragsstaat mit den Instrumenten der Konventionen verfolgt werden darf, wäre ebenfalls im Lichte des beschriebenen Prozesses zu beantworten.

Ungeachtet der dogmatisch zu beurteilenden Vor- oder Nachteile der einzelnen Ansätze bezüglich der Drittwirkung zeigt die zuletzt dargestellte Ansicht, dass die Konventionen nicht ausschließlich zwischen den Vertragsstaaten wirken. Dennoch kann hier nicht von der Verankerung eines Weltrechtsprinzips bei der Bekämpfung von

---

74 *Kolb* (Fn. 72), S. 64 m. w. N.

75 So auch bereits *Grotius*, De iure belli ac pacis, II, § 21, S. 1625; s. auch *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht – Die Formen des völkerrechtlichen Handelns, die inhaltliche Ordnung der internationalen Gemeinschaft I/3, 2. Auflage (2002), S. 1006 ff.

76 *Wise*, Extradition, the Hypothesis of a *Civitas Maxima* and the Maxim *Aut Dedere Aut Judicare*, Revue internationale de droit pénal (1991), S. 109 ff.

77 *Kolb* (Fn. 72), S. 65 m. w. N.

78 *Freestone* (Fn. 6), S. 48.

79 *Blaine*, General Assembly Resolutions Revisited, BYIL 1987, S. 39, 114 ff.

80 Vgl. auch *Higgins* (Fn. 47), S. 26.

Terroristen gesprochen werden. Die Konventionen regeln nur das Tätigwerden für einen betroffenen Staat durch stellvertretende Strafrechtspflege (s. o. Abschnitt III. 3. a). Terroristen wurden also bisher nicht zu *hostis generis humani* erklärt. Eine Wirkung *erga omnes* der Konventionen besteht mithin nicht.

Mit der Resolution 1373 vom 12. 11. 2001 hat der Sicherheitsrat Teilen des Übereinkommens gegen die Finanzierung des Terrorismus nach Kapitel VII der Vereinten Nationen universelle Geltung verschafft.[81] In diesem Fall betätigte sich der Sicherheitsrat als Quasi-Gesetzgeber, wenn er Inhalte eines bis zu diesem Zeitpunkt nicht in Kraft getretenen Übereinkommens für die Staaten verbindlich erklärt. Auf diese Weise können der langwierige Prozess der konsensualen Vertragsgestaltung und eine langsame Umsetzung umgangen werden. Diese willkommene Möglichkeit einer „Weltgesetzgebung" kann die klassischen Formen vertraglicher Abmachungen jedoch nicht ersetzen. Anlass für die Verabschiedung der Resolutionen des Sicherheitsrates können nur besondere Ereignisse sein, in denen er eine Bedrohung der internationalen Sicherheit oder des Weltfriedens erkennt. Zudem besitzen die Konventionen angesichts der ausdrücklichen Zustimmung von zahlreichen Staaten einen hohen Grad an Legitimität, sie sind ferner das Ergebnis eines langen Verständigungsprozesses. Eine Quasi-Gesetzgebung durch den Sicherheitsrat ist erst dann möglich, wenn ein weitgehender Konsens besteht. Die Konventionen, ob in Kraft oder noch in Verhandlung, legen eine Grundlage für die Entscheidungen des Sicherheitsrates.[82]

IV. Mängel

1. Beschränkter Umfang der Regelungen der Übereinkommen

a) Lücken in den Vertragspflichten

An mehreren Stellen wurde bereits erläutert, dass sich die Staatengemeinschaft im Rahmen der Konventionen auf einen nur minimalen Katalog an besonders verwerflichen Straftaten oder besonderen Schutzgütern einigen konnte. Ein Konsens war für die meisten Konventionen nur aufgrund der Tatsache herzustellen, dass bestimmte Formen terroristischen Handelns aktuelle und akute Bedrohungen darstellten.

Offensichtlich erfassen die Konventionen nicht alle Erscheinungsformen des Terrorismus.[83] Diese Lücken wurden mangels Einigseins für weiterreichende Regelungen aber bewusst in Kauf genommen.

Mithin werden nicht alle schweren Gewalttaten gegen das Leben, die körperliche

81 Die Staaten haben gem. Art. 25 UN-Charta die Pflicht, die Beschlüsse des Sicherheitsrates anzunehmen und durchzuführen; s. auch *Peterke*, Die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung unter Kapitel VII der UN-Charta – Die Resolution 1373 (2001) des UN-Sicherheitsrates, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 2001, S. 217 ff.

82 *Röben* (Fn. 36), S. 819.

83 Das Übereinkommen gegen die Finanzierung des Terrorismus richtet sich im Ansatz gegen jedes terroristische Handeln, das in einen Schaden für die Zivilbevölkerung mündet, es behandelt jedoch nur die *Finanzierung* dieser Handlungen.

Unversehrtheit und die Freiheit einer Person abgedeckt.[84] Unberücksichtig blieben bisher ebenfalls Straftaten gegen Sachen, die eine Gefahr für Rechtsgüter von hohem Rang darstellen können (z. B. Sabotage an Bahntrassen, Angriffe auf Datennetze). Neue, bisher unbekannte Formen des Terrorismus kommen auf. Terroristen können durch Nutzung moderner Kommunikationsmittel umfängliche Netzwerke aufbauen, mittels derer Aktionen aus großer Entfernung steuerbar werden.[85]

Ferner ist nicht in allen Konventionen bereits die Androhung der behandelten Straftaten unter Strafe zu stellen.[86] Nicht erst das Ausführen der schweren Gewalttaten selbst, sondern auch die Androhung ist geeignet, das angestrebte Klima von Furcht und Schrecken zu erzeugen. Die Anwendung einer Drohung als Druckmittel ist eine verbreitete Strategie terroristischen Handelns.

Terroristen versuchen in der Regel, unerkannt zu bleiben. Für ihre Tarnung verwenden sie gefälschte Identifikationspapiere. Da Urkundendelikte im Vorfeld von terroristischen Handlungen häufig vorkommen, würde eine Pönalisierungsverpflichtung bezüglich dieses Tatbestandes dem betroffenen Staat eine sehr starke Position gegenüber dem Aufenthaltsstaat geben. Bereits die Tatsache, dass eine Person gefälschte Papiere nutzt, könnte sie zu einem „Terroristen" machen. Eine so weite Grundlage würde der Terrorismusbekämpfung zwar deutlich mehr Effektivität verleihen, jedoch wird eine derartig schrankenlose Verpflichtung bei vielen Staaten gleichsam auf Bedenken stoßen. Zu leicht könnte jemand dann aufgrund seiner Papiere als „Terrorist" deklariert werden. Dasselbe gilt für die bisher nicht geregelte generelle Pönalisierung des Besitzes oder der Herstellung von Waffen und Sprengstoffen.

Mit Ausnahme des Übereinkommens gegen die Finanzierung des Terrorismus konnten aufgrund der Differenzen bei der Ausarbeitung der Konventionen keine Tatbestände einbezogen werden, die zeitlich vor terroristischen Akten liegen. Dazu gehört die Bildung einer terroristischen Organisation[87]. Die Anschläge des 11. September 2001 haben gezeigt, dass von gut organisierten Gruppen aufgrund der ihnen möglichen Koordinierung erhebliche Gefahren ausgehen. Der gruppenintern organisierte Willensbildungsprozess und das Selbsterhaltungsinteresse einer Gruppe gibt ihr starken Zusammenhalt und kann ihre Gefährlichkeit noch erhöhen.

In Deutschland ist der Tatbestand der Bildung und der Mitgliedschaft in einer inländischen terroristischen Vereinigung (§ 129a StGB) bzw. der Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung (§ 129b StGB) aufgrund der Kollision mit

---

84 Zum folgenden s. *Herzog* (Fn. 16), S. 437 ff.

85 Vgl. *Wolfrum*, Fighting Terrorism at Sea: Options and Limitations under International Law, Verhandeln für den Frieden – Negotiating for Peace, Eitel-FS (2003), S. 649, 658 ff. und 667 f.

86 Ausnahmen befinden sich in Art. 2 Abs. 1c der Diplomatenschutzkonvention, Art. 7 1 d und e des Übereinkommens zum Schutz von Kernmaterial und Art. 3 Abs. 2c des Römischen Seeschifffahrtsübereinkommens.

87 Die Geiselnahmekonvention verpflichtet in Art. 4a lediglich zu „measures to prohibit [...] illegal activities of persons, groups and organizations that encourage, instigate, organize or engage in the perpetration of acts of taking hostages".

Grundrechten sehr umstritten.[88] Terroristische Vereinigungen können jedoch gefährlicher sein als Individualterroristen, weshalb eine Strafbarkeit dieser Gruppen erforderlich und verhältnismäßig i. S. d. deutschen Grundgesetzes ist.[89]

Das Übereinkommen gegen die Finanzierung des Terrorismus behandelt grundsätzlich die Finanzierung von terroristischen Organisationen (s. o. Abschnitt II. 2. a). Der Schutzzweck wird jedoch wegen des Erfordernisses eines weit gefassten Vorsatzes des Finanzierenden nicht in jedem Fall erreicht. Die unterstützte Terrortat muss vom Vorsatz des Finanzierenden umfasst sein. Zumindest muss ein Finanzierender wissen, dass sein Beitrag eine terroristische Handlung unterstützt (Art. 2 Abs. 1). Da das Wollens- und Wissenselement in den Vertragsstaaten unterschiedlich definiert werden, ist anzunehmen, dass sich bei dieser wichtigen Vorschrift unterschiedliche Interpretationsweisen ergeben.[90]

Die Konventionen legen die Höhe des Strafmaßes, das bei Verübung der vertraglich geregelten Straftaten droht, nicht genau fest. Stattdessen wird in allen Konventionen eine unpräzise, überwiegend gleichlautende Klausel verwendet:

> „*Each State Party shall make the offences [...] punishable by appropriate penalties which take into account the grave nature of those offences.*"[91]

Die Festsetzung des Strafmaßes erfolgt durch jeden Vertragsstaat nach seinen eigenen Vorstellungen, was die Uneinheitlichkeit in diesem Bereich begünstigt.

Schließlich räumen die Konventionen den Staaten ein breites Ermessen über das Ob und Wie der Verfolgung von Tätern im eigenen Land ein. Zwar besteht nach den beiden jüngsten Konventionen die Pflicht, Maßnahmen zu ergreifen; ein zeitlicher Rahmen ist aber nicht festgelegt. Den Staaten steht es außerdem frei, die Ermittlungen jederzeit abzubrechen. Eine Verpflichtung zur Verurteilung besteht nicht, vielmehr ist nur irgendein rechtskräftiger Abschluss herbeizuführen.[92] In diesem Zusammenhang ist auf die Grenzen des *aut dedere aut iudicare* aufmerksam zu machen. Für eine effektivere Verfolgung von Terroristen erscheint ein *aut dedere aut punire* als wünschenswert.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Konventionen wichtige Felder terroristischen Handelns abdecken. Der Mangel an einheitlichen Ansichten innerhalb der Staatengemeinschaft hat Lücken offengelassen, deren Schließung die Bekämpfung des internationalen Terrorismus deutlich effektiver machen könnte.

---

88 *Fürst*, Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129 a StGB – Zu Umgang und Notwendigkeit der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes bei der Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen (1989), S. 4 ff.

89 *Langer-Stein*, Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen (1987), S. 438.

90 *Lavalle* (Fn. 25), S. 499 f.

91 Art. 2 der Geiselnahmekonvention, stellvertretend für alle hier behandelten Konventionen.

92 *Hofmann*, Das Phänomen des internationalen Terrorismus – Analyse und Bekämpfungsmaßnahmen, Sicherheit + Frieden 1997, S. 211, 216.

b) Eine umfassende Konvention als bessere Lösung?

Angesichts der genannten Lücken erscheint die Erstellung einer breiten, möglichst alle Formen terroristischen Handels umfassende Konvention wünschenswert. Im Anschluss an das Attentat auf den französischen Außenminister Louis Barthou und auf König Alexander von Jugoslawien in Marseille am 9. Oktober 1934 hatte die Staatengemeinschaft Anlass zu einer intensiven Auseinandersetzung mit dem Phänomen des Terrorismus.[93] Im Jahr 1937 schloss der Völkerbund seine Arbeit an der „Genfer Konvention zur Verhütung und Bekämpfung des Terrorismus"[94] ab. Diese Konvention trat jedoch nie in Kraft, da sie nur von Indien als einzigem der 20 Unterzeichnerstaaten ratifiziert wurde. Hintergrund dafür waren die darin enthaltenen Straftatbestände, die den meisten Staaten als zu umfassend und weit gefasst erschienen.[95]

Ähnliche Vorbehalte bestehen auch gegenüber dem neusten Versuch der Vereinten Nationen, eine umfassende Terrorismuskonvention zu erstellen. Die im August 2000 verabschiedete *Draft Comprehensive Convention on Terrorism*[96] schließt Strafbarkeitslücken, indem sie eine Pönalisierungsverpflichtung für jedwede Art der Tötungshandlung und für eine Vielzahl von Arten der Sachbeschädigung einführt.[97] Gerade wegen dieser sehr weiten Definition von „Terrorismus" konnte im beratenden 6. Komitee der Generalversammlung bis heute keine Einigung erzielt werden.[98] Weiterhin werden in dem derzeitigen Entwurf Handlungen von bewaffneten Armeen in Kriegszeiten ausgenommen, soweit diese von anderen Normen des Völkerrechts behandelt werden.[99] Hier stehen das humanitäre Völkerrecht und die Anti-Terror-Gesetzgebung getrennt nebeneinander. Damit wären terroristische Taten

93 *Marston*, Early Attempts to Suppress Terrorism: The Terrorism and International Criminal Court Conventions of 1937, The British Yearbook of International Law 2002, S. 293 ff.

94 Genfer Konvention zur Verhütung und Bekämpfung des Terrorismus vom 16. November 1937 – League of Nations Official Journal 1937, S. 37 ff.

95 Art. 2 der Konvention sollte zu einer umfassenden Pönalisierung führen, d. h. von vorsätzlicher oder versuchter Tötung, schwerer Körperverletzung und Freiheitsberaubung an Diplomaten, deren Angehörigen und weiteren Beamten, zur Kriminalisierung der vorsätzlichen oder versuchten Sachbeschädigung an Staatseigentum, jeder Art von Bedrohung der Öffentlichkeit und die Pönalisierung der Herstellung, des Erwerbs und des Verkaufs von Waffen, falls dessen Einsatz beabsichtigt wird.

96 UN-Dokument A/C.6/55/1.

97 Gem. Art. 2 Abs. 1 des Entwurfs fällt in seinen Anwendungsbereich jede Handlung eines Straftäters, die folgendes verursacht: „(a) Death or serious bodily injury to any person; or (b) Serious damage to a State or government facility, a public transportation system, communication system or infrastructure facility with the intent to cause extensive destruction of such a place, facility or system, or where such destruction results or is likely to result in major economic loss; when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a Government or an international organization to do or abstain from doing any act."

98 S. Pressemitteilung des Ad-Hoc Komitees zu Terrorismus vom 1. 7. 2004 (UN-Dokument L/3073)

99 S. Art. 18 Abs. 2 der Draft Comprehensive Convention als Wiederholung von Art. 19 Abs. 2 des Übereinkommens gegen Bombenanschläge.

während eines Krieges gar nicht möglich. Eine derartig strikte Trennung ist jedoch abzulehnen.[100] Terroristische Taten können zumindest dann kriegerischer Art sein, wenn sie einen gewissen Schweregrad erreichen, wenn die Täter einem Staat zugeordnet werden können, und wenn die militärischen Gegenmaßnahmen Terroristen in einem Staat treffen, der sich gegen diese Maßnahmen zur Wehr setzt.

Die breit angelegte *Draft Comprehensive Convention* würde im Falle ihres Wirksamwerdens die anderen bestehenden Konventionen nicht unanwendbar oder überflüssig werden lassen.[101] Die sehr präzisen Definitionen des bestehenden Regelwerkes wären nach wie vor geeignet, die einzelnen Staaten bei ihrer Strafgesetzgebung zu leiten. Folglich ist der neue Entwurf vornehmlich als Erweiterung, nicht jedoch als Ersatz anzusehen.

2. Fehlende Kontrollmöglichkeiten bezüglich der Einhaltung der Vertragsregeln

a) Der Grund für den Mangel an Kontrollmöglichkeiten

Die Konventionen verpflichten die Vertragsstaaten zwar zu einem bestimmten Handeln gegen Terroristen, die Einhaltung der Pflichten kann jedoch auf der Grundlage der Konventionen nicht kontrolliert werden.

Alle dargestellten Konventionen sehen für die Beilegung von Streitfällen das schiedsgerichtliche Verfahren vor. Da sich jedoch viele Staaten von der Schiedsgerichtsklausel nicht gebunden sehen und da das Schiedsgerichtsverfahren allgemein ein gewisses Maß an Kompromissbereitschaft erfordert, bestehen Mängel bei der Möglichkeit zu effektiver Kontrolle der Einhaltung der Vertragsregeln. Diese Nachteile werden auch nicht in der *Draft Comprehensive Convention* beseitigt.[102]

b) Effektivere Durchsetzung der vertraglichen Pflichten durch eine internationale Anklagebehörde

Fortschritte könnte eine internationale Anklagebehörde mit sich bringen, die über die Einhaltung der völkerrechtlichen Pflichten zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus wacht.[103] Denkbar ist, eine solche internationale Behörde neben die be-

---

100 *Vöneky*, The Fight against Terrorism and the Rules of the Law of Warfare, in: *Walter/Vöneky/Röben/Schorkopf* (Hrsg.), Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty? (2004), S. 925, 927 ff.

101 *Röben* (Fn. 36), S. 816.

102 S. *Röben* (Fn. 36), S. 816: Der Entwurf enthält keine Verbesserung auf dem Gebiet der Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden, der Handlungsmöglichkeiten für die Polizei, der Kooperation mit internationalen Strafverfolgungsbehörden und der allgemeinen Kontrolle der Einhaltung von Vertragspflichten.

103 Daneben besteht die Möglichkeit, die Regelungsinhalte der Konventionen unabhängig von einer nationalen Strafgerichtsbarkeit vor dem Internationalen Strafgerichtshof zu behandeln. Entsprechende Vorschriften in Entwürfen eines Statuts des *International Criminal Law Committee* der *International Law Association* wurden jedoch nicht übernommen. s. *Kolb* (Fn. 72), S. 70 ff.

stehenden nationalen Anklagebehörden zu stellen.[104] Ihre Einflussmöglichkeiten auf die Verfahren müssten durch ein eigenes Anklage- und Verfahrensrecht verankert werden. Die nationale Anklagebehörde muss dabei nicht ersetzt werden. Der Gang der Ermittlungen wird durch die internationale Behörde überwacht. Sie greift nur in Ausnahmefällen ein. Ein Eingreifen ist notwendig, wenn Beweismittel nicht mit der erforderlichen Sorgfalt zusammengetragen werden. Wie dargestellt, verfügen die Staaten über einen weiten Ermessensspielraum bei der Durchführung der Ermittlungsmaßnahmen. Die Anklagebehörde kontrolliert, ob Ermessensfehler vorliegen und ob das Ermessen in einer Weise ausgeführt wurde, die nicht mit dem Sinn und Zweck der Übereinkommen zu vereinbaren ist.

Diese Behörde könnte die Wahrheitsfindung unterstützen, indem sie den politischen Druck nimmt, den andere Staaten auf den verfolgenden Staat ausüben könnten. Da die internationale Behörde entscheidend am Ausgang der Verfahren beteiligt ist, wird der verfolgende Staat ferner vor Erpressungsversuchen von Sympathisanten der Terroristen geschützt.

Eine dezentrale Überprüfung wäre folglich dazu geeignet, die Durchsetzbarkeit des Prinzips *aut dedere aut iudicare* in Einzelfällen zu fördern.

3. Das „politische Delikt" als Ausnahme zur Auslieferungsverpflichtung

a) Entwicklung des „politischen Delikts" als Ausnahmetatbestand

Stellt ein von Terrorismus betroffener Staat für einen Täter, dessen Tat in den Anwendungsbereich einer der Konventionen fällt, ein Auslieferungsersuchen, so muss der Aufenthaltsstaat die betreffende Person ausfindig machen und ausliefern.

Für diese Regelung besteht jedoch eine Ausnahme in Fällen, die als *politische Taten* angesehen werden können. Der Grundsatz, nach dem politische Straftäter nicht ausgeliefert werden, ist international weit verbreitet. Ein grundsätzliches Verbot, in Fällen politischer Delikte Maßnahmen der Rechtshilfe durchzuführen, besteht jedoch nicht.[105] Deswegen nennt die Mehrheit der hier behandelten Konventionen diesen Grundsatz ausdrücklich oder nimmt darauf durch den Verweis auf geltendes nationales Recht Bezug.[106] Nur die beiden jüngsten Konventionen verzichten auf die Ausnahme von politischen Taten.[107] Die Vertragsstaaten haben sich darauf geeinigt, die in diesen Verträgen behandelten Straftaten in keinem Fall als „politische Delikte" anzusehen. Weiterhin wird ausgeschlossen, dass die Straftaten weder als eine mit einem „politischen Delikt" verbundene Tat, noch als eine „politisch motivierte Tat" anzusehen sind.[108]

---

104 Zum Folgenden s. *Herzog* (Fn. 16), S. 449 ff.

105 *Herzog* (Fn. 16), S. 152 m. w. N.

106 Vgl. Art. 7 und 8 Diplomatenschutzkonvention, Art. 9 Abs. 1 Geiselnahmekonvention, Art. 10 Römisches Seeschifffahrtsübereinkommen, Art. 9 Übereinkommen zum Schutz von Kernmaterial.

107 In Art. 11 des Übereinkommens gegen Bombenanschläge und Art. 14 des Übereinkommens gegen die Finanzierung des Terrorismus.

108 Vgl. *Witten*, The International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, American Journal of International Law 1998, S. 774, 779.

Aus historischer Sicht ist eine kurze Erläuterung des Prinzips sinnvoll: In der Zeit des Absolutismus wurden politische Taten als schwere Straftaten betrachtet. Im Rahmen der damaligen Vorstellung von Staatlichkeit stellten diese Taten ein Auflehnen gegen die von Gott gesetzte Obrigkeit dar.[109] In dieser Position genossen politische Täter noch keine Privilegierung. Dies hätte den Interessen aller regierenden Königshäuser widersprochen.

Ab etwa 1830 wurde unter dem Einfluss der Französischen Revolution das Asylrecht allgemein erweitert; darin wurde der Grundsatz der Privilegierung für politische Straftäter nunmehr verankert.[110] Aus Sicht der neuen Regierungen galten die politischen Täter als Freiheitskämpfer, deren Interessen sich mit den Interessen dieser Staaten deckten. Das Sprichwort *one man's terrorist is another man's freedom fighter*, auf das oben bei der Betrachtung der Freiheitskämpfe in den ehemaligen Kolonialgebieten eingegangen wurde, umschreibt folglich auch Vorgänge der innereuropäischen Geschichte.

Aufgrund der Gesinnung der Freiheitskämpfer herrschte im 19. Jahrhundert die Überzeugung vor, dass ihr Handeln nicht mit dem eines gemeinen Straftäters gleichzusetzen sei. Zudem bestanden Zweifel, ob der politische Täter im Falle seiner Auslieferung mit einem fairen Prozess rechnen konnte. Angesichts des damals aktuellen Widerstreits von politischen Systemen wurde auch argumentiert, dass sich der Täter mit seinem deliktischen Handeln gegen ein bestimmtes System gewandt habe. Im aufnehmenden Staat stellte er aber mit seiner politischen Einstellung keine Gefahr dar. Auch könnte seine Tat durch ein Widerstandsrecht gerechtfertigt sein.

Dass die soeben genannten Gründe für die Nichtauslieferung bei den politischen Delikten noch heute den Hintergrund für die Gewährung des Asyls für politische Straftäter bilden, ist offensichtlich. Je stärker zwei Staaten in ihren politischen und rechtlichen Ordnungen übereinstimmen, desto bereitwilliger werden sie einen Täter ausliefern.

Zu fragen ist, welche Art terroristischer Gewalttaten unter dem Begriff „politisches Delikt" fallen und somit als gerechtfertigt angesehen werden können.

b) Definition des Begriffs „politisches Delikt"

Für die Eingrenzung des Begriffs „politisches Delikt" ist zunächst das besonders Politische zu definieren, das die Tat von dem allgemein kriminellen Handeln unterscheidet. Hier besteht ein ähnliches Dilemma wie bei der Definition des Begriffs „Terrorismus". Einer Ansicht zufolge soll der Begriff aufgrund der als sehr weit erachteten Bedeutung einer juristischen Definition gar nicht zugänglich sein. *Burckhardt* definiert hingegen: „Politisch ist, was sich auf den Staat als Macht, auf die rechtliche Macht in der Gesellschaft bezieht"[111].

---

109 *Lacoste* (Fn. 4), S. 76.

110 *P. Felchlin*, Das politische Delikt – Entwicklung, Problematik u. Wandel im Auslieferungsrecht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts (1979), S. 140.

111 Zitiert nach *Lacoste* (Fn. 4), S. 78.

Fraglich ist bei Auslieferungsfällen, in welchen Merkmalen einer Straftat das Politische konkret zu erkennen sein muss: in objektiven Merkmalen, im geschützten Rechtsgut oder in subjektiven Merkmalen.

Nach der subjektiven Theorie sind zur Bestimmung einer politischen Tat Beweggrund, Ziel und Vorsatz des Täters als Merkmale heranzuziehen. Damit greift die Definition jedoch zu weit. So würde jedes Delikt, das auf politischen Motiven beruht, zu einer Tat, wegen der eine Auslieferung nicht stattfindet. Nahezu immer würde dann ein terroristisches Handeln auch ein politisches sein. Eine Definition sollte folglich ein objektives Merkmal einschließen.

Die objektive Theorie verlangt das Vorliegen eines Angriffs auf ein „politisches Rechtsgut". Dazu gehören alle Handlungen, die die Existenz, Integrität und Unabhängigkeit eines Staates berühren oder auf den Sturz der bestehenden Regierung oder der Verfassung abzielen. Diese Sicht beachtet die subjektiven Elemente nicht, die – wie oben dargestellt – die Grundlage für das Entstehen der Privilegierung von politischen Straftätern bilden.

Einen vermittelnden Ansatz stellt die Prädominanztheorie dar. Mit Hilfe einer Gesamtbetrachtung der Strafhandlung werden die gemeinen und politischen Merkmale gegeneinander abgewogen. Handelte der Täter aus seiner Vorstellung heraus überwiegend aus politischen Motiven, sei der Charakter der Tat politisch. Als überwiegend gemein könne eine Tat angesehen werden, die nach der Vorstellung des Täters überwiegend zu politischen Zwecken begangen wurde.[112]

Auch hier ergeben sich Abgrenzungsprobleme. Eindeutig dominiert der politische Charakter nur im „absolut politischen Delikt". Dieses richtet sich ausschließlich und unmittelbar gegen den Bestand, die Handlungsfähigkeit oder die Sicherheit des Staates. Dabei wird nur in Rechte des Staates eingegriffen. Dies ist unstreitig bei Landes- und Hochverrat der Fall.

Daneben stehen die „relativ politischen Delikte". Damit sind Delikte gemeint, die allein einen Tatbestand der gemeinen Kriminalität erfüllen. Beispiele dafür sind Sabotageakte an staatlichen oder privaten Anlagen.

Einigkeit besteht weitgehend darüber, dass komplex politische und konnex politische Taten nicht zu den politischen Delikten zählen. Komplex politisch sind Taten, in denen ein absolut politisches Delikt und ein gemeines Delikt zusammenfallen (z. B. das politische Attentat). Konnex politisch sind Taten, die im Rahmen der Vorbereitungshandlungen zu einem absolut politischen Delikt vorgenommen werden (z. B. Urkundenfälschungen).

c) Bedeutung des „politischen Delikts" als Ausnahme

Die obige Darstellung zeigt, dass die Abgrenzung trotz der vorgeschlagenen Kategorisierungen schwer fällt. Die bestehende Definition des „absolut politischen

112 *Felchlin* (Fn. 110), S. 130 f.

Delikts" kann selbst schwerste Straftaten mit politischem Hintergrund erfassen.[113] Angesichts der Gefahr der Aushöhlung sollte die Möglichkeit zur Auslieferungsverweigerung in den Konventionen zur Bekämpfung des Terrorismus am besten ausgeschlossen werden.

Der Verzicht auf die Auslieferungsausnahme bei politischen Delikten erhöht die Effektivität der Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung. Dieser Verbesserung müssen jedoch Bedenken entgegen gebracht werden. Stimmen zwei Staaten in ihrer politischen und rechtlichen Ordnung überein, so werden sie einen Täter bereitwillig ausliefern. Sicherlich stellen die Konventionen die nötige rechtliche Übereinstimmung her. Die politische Ordnung von Staaten ist jedoch Änderungen unterworfen, z. B. durch Militärputsche. Wird auf die Auslieferungsausnahme verzichtet, müssen Terroristen auch dann ausgeliefert werden, wenn begründete Zweifel daran bestehen, dass sie eine angemessene, nicht überhöhte Strafe erhalten.

Die möglichen rechtsstaatlichen Defizite werden angesichts der Schwere terroristischer Taten offensichtlich als wenig bedeutsam angesehen. Die Konventionen beschränken die Höhe des Strafmaßes für terroristische Taten nicht. Die Übereinkommen verpflichten nur, die Taten mit angemessenen Strafen zu bedrohen, welche die Schwere der Tat berücksichtigen (s. o. Abschnitt IV. 1. a). Diese Formulierung umfasst alle Formen der Bestrafung, auch die Todesstrafe.[114]

d) Mögliche Auswirkungen auf das nationale Asylrecht

Die Auslieferungsvorschriften der beiden jüngsten Konventionen könnten mit den nationalen Vorschriften zum Recht auf Asyl wegen politischer Verfolgung kollidieren.[115] Hierbei ist jedoch zwischen dem politisch verfolgten Straftäter und dem politischen Straftäter zu unterscheiden. Nur die drohende politische Verfolgung ist geeignet, die Auslieferung zu verhindern.[116]

Die beiden Begriffe haben einen unterschiedlichen Inhalt. Das Begehen einer „politischen Tat" ist nicht notwendig mit politischer Verfolgung verbunden. Unabhängig vom Charakter seiner Tat gilt als politisch verfolgt, wer im Falle seiner Auslieferung aus politischen Gründen und unter Verletzung rechtsstaatlicher Prinzipien Verfol-

113 *Herzog* (Fn. 16), S. 159; *Herzog* verweist beispielhaft auf die Auslieferung des deutschen Terroristen Pohl aus Griechenland. Pohl hatte sich wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung, Betruges und Urkundenfälschung strafbar gemacht. Ein griechisches Gericht erklärte die Auslieferung wegen des politischen Charakters der Taten für unzulässig. Das Gericht war der Auffassung, die Taten richteten sich „allgemein gegen das politische Establishment der westlichen Gesellschaft". (ebd., Fn. 429 m. w. N.)

114 Vgl. *MacDonnell*, The Death Penalty – An Obstacle to the „War Against Terrorism"?, Vanderbilt Journal of Transnational Law 2004, S. 353, 357 f.; s. auch *Chertoffs* Darstellung der Anti-Terroristen-Gesetzgebung der USA, in: Anhörung vor dem Subcommittee on Crime des Committee of the Judiciary im House of Representatives zur Implementierung der Übereinkommen von 1997 und 1999 am 14. 11. 2001, insb. S. 32 – http://commdocs.house.gov/committees/judiciary/hju76122.000/hju76122_0f.htm (zuletzt abgefragt am 10. Oktober 2004).

115 Vgl. Art. 16a Abs. 1 Grundgesetz.

116 Vgl. auch § 51 Ausländergesetz.

gungsmaßnahmen ausgesetzt ist, die mit einer Gefahr für Leib und Leben oder der Einschränkung der persönlichen Freiheit verbunden sind. Die Auslieferungsausnahme auf der Grundlage des politischen Delikts stellt dagegen nicht auf die Verfolgungsmaßnahmen nach der Tat ab, sondern allein auf den Charakter der Tat selbst. Oft fallen beide Elemente jedoch zusammen, da die Täter gerade aufgrund ihrer politischen Tat politisch verfolgt werden.

Das Auftreten von Konfliktfällen, in denen die Auslieferung wegen der drohenden rechtsstaatswidrigen Verfolgung gegen nationales Recht verstößt, ist möglich.[117] Hier hat eine genaue Einzelfallprüfung zu erfolgen. Sie muss die Frage klären, ob der Straftäter im Einlieferungsland nur wegen der terroristischen Vertragstat ohne Rücksicht auf seine politische Motivation und Überzeugung verfolgt wird.[118]

V. Anwendung der Konventionen auf die Anschläge des 11. September 2001

Für die rechtliche Beurteilung der Anschläge des 11. September 2001 kommen im Bereich der dargestellten Konventionen die Übereinkommen zum Schutz der zivilen Luftfahrt und das Übereinkommen gegen Bombenanschläge zur Anwendung.[119] Um die Funktionsweise der Übereinkommen im Sinne eines Beispiels weiter darstellen zu können, soll hier davon ausgegangen werden, dass die Anschläge nicht als kriegerischer Akt anzusehen sind.[120]

Die Übereinkommen zum Schutz der zivilen Luftfahrt befassen sich mit der Flugzeug- und Flughafensicherheit. Im Fall der Anschläge des 11. September 2001 ist jedes der drei Konventionen einschlägig. Die weitere Darstellung konzentriert sich auf eines der jüngsten Konventionen, das Übereinkommen gegen Bombenanschläge.

Ob der Tatbestand des Bombenanschlags einschlägig ist, richtet sich nach Art. 2 Abs. 1 des Übereinkommens. In der konkreten Art der Anwendung ist auch ein Flugzeug ein „lethal device". Indem die Täter die Flugzeuge auf einen „place of public use" bzw. eine „government facility" steuerten, haben sie den objektiven Tatbe-

---

117 Dies gilt bei Verletzungen des Art. 16a Abs. 5 des deutschen Grundgesetzes.

118 Zur Frage des fairen Verfahrens bei der Verfolgung von Mitgliedern der Gruppe Al-Qa'ida durch die USA s. *Greenwood*, International law and the war against terrorism, International Affairs 2002, S. 301, 304 f.

119 Auch das Abkommen gegen die Finanzierung des Terrorismus ist sachlich anwendbar. Es trat erst am 10. April 2002 in Kraft und wurde von den Vereinigten Staaten am 26. Juni 2002 ratifiziert.

120 Kriegerische Handlungen fallen nicht in den Anwendungsbereich der Konvention (Art. 19 Abs. 2), s. auch Fn. 96. Ob die Anschläge auf New York und Washington einen kriegerischen Akt darstellen, ist umstritten. S. *Tomuschat* (Fn. 43), S. 538 ff.; *Greenwood* (Fn. 118), S. 314; *Frowein* (Fn. 61), S. 897, Fn. 78; gegen die Annahme eines nur kriegerischen Aktes s. *Schneider*, Der 11. September und die militärischen Reaktionen: Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts?, HuV-I 2001, S. 225; *Aldrich*, The Taliban, Al Quaeda and the determination of illegal combatants, American Journal of International Law 2002, S. 893.

stand erfüllt. Ihr Vorsatz war darauf gerichtet, nicht nur den Tod von Menschen herbeizuführen (Art. 2 Abs. 1a), sondern auch „to cause extensive destruction of such a place [or] facility [...], where such destruction results in or is likely to result in major economic loss" (Art. 2 Abs. 1b).

Täter und Teilnehmer dieser Straftat können in allen Vertragsstaaten verfolgt werden. Sobald ein Staat über den Aufenthalt einer solchen Person in seinem Gebiet unterrichtet wurde, muss er die Untersuchung des Falles aufnehmen (Art. 7 Abs. 1); hält der Staat die Sicherstellung der Anwesenheit der Person in dem Staat für gerechtfertigt, ist er zur Einleitung der notwendigen Maßnahmen verpflichtet (Art. 7 Abs. 2). Die USA können die Auslieferung dieser Täter verlangen (Art. 9 Abs. 1), während kein Vertragsstaat die Auslieferung aus politischen Gründen verweigern darf. Dies ist angesichts der in den Terrorismusgesetzen der Vereinigten Staaten festgelegten Kapitalstrafe jedoch bedenklich (s. o. Abschnitt IV. 3. c).

Die Verpflichtung zur Prävention von Bombenanschlägen in Art. 15 a hat die Anschläge im Vorfeld nicht verhindern können. Der Hinweis auf zu ergreifende „practicable measures" ist für eine effektive Prävention nicht ausreichend (s. o. Abschnitt II. 3. c).

Fraglich ist, ob das mittlerweile in Kraft getretene Übereinkommen gegen die Finanzierung des Terrorismus zukünftige Anschläge wirksam verhindern kann. Nach Art. 18 Abs. 2 des Übereinkommens müssen weitreichende Maßnahmen zur Verhinderung von Finanzierungen nur in Erwägung gezogen werden („by considering"). Diese Maßnahmen sind die Beaufsichtigung aller Einrichtungen, die Geldüberweisungen vornehmen[121] und Maßnahmen zur Aufdeckung oder Überwachung des grenzüberschreitenden Transports von Bargeld und Inhaberpapieren. Während der repressive Zweck der Konventionen im Falle der Anschläge in den USA eine ausnahmslose Verfolgung ermöglicht, werden erhebliche Mängel bei der gemeinsamen Prävention des internationalen Terrorismus deutlich.

VI. Zusammenfassung und Ergebnis

Nicht erst seit den Anschlägen vom 11. September 2001 besteht in der Staatengemeinschaft weitgehend Einigkeit über die Verwerflichkeit von terroristischem Handeln. Der Solidaritätsgedanke hat im derzeitigen Vertragsregelwerk vor allem im Bereich der Verfolgung terroristischer Straftaten zu Fortschritten geführt. Ein großer Teil terroristischer Handlungsformen wird über die Pflicht zur Rechtshilfe abgedeckt. Die dennoch bestehenden Lücken in den Pönalisierungspflichten und die Auslieferungsausnahme auf der Grundlage des politischen Delikts können von den Vertragsstaaten dazu genutzt werden, die Verfolgung und die Auslieferung terroristischer Täter zu verhindern. Die beiden jüngsten Konventionen verzichten bereits auf die Auslieferungsausnahme, was ihre Effektivität im Vergleich zu ihren Vorgängern erhöht. Eine lückenlosere Bekämpfung des Terrorismus würde weitere, allgemein

121 Dies betrifft auch deren Zulassung.

anerkannte Straftatbestände erfordern. Bei den bestehenden Schwierigkeiten in der Konsensfindung werden jedoch auch zukünftig nur kleine Schritte möglich sein. Eine nachhaltige Bekämpfung des internationalen Terrorismus sollte auch die hinter den Gewalttaten liegenden Gründe – nämlich der subjektiv wahrgenommene Mangel an Lebenschancen – beachten.[122]

Bei der Prävention verspricht das Übereinkommen gegen die Finanzierung des Terrorismus, dem Terrorismus die finanzielle Grundlage zu nehmen. Die Ergreifung wichtiger Durchsetzungsmaßnahmen liegt jedoch im Ermessen jedes Vertragsstaates. Die Präventionspflichten der anderen Konventionen sind nicht konkret genug.

Für das bestehende vertragliche Regelwerk werden Ergänzungen vorgeschlagen. Würde zusätzlich eine UN-Polizei eingesetzt und der Terrorismus der internationalen Strafgerichtsbarkeit unterworfen, könnte der Terrorismus auch in Nicht-Vertragsstaaten und *failed states* bekämpft werden.[123] Eine verstärkte Zusammenarbeit der Geheimdienste wäre ebenfalls möglich.[124] Diese Vorschläge, wie ferner die Idee einer völkerrechtlichen Staatenhaftung für Akte des internationalen Terrorismus[125], würden jedoch in der Staatengemeinschaft wegen der dann sehr weitreichenden Strafverfolgung wahrscheinlich auf keine allgemeine Zustimmung stoßen.

---

122 Vgl. *Klein*, Die Herausforderung durch den internationalen Terrorismus – Hört hier das Völkerrecht auf?, in: *Isensee* (Hrsg.), Der Terror, der Staat und das Recht (2004), S. 39.

123 *Krajewski*, Terroranschläge in den USA und Krieg gegen Afghanistan – Welche Antworten gibt das Völkerrecht?, Kritische Justiz 2001, S. 363, 382 f.; gegen die selbständige Intervention durch die Vereinten Nationen spricht sich die *Policy Working Group on the United Nations and Terrorism* aus: „The Group does not believe that the United Nations is well placed to play an active operational role in efforts to suppress terrorist groups, to pre-empt specific terrorist strikes, or to develop dedicated intelligence-gathering capacities. [...] Counter-terrorism activities are carried out through bilateral and multilateral cooperation among national agencies devoted to law enforcement, intelligence and security. By and large, such measures do not require the Organization's involvement. On the other hand, as the responses of a number of Member States to the Counter-Terrorism Committee have indicated, there may well be places where the United Nations system could assist in providing or organizing capacity-building efforts related to law enforcement, criminal justice and the implementation of the provisions of Security Council resolution 1373 (2001)." in: Report of the Policy Working Group on the United Nations and Terrorism, UN-Dokument A/57/273 (Annex), S/2002/875, 6. 8. 2002.

124 *Hofmann* (Fn. 92), S. 216 f.

125 *Oppermann* (Fn. 72), S. 513 f.

Übersicht

	Regelungsinhalt	Strafbarkeit der Androhung?	Definition von „Terrorismus"?	Auslieferungausnahme bei politischen Delikten?
Tokioter Abkommen (1963)	Sicherheit an Bord eines ziviles Luftfahrzeuges	–	–	*keine Auslieferungsverpflichtung*
Den Haager Übereinkommen (1970)	Schutz vor Flugzeugentführungen	–	–	Art. 8 II
Montrealer Übereinkommen (1971)	Schutz der zivilen Luftfahrt	–	–	Art. 8 II
Protokoll zum Montrealer Übereinkommen (1988)	Schutz von Personen und Sachen an Flughäfen	–	–	Art. 1
Diplomatenschutzkonvention (1971)	Schutz besonderer Personen	Art. 2 I c	–	Art. 8 II
Geiselnahmekonvention (1979)	Straftatb. Geiselnahme	–	–	Art. 9 I
Übereinkommen zum Schutz von Kernmaterial (1980)	Physischer Schutz friedlich genutzten Kernmaterials	Art. 7 I d und e	–	Art. 11 III
Römisches Seeschifffahrtsübereinkommen (1988)	Schutz der Seeschiffahrt	Art. 3 II c	–	Art. 11 II
Protokoll zum Römischen Seeschifffahrtsübeinkommen (1988)	Schutz der Seeschiffahrt	Art. 2 II c	–	Art. 1 I
Übereinkommen zur Markierung von Plastiksprengstoffen (1991)	Besondere Kennzeichnung	–	–	*keine Auslieferungsverpflichtung*
Übereinkommen gegen Bombenanschläge (1997)	Straftatb. Bombenlegen	–	–	– [Art. 12]
Übereinkommen gegen die Finanzierung des Terrorismus (1999)	Bereitstellen finanzieller Mittel/Geldwäsche	Art. 2 I b	–	– [Art. 14]

Testen Sie Ihr Examenswissen!

beim

Mannheimer Examensklausurenkurs im Zivil-, Straf- und Öffentlichen Recht

auf

www.cfmueller-campus.de

Originalklausuren aus dem baden-württembergischen 1. Staatsexamen bzw. dem Examensklausurenkurs der Mannheimer Juristenfakultät stehen mit Sachverhalt und ausführlicher Lösung (nebst Rechtsprechungs-, Literatur- und Aufbauhinweisen) zum Download zur Verfügung. Anzahl, Reihenfolge und Schwierigkeitsgrad der Klausuren entsprechen dem Ablauf einer realen Gesamtprüfung im 1. Staatsexamen (Baden-Württemberg).

Den Sachverhalt der Klausuren erhalten Sie kostenlos.
Die einzelnen Lösungen erhalten Sie für jeweils € 5,-.
Den gesamten Kurs (derzeit sieben Klausuren mit Sachverhalt und Lösung) erhalten Sie für € 30,- (Abrechnung über Firstgate™).

Ihr direkter Link: **http://klausurentraining.cfmueller-campus.de**

80112247

C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH
Im Weiher 10, 69121 Heidelberg
Kundenbetreuung München: Bestell-Tel. 089/54852-8178, Fax -8137
E-Mail: kundenbetreuung@hjr-verlag.de
www.cfmueller-campus.de/klausurentraining.htm

C.F. Müller
www.cfmueller-verlag.de

Silvia Tomassone/Tim Wöffen*

Leitlinienmedizin und ärztliche Therapiefreiheit

Abstract

Das Thema der medizinischen Leitlinien beschäftigt Juristen und Mediziner in zunehmendem Maße. Rechtsanwälte und Richter erhoffen sich von den Leitlinien eine Konkretisierung des fachärztlichen Standards. Die Ärzteschaft sieht in den Leitlinien eine Gefahr für die ärztliche Therapiefreiheit und befürchtet den Einzug einer „Kochbuchmedizin". Die Problematik der Leitlinien spitzt sich zu im Arzthaftungsprozess, in dem die Autorität der Leitlinien auf dem Prüfstand steht. Der folgende Beitrag zeigt die Chancen und Risiken einer Leitlinienmedizin auf.

* Die Verfasser studieren Jura im 5. Fachsemester an der Universität zu Köln. Die vorliegende Arbeit wurde betreut von Prof. Dr. Prütting und Prof. Dr. Katzenmeier.

I. Einführung

Die Gesundheitssysteme aller industrialisierten Länder sind mit vergleichbaren Problemen konfrontiert: Steigende Kosten infolge erhöhter Nachfrage nach Gesundheitsleistungen, kostenintensivere Technologien, alternde Bevölkerungen, Qualitätsschwankungen mit zum Teil inadäquater Gesundheitsversorgung (Über- und Unterversorgung) sowie dem selbstverständlichen Wunsch der Leistungsanbieter und Patienten nach bestmöglicher Versorgung.[1] Vor diesem Hintergrund werden Leitlinien als ein Instrument verstanden, mit dem die Gesundheitsversorgung konsistenter und effizienter gestaltet, der Unterschied zwischen ärztlichem Handeln und wissenschaftlicher Erkenntnis gemindert werden kann.[2] Seit 1993 haben die medizinischen Fachgesellschaften, die in der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF) organisiert sind, nahezu 1000 fachspezifische Leitlinien für Ärzte erarbeitet, die über das Internet für jedermann zugänglich sind.[3] Auch im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung erlangen Leitlinien zunehmend Bedeutung.

II. Ausgangspunkt: Die ärztliche Therapiefreiheit

1. Definition

Als ärztliche Therapiefreiheit bezeichnet man die Freiheit des einzelnen Arztes, unter medizinischen Gesichtspunkten selbstständig und frei von äußeren Weisungen über die im Einzelfall erforderliche Behandlung zu entscheiden und hierbei auch die örtlichen Gegebenheiten, persönlichen Fähigkeiten und Erfahrungen einfließen zu lassen.[4] Die Therapiefreiheit umfasst drei Elemente.[5] Erstens entscheidet der Arzt darüber, ob überhaupt eine Behandlung[6] stattfinden soll. Zweitens entscheidet der Arzt über die diagnostischen und therapeutischen Methoden (Methodenwahl).[7] Drittens darf kein Arzt zu einer Behandlungsmethode oder zu einer bestimmten

1 *Woolf/Grol/Huchinson/Eccles/Grimshaw*, Potential benefits, limitations and harms of clinical guidelines, BMJ, 1999, S. 527; *Ollenschläger*, Evidenzbasierte Leitlinien – Risiken und Chancen, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V. (Hrsg.), Leitlinien, Richtlinien und Gesetz, 2003, S. 47.

2 *Woolf/Grol/Huchinson/Eccles/Grimshaw* (Fn. 1), ebd.

3 AWMF online, http://www.uni-duesseldorf.de/AWMF/index.htm, abgerufen am 3. 11. 2004.

4 *Grafe/Bruns*, Richtlinien – Leitlinien – Standards, ArztR 1998, S. 181, 185.

5 *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage (2002), § 3 Rn. 13.

6 Der Begriff Behandlung ist weit zu verstehen. Er umfasst medizinische Prävention, Diagnostik, Therapie und Rehabilitation (Hart, Zur Bedeutung der Leitlinien von Fachgesellschaften als ärztliche Handlungsanleitung, MedR 2002, S. 471 r. Sp.). Sowohl die kurative Medizin mit dem Ziel der Heilung (klassischer kurativer Behandlungserfolg), als auch die palliative Medizin (lat. pallium: Mantel), die „lediglich" die Krankheitserscheinungen, insbesondere Schmerzen mildert, ohne die Ursachen beheben zu können, bedeutet Behandlung.

7 *Rumler-Detzel*, Therapiefreiheit und Berufshaftpflicht des Arztes, VersR 1989, S. 1008.

Arzneimitteltherapie gezwungen werden.[8] Die Therapiefreiheit steht dem Arzt innerhalb des fachärztlichen Standards zu.[9] Im Einverständnis mit dem Patienten darf der Arzt auch jenseits des fachärztlichen Standards einen Heilversuch unternehmen.[10]

2. Rechtliche Grundlagen

Die ärztliche Therapiefreiheit ist nicht ausdrücklich normiert, jedoch wird sie verfassungsrechtlich und durch das Berufsrecht geschützt.[11] Die grundgesetzliche Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 I GG umfasst bei Ärzten die therapeutische Eigenverantwortlichkeit und die Unabhängigkeit gegenüber fachlichen Weisungen.[12] Die ärztliche Therapiefreiheit ist nach ärztlichem Selbstverständnis eine der Grundvoraussetzungen für die Ausübung des Arztberufes. § 1 II 2. Halbs. Bundesärzteordnung stellt fest: „Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe, er ist seiner Natur nach ein freier Beruf." Die Therapiefreiheit ist in dieser Weise auch in den Berufsordnungen der Länder festgeschrieben[13] und wird als Wesensmerkmal der ärztlichen Freiberuflichkeit begriffen.[14]

3. Sinn der Therapiefreiheit

Mit der Übernahme der Behandlung wird meist stillschweigend ein Arztvertrag geschlossen.[15] In der Regel richtet sich der Arztvertrag nach den Vorschriften eines Dienstvertrages gem. § 611 BGB. Durch den Arztvertrag entsteht ein besonderes Schuldverhältnis, das stark durch das Vertrauen des Patienten zu seinem behandelnden Arzt geprägt ist. Dieses Vertrauen stützt sich zum einen auf die Erwartung des Patienten, dass die ärztlichen Leistungen wissenschaftlich fundiert sind. Zum anderen und in stärkerem Maße resultiert das Vertrauen zum Arzt aus der besonderen Ethik medizinischen Handelns.[16] Im Hippokratischen Eid findet diese Ethik ihre stärkste Ausprägung.[17] Weil die Ziele des ärztlichen Dienstes die Gesundheit und das

---

8 Vgl. § 2 IV MBO-Ä: „Der Arzt darf hinsichtlich seiner ärztlichen Entscheidungen keine Weisungen von Nichtärzten entgegennehmen"; *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), § 44 Rn. 6; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 5. Auflage (2003), IV Rn. 64; Ulsenheimer, Leitlinien in der Chirurgie, Langenbecks Archiv für Chirurgie, Supplement II, Kongressband 1997, S. 74, 75.

9 *Laufs*, Zur Freiheit des Arztberufs, in: Deutsch-FS, 1999, S. 625, 627.

10 *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), § 99 Rn. 19.

11 *Andreas/Debong/Bruns*, Handbuch Arztrecht in der Praxis, 2001, S. 16.

12 *Hart*, Evidenz-basierte Medizin und Gesundheitsrecht, MedR 2000, S. 1, 2.

13 Vgl. § 2 I MBO-Ä und z. B. § 1 II Berufsordnung der Ärztekammer Nordrhein.

14 *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), § 3 Rn. 13.

15 *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), § 41 Rn. 10 m. w. N.

16 *Danner*, Tagungsbericht: Ärztliche Leitlinien – Ein medico-legales Zukunftsprojekt, MedR 1999, S. 241, 242.

17 *Laufs*, Zum Wandel des ärztlichen Berufsbildes im Recht, http://www.drg.de/data/Roekon2002/LaufsVortr.htm, abgerufen am 3. 11. 2004, bezeichnet den Hippokratischen Eid als die „altehrwürdige Grundlage und Magna Charta des Vertrauens zum ärztlichen Beruf"; der

Wohl des Patienten sind, darf der Arzt nicht an Weisungen gebunden sein, die ihn davon abhielten, nach pflichtgemäßem und gewissenhaftem Ermessen diejenige therapeutische Maßnahme zu wählen, die dem Patienten im konkreten Fall den größten Nutzen bringt.[18] Die Therapiefreiheit ist deshalb kein Privileg des Arztes,[19] sondern ein fremdnütziges Recht.[20] Sie dient dem Patienten und dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient.[21] Korrelat zur ärztlichen Therapiefreiheit ist damit auch die Einhaltung der jedem Arzt obliegenden Sorgfaltspflichten des fachärztlichen Standards mit dem Ziel, Schäden für den Patienten zu vermeiden.[22] Letztlich decken sich Therapiefreiheit und Patienteninteressen.[23]

4. Einschränkungen der Therapiefreiheit

Beschränkt wird die Therapiefreiheit durch den Willen des Patienten,[24] die allgemein anerkannten Regeln wissenschaftlicher Medizin und faktisch durch das Wirtschaftlichkeitsgebot der Krankenversicherung.

a) Aufklärung und Einwilligung des Patienten

Die Therapiewahl des Arztes ist abhängig von der Aufklärung und Einwilligung des Patienten, d. h. von dessen Selbstbestimmungsrecht.[25] Nur ein aufgeklärter Patient kann wirksam in eine Behandlung einwilligen, die der Arzt anbietet. In diesem Zusammenhang wird auch von einem „informed consent" gesprochen.[26]

b) Wirtschaftlichkeitsgebot der gesetzlichen Krankenkassen gem. § 12 SGB V

Die Vertreter der gesetzlichen Krankenkassen drängen als Kostenträger auf Wirtschaftlichkeit und damit auf Rationalisierungen.[27] Folglich steht die Therapiefreiheit, die dem Arzt bei der Behandlung eines individuellen Patienten zukommt, in einem

---

Hippokratische Eid enthält den „primum-nihil-nocere"-Grundsatz, d. h. die Verpflichtung, vorrangig dem Patienten keinen Schaden zuzufügen.

18 *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), § 3 Rn. 13; *Laufs* (Fn. 17); *ders.*, Immer weniger Freiheit ärztlichen Handelns, NJW 1999, S. 2717, 2718; *ders.* (Fn. 9), S. 626.

19 *Laufs* (Fn. 9), ebd.; *ders.* (Fn. 17); *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), ebd.

20 *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), ebd.; *Laufs* (Fn. 17); ders. (Fn. 9), ebd.; *ders*, Nicht der Arzt allein muss bereit sein, das Notwendige zu tun, NJW 2000, S. 1757, 1758; *ders.* (Fn. 18), S. 2718; *Katzenmeier*, Alternative Therapierichtungen im Recht der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung, NVersZ 2002, S. 537, 538; *ders.*, Qualität im Gesundheitswesen, MedR 1997, S. 498, 499; *Rumler-Detzel* (Fn. 7), S. 1008; *Hart*, Ärztliche Leitlinien, MedR 1998, S. 8.

21 *Scheler*, Von der Unabhängigkeit des Arztes und über die Arzt-Patienten-Beziehung, in: Deutsch-FS, 1999, S. 739.

22 *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 309.

23 *Hart* (Fn. 20), S. 8.

24 *Herberer*, Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, 2001, S. 284.

25 *Katzenmeier* (Fn. 22), S. 311; *Ulsenheimer* (Fn. 8), S. 76; Rumler-Detzel (Fn. 7), S. 1009; *Schmid*, Die Grenzen der Therapiefreiheit, NJW 1986, S. 2339, 2340.

26 *Hart* (Fn. 20), S. 8; *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 8), VII Rn. 187.

27 *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), § 44 Rn. 7.

finanziellen Spannungsverhältnis zur Versorgung der Allgemeinheit. Begrenzte Mittel sollen mit maximalem Nutzen für die Gesundheit Aller verwendet werden.[28] Im Grundsatz gilt für den behandelnden Arzt jedoch: Im Konflikt zwischen Patienten- und Gemeinschaftsinteressen muss er die Interessen des einzelnen Patienten wahren und die Regeln der ärztlichen Kunst einhalten.[29] Daher sollten notwendige Sparmaßnahmen auf einer möglichst hohen hierarchischen Ebene getroffen werden, damit der Arzt nicht im Einzelfall über die Vorenthaltung einer medizinischen Leistung entscheiden muss.[30] Schon jetzt ist der Vertragsarzt bei vielen Behandlungen gezwungen, den Patienten darauf hinzuweisen, dass die gesetzliche Krankenkasse die Behandlungskosten nicht erstattet.[31] Er hat dann dem Patienten die Möglichkeit einer privaten Finanzierung zu eröffnen.

c) Gesteigerte Anforderungen bei der Wahl alternativer Therapierichtungen

Grundsätzlich sind selbst nach der gesetzlichen Krankenversicherung besondere Therapierichtungen nicht ausgeschlossen, so § 2 I S. 2 SGB V. Je angefochtener oder umstrittener aber eine gewählte Methode ist und je stärker der Arzt von anerkannten Heilverfahren abweichen möchte, desto weiter reichen seine Aufklärungspflichten.[32] Gerade bei der Anwendung von „Außenseitermethoden" sind an die Aufklärung besondere Anforderungen zu stellen, damit der Patient sein Selbstbestimmungsrecht effektiv ausüben kann.[33]

5. Zunehmende Standardisierung

Die Ärzteschaft fürchtet durch wachsende Standardisierung die Entstehung einer „Kochbuchmedizin"[34]. Gerade durch die zunehmende Reglementierung und Bürokratisierung im Gesundheitswesen werde die ärztliche Therapiefreiheit mehr und mehr eingeschränkt.[35] *Adolf Laufs* plädiert als Verfechter der ärztlichen Therapiefreiheit für die Erhaltung der Freiheit des ärztlichen Berufes zum Nutzen des Patienten.[36] Die ärztliche Therapiefreiheit stünde in Gefahr und sei einer schleichenden Auszehrung unterworfen.[37] Befürchtet wird, dass Richtlinien, Leitlinien und Emp-

28 *Katzenmeier* (Fn. 22), S. 286.
29 *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), § 2 Rn. 8.
30 *Katzenmeier* (Fn. 22), S. 288; *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), § 2 Rn. 9.
31 *KG*, VersR 2000, 89; *Laufs* (Fn. 20), S. 1760; *Rumler-Detzel* (Fn. 7), S. 1009.
32 *Katzenmeier* (Fn. 20), S. 499; *Schmid* (Fn. 25), S. 2340; Laufs/Uhlenbruck (Fn. 5), § 44 Rn. 9.
33 *Katzenmeier* (Fn. 20), ebd.
34 *Kolkmann*, Kochbuchmedizin, ÄBW 1/2002, S. 4; *vgl. auch Hurwitz*, Clinical guidelines – Legal and political considerations of clinical practice guidelines, BMJ, 1999, S. 661, 663: „cookbook medicine".
35 Ausführlich *Laufs* (Fn. 9), S. 625 ff.; *Wigge*, Evidenz-basierte Richtlinien und Leitlinien – Qualitätssicherungs- oder Steuerungsinstrumente in der GKV?, MedR 2000, S. 574, 575; Schneider, Konfliktlösung: ärztliche Berufsfreiheit versus Regelungen der Qualitätssicherung – Vorschläge aus juristischer Sicht, MedR 1998, S. 151, 152.
36 *Laufs* (Fn. 20), S. 1769.
37 *Laufs* (Fn. 20), S. 1758.

fehlungen als Einschränkungsmöglichkeiten der Therapiefreiheit in ihrer Bedeutung stetig zunehmen werden.[38] Bevor auf den Einfluss der Leitlinien auf die Therapiefreiheit des Arztes eingegangen werden kann, ist eine Abgrenzung der Begriffe vorzunehmen und die rechtliche Bedeutung von Leitlinien zu ermitteln.

III. Leitlinienmedizin

1. Leitlinien zwischen Empfehlungen und Richtlinien

a) Empfehlungen

Empfehlungen zielen darauf ab, die Ärzteschaft und die Öffentlichkeit auf änderungsbedürftige und beachtenswerte Entwicklungen aufmerksam zu machen.[39] Sie können von verschiedenen Organisationen, insbesondere von den Ärztekammern und medizinischen Fachgesellschaften, veröffentlicht werden, z. B. von der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin.[40] Die Herausgeber machen mit der Veröffentlichung als „Empfehlungen" deutlich, dass diese keine Autorität beanspruchen. Empfehlungen sind demnach rein konsultativer Natur und für den Arzt im Grundsatz rechtlich unverbindlich.[41]

b) Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses gemäß § 92 I SGB V

Richtlinien haben ihren Ursprung in den „Leitsätzen für eine sparsame und doch sachgemäße Behandlungsweise der Kranken durch Aerzte" des Reichsgesundheitsrats von 1924.[42] Die Richtlinien werden heute von dem Gemeinsamen Bundesausschuss beschlossen und sind materielle Gesetze.[43] Die Kassenärztlichen Vereinigungen sind gem. § 81 III Nr. 2 SGB V verpflichtet, diese Richtlinien für ihre Mitglieder

---

38 *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), § 5 Rn. 11.

39 BÄK, Zur Frage der Verbindlichkeit von Richtlinien, Leitlinien, Empfehlungen und Stellungnahmen, http://www.bundesaerztekammer.de/30/Richtlinien/90Verbindlich.html, abgerufen am 3. 11. 2004.

40 *Fehn*, Richtlinien, Leitlinien, Empfehlungen und Stellungnahmen – zur Verbindlichkeit verschiedener Rechtssätze in der Medizin, http://www.medizinimdialog.com/mid4_02/richtlinien.html, abgerufen am 3. 11. 2004.

41 Ausnahmen kann es z. B. bei Warnhinweisen geben, siehe *Franzki*, Haftungsrechtliche Aspekte der Leitlinien, http://www.medizinrechts-beratungsnetz.de/RTF/MRT2003/Vortrag_DrHaraldFranzki.rtf, abgerufen am 3. 11. 2004.

42 *Ollenschläger* (Fn. 1), S. 51.

43 Zu der Problematik der Legitimation des Bundesausschusses: das BSG nimmt in ständiger Rechtsprechung eine ausreichende Legitimation an und betrachtet die Richtlinien des Bundesausschusses als autonomes Satzungsrecht (z. B. *BSGE* 78, 70, (80 f.); *81, 73); so auch Stegers*, Richtlinien der Bundesausschüsse Ärzte und Krankenkassen – Standard und Haftung, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V. (Fn. 1), S. 11, 18; *Ratajczak*, Wieviel Reglementierung verträgt das Arzt-Patienten-Verhältnis?, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V. (Fn. 1), S. 1, 3; a. A.: *LSG Niedersachsen*, MedR 2000, 425; *Igloffstein*, Regelwerke für die humanmedizinische Individualbehandlung, 2003, S. 13 f.

verbindlich zu machen. Die Richtlinien sind im System der gesetzlichen Krankenversicherung von großer Bedeutung, weil etwa 90 % der Bevölkerung zur Zeit in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind.[44] Der auf diese Weise gesetzlich Krankenversicherte hat lediglich ein ausfüllungsbedürftiges „Rahmenrecht" auf Behandlung und Versorgung.[45] Welche Leistungen im Einzelnen konkret geschuldet sind (Leistungsrecht), bestimmt sich danach, welche Leistungen von den Ärzten erbracht werden dürfen (Leistungserbringungsrecht).[46] Die Richtlinien bestimmen das Leistungsprogramm des Arztes. Sie sind gewissermaßen Durchführungsvorschriften und konkretisieren das ärztliche Leistungserbringungsrecht. Der gesetzlich Krankenversicherte hat insoweit regelmäßig keinen darüber hinausgehenden Anspruch. Gemäß § 135 I SGB V dürfen neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden nur erbracht werden, wenn durch eine Richtlinie gemäß § 92 I S. 2 Nr. 5 SGB V eine Empfehlung über die Anerkennung des diagnostischen und therapeutischen Nutzens der neuen Methode abgegeben wurde.[47] Diese Vorschrift wird zum „Nadelöhr" für den medizinischen Fortschritt.[48] Inhaltlich schreibt eine Richtlinie jedoch selten konkrete Behandlungsschritte vor. Ein Beispiel für eine solche Richtlinie ist die Mutterschaftsrichtlinie.[49] Ungeklärt ist, ob die durch das Wirtschaftlichkeitsgebot nach § 12 SGB V bedingten sozialrechtlichen Leistungsbeschränkungen in einen Widerspruch zur zivilrechtlich geschuldeten Sorgfalt nach § 276 BGB treten können.[50] Richtlinien verfolgen letztlich das Ziel, medizinische Qualität und Beitragssatzstabilität in Einklang zu bringen. Neben den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses gibt es auch Richtlinien der Ärztekammern, so dass Richtlinien allgemein wie folgt definiert werden: „Richtlinien sind die Handlungsregelungen einer gesetzlich, standesrechtlich oder satzungsrechtlich legitimierten Institution, die für den

---

44 *Statistisches Jahrbuch 2003 für die Bundesrepublik Deutschland*, Statistisches Bundesamt (Hrsg.), S. 62, danach sind 88,5 % der in Deutschland lebenden Bevölkerung Mitglied in einer gesetzlichen Krankenkasse, 8,9 % sind privat krankenversichert, sonstigen Versicherungsschutz haben 2,4 % und 0,2 % sind nicht krankenversichert (Ergebnisse nach Mikrozensus; die Angaben werden bei diesem Stichproben-Verfahren nur im vierjährigen Abstand erfragt und stammen von 1999).

45 *BSG*, MedR 1998, 230 (231).

46 *Ebd.*, S. 232.

47 *Ebd.*, S. 230; *Ratajczak* (Fn. 43), S. 3; *Stegers* (Fn. 43), S. 18.

48 *Katzenmeier* (Fn. 22), S. 319.

49 *Stegers* (Fn. 43), S. 19; *Igloffstein* (Fn. 43), S. 27.

50 Die Befürchtung ist, dass das sozialrechtlich gestattete Leistungsniveau von dem zivilrechtlich geschuldeten fachärztlichen Standard abweichen könnte. Das Sozialgesetzbuch will ein solches Auseinanderfallen der Sorgfaltsmaßstäbe durch § 76 IV SGB V grundsätzlich verhindern: „Die Übernahme der Behandlung durch einen Vertragsarzt verpflichtet zur Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts". Insbesondere bei der zahnmedizinischen Versorgung wird jedoch die Kluft zwischen dem zahnmedizinisch Möglichen und dem sozialrechtlich Erbringbaren besonders deutlich (*Figgener*, Die Richtlinien des Bundesausschusses Zahnärzte und Krankenkassen – Überholter Standard?, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V. (Fn. 1), S. 33, 36); ausführlich auch *Igloffstein* (Fn. 43), S. 115 f.

Rechtsraum dieser Institution verbindlich sind und deren Nichtbeachtung definierte Sanktionen nach sich ziehen kann."[51]

c) Leitlinien[52]

Leitlinien sind von ärztlichen Fachgremien für typische medizinische Sachverhalte aufgestellte Regeln eines guten ärztlichen Handelns, die auf die qualitative Sicherung oder auf die Verbesserung des maßgeblichen Standards diagnostischen oder therapeutischen Vorgehens abzielen.[53] Sie richten sich an Ärzte, knüpfen an bestimmte Behandlungssituationen an und formulieren sinnvolle Behandlungsschritte in einer gewünschten Abfolge.[54] Sie beschreiben damit „Handlungskorridore"[55], die Abweichungen zulassen sollen und in Einzelfällen Abweichungen gebieten.[56] Leitlinien sollen nach Maßgabe der Gegebenheiten in der individuellen Behandlung ausgeschöpft werden können.[57] Sie erheben nicht den Anspruch, in jeder konkreten Behandlungssituation richtig zu sein.[58] Sie werden systematisch entwickelt und wissenschaftlich begründet.[59] Leitlinien verfolgen den Zweck, Ärzte bei der Entscheidung über zweckdienliche Maßnahmen der Krankenversorgung (Prävention, Diagnostik, Therapie und Nachsorge) zu unterstützen.[60] Manchmal wird zusätzlich eine Patientenversion der Leitlinie erstellt, um den Patienten zu informieren und darüber hinaus an Empfehlungen zur Unterstützung der Therapie zu erinnern.[61] Eine ärztliche Leitlinie zielt darauf ab, dem fachärztlichen Standard im Zeitpunkt ihrer Verabschiedung zu entsprechen.[62] Gerade in der Zwischenstellung zwischen Unverbindlichkeit der

51 *Dettmeyer*, Medizin & Recht, 2001, S. 347; *Hansis/Hansis*, Der ärztliche Behandlungsfehler, 1999, S. 96; Ratajczak (Fn. 43), S. 3; *Bergmann*, Leitlinien und Haftung, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V. (Fn. 1), S. 65, 69; *Kemmnitz*, Empirische Untersuchung medizinischer Normsetzungsprozesse durch ärztliche Leitlinien, in: Hart (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien, 2000, S. 89, 90; *Herberer* (Fn. 24), S. 286.

52 Zu dem Begriff „Leitlinie" vgl. *Grafe/Bruns* (Fn. 4), S. 181; *grundlegend Hart* (Fn. 20), S. 10 ff.; *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), § 5 Rn. 11; *Wienke*, Leitlinien als Mittel der Qualitätssicherung in der medizinischen Versorgung, MedR 1998, S. 172, 173.

53 *Dressler*, Ärztliche Leitlinien und Arzthaftung, in: Geiß-FS, 2000, S. 379.

54 *Vosteen*, Leitlinien der wissenschaftlichen Fachgesellschaften, in: Hart (Fn. 51), S. 23, 24; *Francke*, Leitlinien ärztlichen Handelns und Sozialrecht, in: Hart (Fn. 51), S. 171, 172; *Ollenschläger/Oesingmann/Thomeczek/Kolkmann*, Die „Leitlinie für Leitlinien" der Bundesärztekammer und der kassenärztlichen Bundesvereinigung, in: Hart (Fn. 51), S. 41, 42.

55 *Ratajczak* (Fn. 43), S. 5; *Wienke* (Fn. 52), S. 174; Schwenzer, Richtlinien und Leitlinien im klinischen Alltag, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V. (Fn. 1), S. 81, 82.

56 *Ollenschläger/Helou/Lorenz*, Kritische Bewertung von Leitlinien, in: Kunz/Ollenschläger/Raspe/Jonitz/Kolkmann (Hrsg.), Lehrbuch Evidenzbasierte Medizin in Klinik und Praxis, 2000, S. 156, 158; BÄK (Fn. 39).

57 *Ratajczak* (Fn. 43), S. 5; *Francke* (Fn. 54), S. 172.

58 *Hansis/Hansis* (Fn. 51), S. 96.

59 *Ollenschläger/Oesingmann/Thomeczek/Kolkmann* (Fn. 54), S. 42.

60 *Hansis/Hansis* (Fn. 51), S. 96; *Ollenschläger/Helou/Lorenz* (Fn. 56), S. 156.

61 AWMF- online, Kurzfassungen für Patienten, http://www.uni-duesseldorf.de/AWMF/II/II_pati.htm, abgerufen am 3. 11. 2004.

62 *Dressler* (Fn. 53), S. 379; *Vosteen* (Fn. 54), S. 24; *Hart*, Ärztliche Leitlinien und Haftungsrecht, in: Hart (Fn. 51), S. 137, 141.

Empfehlungen und der strikten Verbindlichkeit der Richtlinien liegen die Ansatzpunkte für das Auftreten rechtlicher Probleme, insbesondere im Haftungsrecht.[63]

2. Entwicklungsverfahren der Leitlinien

Leitlinien werden von unterschiedlichsten Institutionen entwickelt und publiziert. Es existieren Leitlinien von medizinisch-wissenschaftlichen Fachgesellschaften, Berufsverbänden und Qualitätszirkeln. Die wichtigsten Herausgeber sind die Fachgesellschaften, die in der AWMF verbunden sind und zur Zeit mehr als 140 medizinische Fachgesellschaften umfassen, wie z. B. die Deutsche Gesellschaft für Allgemeinmedizin (DEGAM).[64] Leitlinien können in vielen verschiedenen Verfahren zustande kommen. Die Akzeptanz der Leitlinien ist maßgeblich von dieser Verfahrensqualität der Leitlinie abhängig.[65] Ein hochwertiges Entwicklungsverfahren lässt auf eine hohe inhaltliche Qualität der Leitlinie schließen. Bei den Leitlinien der AWMF wird zwischen drei Stufen der Verfahrensqualität differenziert.[66]

a) Expertengruppe (Entwicklungsstufe S1)

Die erste Stufe stellt die Ebene einer Expertengruppe dar.[67] Hierbei erarbeitet eine repräsentativ zusammengesetzte Expertengruppe der wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaft im informellen Konsens eine Leitlinie, die vom Vorstand der Fachgesellschaft verabschiedet wird.[68] Aktuell gibt es über 750 Leitlinien auf diesem Verfahrensniveau.

b) Formale Konsensfindung (Entwicklungsstufe S2)

aa) Konsensuskonferenz

Die zweite Stufe der Leitlinienqualität wird erreicht, indem vorhandene Leitlinien der Stufe eins in einem formalen Konsensusverfahren beraten werden. Für dieses Verfahren ist die Expertengruppe das Steuergremium.[69] Von der Expertengruppe vorformulierte Fragen werden an insgesamt etwa 50–100 Experten und Anwender verschickt,

63 *Dressler* (Fn. 53), S. 380; neben der haftungsrechtlichen Problematik ergibt sich z. B. auch die Frage, ob sich die ärztliche Fortbildung der Kassenärzte stärker an den Richtlinien oder an den Leitlinien orientieren muss. Ergeben sich Widersprüche zwischen Richtlinien und Leitlinien, so wird der Arzt vielleicht zuvörderst nur das erlernen wollen, was er auch nach den Richtlinien liquidieren darf, vgl. aber *Scholze/Finkeißen*, Ärztliche Fortbildungspflicht in Deutschland, MedR 2004, S. 141, 143.

64 *ÄZQ*, http://www.leitlinien.de/leitlinienanbieter/index/view, abgerufen am 3. 11. 2004.

65 *Ollenschläger* (Fn. 1), S. 53.

66 *Vgl. Schwenzer* (Fn. 55), S. 82.

67 *Schwenzer* (Fn. 55), ebd.

68 AWMF- online, Methodische Empfehlungen „Leitlinie für Leitlinien", http://www.uni-duesseldorf.de/AWMF/II/II_metho.htm, abgerufen am 3. 11. 2004, teilweise wird dieses Verfahren abschätzig mit der Abkürzung GOBSATT = „Good Old Boys Sitting Around The Table" bezeichnet (*Dierks*, Leitlinien können nicht so einfach instrumentiert werden, ÄZ 27. 11. 2002, http://www.aerztezeitung.de/docs/2002/11/27/215a1601.asp?cat=/politik/gesundheitssystem_uns, abgerufen am 3. 11. 2004).

69 *Schwenzer* (Fn. 55), S. 83.

in der Konferenz beraten und mit einem ausgewählten Auditorium diskutiert. Das Ergebnis der Diskussion muss am Konferenzende festgeschrieben werden.[70]

bb) Delphikonferenz

Eine weitere Form der Qualitätssicherung von Leitlinien stellt die sogenannte Delphi-Konferenz dar. Hierbei verschickt die Expertengruppe ebenfalls vorformulierte Fragen an weitere Experten und an Anwender. Nach Erhalt der Antworten werden die Fragen erneut mit dieser Zusatzinformation an die Teilnehmer verschickt. In der Delphi-Konferenz sind die Teilnehmer anonym. Das Ergebnis der zweiten Runde wird dann festgeschrieben.[71] Derzeit entsprechen 165 Leitlinien dieser Verfahrensqualität.

c) Weitere Elemente systematischer Entwicklung (Entwicklungsstufe S3)

Die Leitlinien der dritten Qualitätsstufe enthalten weitere Elemente einer systematischen Entwicklung, insbesondere sind diese evidenzbasiert und es werden Ergebnisanalysen zugrunde gelegt.[72] Evidenzbasierte Medizin zeichnet sich dadurch aus, dass ein Behandlungsschritt durch klinische Studien, gesichertes Wissen aus den Grundlagenfächern und gesammelte Erfahrung aus der Anwendung belegt ist.[73] Aktuell weisen nur 28 von ca. 1000 Leitlinien diese Elemente systematischer Entwicklung auf.

3. Verbindlichkeit der Leitlinien

Leitlinien sind keine Rechtsnormen.[74] Möglich wäre eine gesetzliche oder vertragliche Verweisung (statisch oder dynamisch) auf Leitlinien, die bisher jedoch noch nicht vorgenommen wurde.[75] Nach Aussage der Fachgesellschaften sind Leitlinien systematisch entwickelte „Hilfen", sollen für Ärzte rechtlich nicht bindend sein und weder haftungsbegründende noch haftungsbefreiende Wirkung haben.[76] Entgegen dieser Unverbindlichkeitserklärung könnte sich eine Verbindlichkeit für die Ärzte aber daraus ergeben, dass die Leitlinien die im Verkehr erforderliche Sorgfalt konkretisieren. Davon zu trennen ist die Frage nach der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit der Leitlinienherausgeber, die nach Ansicht der AWMF ebenfalls ausgeschlossen sein soll.[77]

a) Arzthaftung

Grundlage der Haftung bilden §§ 280 ff. BGB oder § 823 I bzw. § 823 II BGB i. V. m. einem Schutzgesetz.[78] Geschuldet wird vom Arzt eine sorgfältige Behandlung, nicht

---

70 AWMF- online (Fn. 68).
71 *Ebd.*
72 Siehe zu diesen Verfahren im Einzelnen *ebd.*
73 *Ebd.*
74 *Ulsenheimer* (Fn. 8), S. 77; *Herberer* (Fn. 24), S. 286.
75 *Igloffstein* (Fn. 43), S. 55.
76 AWMF- online (Fn. 68).
77 Ausführlich zu der Haftung der Leitlinienherausgeber Igloffstein (Fn. 43), S. 170 ff.; vgl. die „Freizeichnungsklausel", AWMF- online (Fn. 68).
78 *Grundmann*, in: Münchner Kommentar, 4. Auflage (2003), § 276 Rn. 110.

aber ein Behandlungserfolg, der aufgrund der Unberechenbarkeit des menschlichen Organismus nie garantiert werden kann.[79]

b) Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und erforderlicher Sorgfalt

In der Systematik des § 280 I BGB ist der Behandlungsfehler die Pflichtverletzung des § 280 I S. 1 BGB und die Pflichtverletzung ist im Arztvertrag gleichen Inhalts wie die Verschuldensfrage des § 280 I S. 2 BGB. Somit begründet das sorgfaltswidrige Verhalten des Arztes den Behandlungsfehler.[80] Es kommt maßgeblich auf die Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gemäß § 276 II BGB an. Nicht die subjektive, persönliche Vorwerfbarkeit, sondern eine objektiv-typisierende Erwartungshaltung des Verkehrskreises, in den man sich begibt, bestimmt dabei regelmäßig das Maß.[81] In § 280 I S. 2 BGB wird grundsätzlich das Verschulden vermutet und führt zu einer Beweislastumkehr. Dies soll nicht für das Verschulden im Arztrecht gelten.[82] Ob der Arzt einen Behandlungsfehler begangen hat, der zur Gesundheitsschädigung des Patienten führte, beantwortet sich danach, ob der Arzt unter Einsatz der von ihm zu fordernden medizinischen Kenntnisse und Erfahrungen im konkreten Fall vertretbare Entscheidungen über die diagnostischen wie therapeutischen Maßnahmen getroffen und diese Maßnahmen sorgfältig durchgeführt hat.[83] Ein Behandlungsfehler liegt demnach vor, wenn die tatsächlich durchgeführte ärztliche Behandlung von den nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft angezeigten Maßnahmen abweicht.[84] Ein grober Behandlungsfehler liegt vor, wenn entgegen fachärztlichem Standard ein Fehler begangen wurde, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf.[85]

c) Der fachärztliche Standard

Der geschuldete Sorgfaltsmaßstab ist durch den Standard geprägt, der in dem jeweiligen Fachgebiet des Arztes vorherrscht.[86] Die Verletzung des fachärztlichen Standards ist gleichbedeutend mit der Nichteinhaltung der erforderlichen Sorgfalt.[87] Der

---

79 Vgl. *Gerlach*, Leitlinien in der Medizin, 1998: Die Medizin als „art of uncertainty" und die medizinischen Wissenschaft als " science of probability", S. 11; *Spickhoff*, Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht, NJW 2002, S. 2530, 2533; *Franzki* (Fn. 41); *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 8), VI Rn. 122.

80 Ausführlich *Deutsch*, Die Medizinhaftung nach dem neuen Schuldrecht und dem neuen Schadensrecht, JZ 2002, S. 588 ff.

81 *BGH*, NJW 2001, 1786; *Spickhoff* (Fn. 79), S. 2535; *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), § 99 Rn. 11.

82 *Deutsch* (Fn. 80), S. 589.

83 *Figgener*, Rechtliche Aspekte von Leitlinien, Deutsche Zahnärztliche Zeitschrift 2003, Nr. 58, S. 11; *Katzenmeier* (Fn. 22), S. 276; *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage (1995), Rn. 99 ff.

84 *Katzenmeier* (Fn. 22), S. 277; *Dressler* (Fn. 53), S. 381.

85 *BGH*, NJW 1997, 798 m. w. N.; ArztR 1999, 167 = NJW 1999, 862; *Dettmeyer* (Fn. 51), S. 354; *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 8), XI Rn. 392.

86 *Grundmann*, in: Münchner Kommentar (Fn. 78), § 276 Rn. 111; *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), § 3 Rn. 16.

87 *Deutsch*, Haftungserhebliche Standards, JZ 1997, S. 1030, 1031 f. mit Hinweis auf den Begriff des „standard of care" im englischen Recht, in dem die Verknüpfung Standard und Sorgfalt besonders deutlich wird.

fachärztliche Standard wird danach regelmäßig geschuldet und ist deshalb Haftungsmaßstab. Der Standardbegriff ist ein sehr unbestimmter Begriff.[88] „Der Standard in der Medizin repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat."[89] Der Standard hat nach dieser Definition mehrere Komponenten. Der Standard bezeichnet nicht das „Übliche", sondern ist in erster Linie ein normativer Begriff.[90] Diese normative Komponente wird dadurch bestärkt, dass das Gesetz von der „erforderlichen" Sorgfalt spricht, die eben einen „eingerissenen Schlendrian" unter keinen Umständen als die geschuldete Sorgfalt gelten lassen will.[91] Vielmehr ist geschuldet, was möglich ist.[92] Deshalb ändert sich die erforderliche Sorgfalt mit den gegebenen Möglichkeiten und ist nicht zuletzt wegen des medizinisch-technischen Fortschritts dynamisch.[93] „Die Außenseitermethode von gestern ist die Schulmedizin von heute und der Behandlungsfehler von morgen."[94] Demgegenüber steht das komparative Element des Standards und der erforderlichen Sorgfalt.[95] Danach soll man nicht von Standard sprechen können, wenn eine besondere Verhaltensweise im betreffenden Verkehrskreis noch nicht akzeptiert ist und gänzlich unüblich ist. Damit wird das normative Element des Standards abgeschwächt und doch wieder ein Bezug zu dem betroffenen Personenkreis hergestellt. Der fachärztliche Standard ist demnach das, was ein durchschnittlich qualifizierter, gewissenhafter und besonnener Arzt an Kenntnissen, Können, Aufmerksamkeit und Leistung erbringen kann und muss.[96] Diese Kombination von wissenschaftlicher Erkenntnis, ärztlicher Erfahrung und professioneller Akzeptanz führt zum Standard.[97] Der fachärztliche Standard dient in erster Linie zur Bestimmung von vertraglichen Pflichten und führt zu einer Objektivierung der ärztlichen Leistungspflicht.[98] Die Einhaltung des Standards ist rechtlich verbindlich. Was im Einzelnen der Standard bzw. der gebotene Sorgfaltsmaßstab ist, muss der Richter laut Rechtsprechung des BGH mit Hilfe eines medizinischen Sachverständigen er-

---

88 *Katzenmeier* (Fn. 22), S. 278; ausführlich zu den verschiedenen Standardbegriffen *Igloffstein* (Fn. 43), S. 9.

89 *Katzenmeier* (Fn. 22), S. 279; *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), § 3 Rn. 16.

90 *Deutsch* (Fn. 87), S. 1032.

91 Protokolle E II, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 1898, S. 604; *Deutsch*, Ressourcenbeschränkung und Haftungsmaßstab im Medizinrecht, VersR 1998, S. 264; *ders.* (Fn. 87), ebd.

92 *Deutsch* (Fn. 87), ebd.; *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 8), VI Rn. 163.

93 *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), § 99 Rn. 3; *Katzenmeier* (Fn. 22), S. 277; *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 8), ebd.; *Ulsenheimer* (Fn. 8), S. 74; *Spickhoff*, Medizin und Recht zu Beginn des neuen Jahrhunderts, NJW 2001, S. 1757, 1764; *Dressler* (Fn. 53), S. 381; *Virchow*, Kunstfehler der Ärzte, in: Eser (Hrsg.), Recht und Medizin, Band 650, 1999, S. 43, 49.

94 *Katzenmeier* (Fn. 22), S. 309 m. w. N.; *Wienke* (Fn. 52), S. 173.

95 *Deutsch* (Fn. 87), S. 1032.

96 *Wienke* (Fn. 52), S. 172.

97 *Hart* (Fn. 20), S. 9 f.; *Velten*, Der medizinische Standard im Arzthaftungsprozess, 2001, S. 41 ff.; *Buchborn*, Ärztlicher Standard: Begriff – Entwicklung – Anwendung, MedR 1993, S. 328; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht aktuell – Fallgruppenkommentar, 2003, S. 194.

98 *Herberer* (Fn. 24), S. 284; *Katzenmeier* (Fn. 22), S. 279 f. mit Verweis u. a. auf *Carstensen*, DÄBl 1989, B–1736, 1737; *Buchborn* (Fn. 97), S. 328 ff.

mitteln.[99] Er darf den Standard nicht ohne Sachverständigengrundlage allein durch eigene rechtliche Beurteilung festlegen.[100]

d) Einfluss der Leitlinien auf den Standard

Es wäre denkbar, dass Leitlinien den Standard abbilden und die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gemäß § 276 II BGB definieren.[101]

aa) Erste Ansicht: Leitlinien bestimmen den fachärztlichen Standard

Wenn Leitlinien dem aktuellen Stand der Medizin entsprechen, können sie den Ärzten, Sachverständigen und Gerichten helfen, das Blankett der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" mit Inhalt zu füllen.[102] Es wäre vorstellbar, dass derjenige, der leitlinienkonform diagnostiziert und therapiert, bei einem Behandlungsfehlervorwurf grundsätzlich weder straf- noch zivilrechtlich angreifbar ist (Haftungsimmunisierung durch das Befolgen einer Leitlinie).[103] Abgeschwächt wird auch angenommen, dass, unter der Voraussetzung der Aktualität der Leitlinie, im Falle ihrer Einhaltung wenigstens ein grober Behandlungsfehler nicht angenommen werden dürfe.[104] Auch *Dieter Hart* misst den Leitlinien mit folgender Argumentation eine große haftungsrechtliche Bedeutung bei: „Die Leitlinie ist medizinisch verbindlich, wenn sie dem Standard entspricht und ist rechtlich verbindlich, weil sie dem Standard entspricht."[105] Haftungsrechtlich sei bei der individuellen Behandlung demnach die Verfehlung der Leitlinie, die dem Standard entspricht, ein Behandlungsfehler; nicht weil die Leitlinie nicht eingehalten, sondern weil der Standard verfehlt worden sei. Somit folgt für Leitlinien, die nicht dem Standard entsprechen, weil sie etwa veraltet sind oder nicht die gesamte vorhandene wissenschaftliche Erkenntnis und ärztliche Erfahrung widerspiegeln, deren rechtliche Unverbindlichkeit. Solche Leitlinien würden „zum Behandlungsfehler auffordern", wenn sie rechtliche Verbindlichkeit für sich in Anspruch nähmen. Im Idealfall dienten Leitlinien dem Arzt als Handlungsrichtschnur, dem Sachverständigen als Bewertungsmaßstab und dem Gericht als Urteilsgrundlage.[106] Sie könnten somit zu einer Rationalisierung des Arzthaftungsprozesses führen.[107]

bb) Zweite Ansicht: Leitlinien können den fachärztlichen Standard nicht abbilden

Der ersten Ansicht wird jedoch mit Skepsis begegnet. Es wird eingewandt, dass die Leitlinien nicht den fachärztlichen Standard abbilden und der individuellen Behand-

---

99 *BGH*, MedR 1995, 276 = NJW 1995, 776.

100 *BGH* (Fn. 99), S. 276; *Bergmann* (Fn. 51), S. 67.

101 *Dettmeyer* (Fn. 51), S. 347.

102 *Herberer* (Fn. 24), S. 284; *Röfer/Schlacke*, Mitteilung zur Tagung „Ärztliche Leitlinien: Empirie und Recht professioneller Normsetzung", NJW 1999, S. 838; *Dressler*, (Fn. 53), S. 379 f.; *Bergmann* (Fn. 51), S. 66; *Fehn* (Fn. 40).

103 *Bergmann* (Fn. 51), S. 78; *Dettmeyer* (Fn. 51), S. 347.

104 *Spickhoff* (Fn. 93), S. 1764.

105 Vgl. Hart nach Tagungsbericht von *Danner* (Fn. 16), S. 242.

106 *Bergmann* (Fn. 51), S. 67.

107 *Bergmann* (Fn. 51), ebd.

lungssituation nie voll gerecht werden.[108] Es gebe nicht den Standard-Patienten mit der Standard-Erkrankung, der allein durch den Standard-Arzt nach Standard-Verfahren geheilt werden könne.[109] Beispielsweise können Patienten, die an mehreren Krankheiten leiden, nicht nach der Vorgabe einer einzelnen Leitlinie behandelt werden.[110] Auch andere individuelle Eigenschaften des Patienten (z. B.: Alter, Vorerkrankungen, bisherige Medikation, Allergien, etc.) werden nicht berücksichtigt. Die Existenz der Leitlinie sagt zudem noch nichts über die fachärztliche Akzeptanz dieser medizinischen Vorgehensweise und die Implementierung (Umsetzung) der Leitlinie aus. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Leitlinie zum Zeitpunkt ihrer Herausgabe bereits Eingang in die Praxis gefunden hat. Die Leitlinie ist zudem außerhalb des Kontextes der zur Verfügung stehenden Einrichtungen und des zur Verfügung stehenden Personals erstellt. Gerade deshalb können begrenzte Ressourcen der Anwendung entgegenstehen. Zusätzlich liegen teilweise widersprüchliche Leitlinien zu einer gleichen Behandlungssituation vor.[111] Die widersprüchlichen Leitlinien indizieren das Fehlen eines einheitlichen, verbindlichen Standards.[112] Nach weit verbreiteter Meinung setzt die Beachtung oder Nichtbeachtung von Leitlinien deshalb keinen Automatismus in Gang.[113] Weder ist die Einhaltung von Leitlinien automatisch haftungsbefreiend, noch ist die Nichtbeachtung von Leitlinien automatisch haftungsbegründend.[114] Für diese Ansicht spricht auch, dass die Normgeber selbst, nämlich die medizinischen Fachgesellschaften und die AWMF, stets die Unverbindlichkeit der Leitlinien betonen und nicht beabsichtigen, Haftungsrisiken für die Ärzte zu schaffen.[115] Es würde der Intention der Fachgesellschaften zuwiderlaufen, wenn Leitlinien im Haftungsprozess instrumentalisiert würden. Eine solche Verbindlichkeit könnte die Fachgesellschaften davon abhalten, weitere Leitlinien zur Qualitätssicherung herauszugeben. Letztlich würde durch verbindliche Leitlinien auch der Defensivmedizin Vorschub geleistet. Aus Angst vor Haftungsrisiken könnte Überdiagnostik betrieben oder es könnten ineffektive Maßnahmen pro forma durchgeführt werden mit dem alleinigen Ziel, der Leitlinie zu entsprechen, selbst wenn dies in einer bestimmten Behandlungssituation medizinisch nicht angezeigt ist.[116] Leitlinien beinhalteten damit die Gefahr, den jeweiligen medizinischen status quo zu zementieren. Wenn die Verbindlichkeit dieser Normen anerkannt wäre, würde es schwieriger, diesen eingefahrenen Weg zu verlassen und stattdessen Neues anzuwenden, das um des medizinischen Fortschritts willen geboten ist.[117]

---

108 *Dressler* (Fn. 53), S. 381; *Gerlach* (Fn. 79), S. 11.

109 *Seifert*, Konfliktlösung – Vorschläge aus ärztlicher Sicht, in: Wienke/Lippert/Eisenmenger (Hrsg.), Die ärztliche Berufsausübung in den Grenzen der Qualitätssicherung, 1998, S. 153, 161.

110 *Petch*, Heart disease, guidelines, regulations, and the law, Heart 87(2002), S. 472, 473; *Gerlach* (Fn. 79), S. 13.

111 Vgl. Beispiele bei *Gerlach* (Fn. 79), S. 9.

112 *Ebd.*; *Bergmann* (Fn. 51), S. 73; *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 8), VI Rn. 163.

113 *Ulsenheimer* (Fn. 8), S. 77; *Bergmann* (Fn. 51), S. 72.

114 *Bergmann* (Fn. 51), S. 72 f.

115 AWMF- online (Fn. 3).

116 *Petch* (Fn. 110), S. 473; *Woolf/Grol/Hutchinson/Eccles/Grimshaw* (Fn. 1), S. 529.

117 *Grafe/Bruns* (Fn. 4), S. 185.

e) Rechtsprechung der Oberlandesgerichte

Es liegt bislang keine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vor, in der Leitlinien relevant wurden. Es gibt jedoch vier Urteile von Oberlandesgerichten, in denen Leitlinien Bedeutung erlangt haben und teilweise unterschiedlich bewertet wurden.

aa) OLG Hamm[118]

Ein Hausarzt brach Reanimationsbemühungen ab, bevor der für Wiederbelebungsmaßnahmen mit Sauerstoffmaske, EKG und Defibrillator ausgerüstete Notarzt eintraf. Dies verstößt gegen die Leitlinie für Wiederbelebung und Notfallversorgung. Der vorzeitige Abbruch der Reanimation wird in diesem Urteil als Behandlungsfehler bezeichnet. Aus den Urteilsgründen ergibt sich aber, dass der Sachverständige in der Missachtung der Leitlinie gleichzeitig einen Verstoß gegen „die überwiegende Überzeugung maßgeblicher ärztlicher Kreise von der Richtigkeit einer Fortsetzung der Reanimation in einem solchen Fall" sah. Demnach fiel die Entscheidung des OLG Hamm so aus, dass die Unverbindlichkeit der Leitlinien festgestellt wurde, gleichzeitig aber die Indizwirkung für eine richtige Behandlung bei Befolgen der Leitlinie betont wurde.[119]

bb) OLG Düsseldorf[120]

Ein Arzt nahm im Verlauf einer Kniepunktion bei liegender Kanüle einen Spritzenwechsel ohne sterile Handschuhe vor. Dies verstößt gegen eine Leitlinie der Deutschen Gesellschaft für Orthopädie und Traumatologie. Das OLG Düsseldorf ging von der Verbindlichkeit dieser Leitlinie aus und wertete den Verstoß gegen die Leitlinie sogar als groben Behandlungsfehler.[121] Die Annahme eines groben Behandlungsfehlers war im Ergebnis richtig, jedoch überzeugt die Argumentation nicht. Der grobe Behandlungsfehler war nicht wegen des Verstoßes gegen die Leitlinie gegeben, sondern weil in der Missachtung elementarer Hygienebestimmungen schon nach allgemeiner medizinischer Kenntnis ein grober Behandlungsfehler liegt. Es handelte sich hier um einen Verstoß gegen das „Dickgedruckte in der Medizin".[122] Die Hygienebestimmung war zwar auch in der betreffenden Leitlinie enthalten, jedoch ist davon auszugehen, dass dieser Fehler auch ohne Existenz der betreffenden Leitlinie als ein grober Behandlungsfehler bewertet worden wäre.[123]

cc) OLG Stuttgart[124]

Ähnlich wertete das OLG Stuttgart das Nichtbeachten von Leitlinien als Behandlungsfehler, allerdings nicht zwingend als einen groben.[125] Nach den Feststellungen

---

118 *OLG Hamm*, VersR 2000, 1373.
119 *Ebd.*; *Bergmann* (Fn. 51), S. 77.
120 *OLG Düsseldorf*, VersR 2000, 1019 m. Anm. *Kern*.
121 *Ebd.*
122 *Bergmann*, (Fn. 51), S. 74.
123 *Bergmann*, (Fn. 51), ebd.
124 *OLG Stuttgart*, MedR 2002, 650.
125 *Ebd.*

des Sachverständigen entsprach es 1995 dem anerkannten medizinisch gesicherten Stand ärztlicher Wissenschaft, bei Heparingabe[126] die Thrombozytenzahl[127] zu kontrollieren, um die Gefahr einer heparininduzierten Thrombozytopenie[128] rechtzeitig zu erkennen. Eben dies empfiehlt auch eine Leitlinie der Deutschen Chirurgischen Gesellschaft. Entscheidend für die Bewertung des Unterlassens der Thrombozytenzählung als Behandlungsfehler war aber in der Argumentation der Verstoß gegen den fachärztlichen Standard und nicht der Verstoß gegen die Leitlinie der Deutschen Chirurgischen Gesellschaft.

dd) OLG Naumburg[129]

In diesem Verfahren war streitig, ob eine kieferchirurgische Behandlung medizinisch indiziert war und ob der Patient über Behandlungsalternativen hätte aufgeklärt werden müssen. Die klagende Partei berief sich auf eine Unterschreitung des Standards und verwies hierzu auf die Leitlinie der AWMF. Jedoch lag zum Behandlungszeitpunkt noch keine Leitlinie im Bereich Kiefer, Mund- und Gesichtschirurgie vor. Darüber hinaus stellte das OLG Naumburg fest, dass die Leitlinien der AWMF unbeschadet ihrer wissenschaftlichen Fundierung derzeit lediglich Informationscharakter für die Ärzte selbst haben und haben sollen.[130] Einer weitergehenden Bedeutung, etwa als verbindliche Handlungsanleitung für praktizierende Ärzte, stünde zumindest derzeit die anhaltende Diskussion um deren Legitimität als auch um ihre unterschiedliche Qualität und Aktualität (angesichts des teilweise rasanten Fortschritts in der medizinischen Wissenschaft und Praxis) entgegen.[131]

f) Stellungnahme

Grundsätzlich können Leitlinien den Standard nicht begründen. Deshalb können der fachärztliche Standard und die erforderliche Sorgfalt nicht vollständig in den Leitlinien abgelesen werden. Lediglich das OLG Düsseldorf setzte in seiner Urteilsbegründung eine Leitlinie mit dem gebotenen Standard gleich. Die Leitlinie spiegelte hier als Momentaufnahme einen Ausschnitt des fachärztlichen Standards wider, begründete ihn jedoch nicht, sondern gab eine medizinische Grunderkenntnis wieder – mithin deklaratorisch, nicht konstitutiv. Einheitlich stellten die Gerichte im Ergebnis auf die Verletzung des fachärztlichen Standards ab und nicht auf den Verstoß gegen eine Leitlinie. Anerkannte medizinische Regeln des fachärztlichen Standards, die in einer Leitlinie wiedergegeben werden, sind rechtlich verbindlich. Leitlinien lediglich auf ihren Informationscharakter zu beschränken erscheint jedoch nicht sachgerecht, denn den Leitlinien kommt eine Autorität zu, die neue Impulse für den fachärztlichen Standard setzen kann. Sie wirken auf den Standard ein, wenn sie implementiert werden, und können ihn verändern. Im Gegenzug kann die Autorität einer Leitlinie

126 Heparin hemmt die Blutgerinnung und wird zur Thromboseprophylaxe eingesetzt.
127 Thrombozyten sind die Blutplättchen, die für die Blutgerinnung wichtig sind.
128 Mangel an Blutplättchen.
129 *OLG Naumburg*, MedR 2002, 471 m. Anm. *Hart*.
130 *Ebd.*, S. 471.
131 *Ebd.*, S. 472.

jederzeit durch neue medizinische Erkenntnisse erschüttert werden. Somit könnte man behaupten, dass jede Leitlinie, die eine hohe Verfahrensqualität aufweist, dem ärztlichen Standard entspricht, nicht veraltet ist und Eingang in die Praxis gefunden hat, rechtlich verbindlich sei. Obwohl sich ein Trend zu qualitativ hochwertigen Leitlinien erkennen lässt, erfüllen bisher nur wenige Leitlinien diese Voraussetzungen. Zudem laufen die Leitlinien Gefahr, bereits während des Entwicklungsverfahrens zu veralten. Leitlinien können somit nur helfen, das Blankett der erforderlichen Sorgfalt i. S. d. § 276 II BGB in einigen Teilbereichen zu füllen. Sie können nie alleinige Grundlage für die Bewertung einer ärztlichen Leistung sein. Die Leitlinien können per Definition nur einen Teilbereich des fachärztlichen Standards widerspiegeln. Es lässt sich somit zusammenfassend sagen, dass weiterhin auf den fachärztlichen Standard abgestellt werden muss und Leitlinien nur Momentaufnahmen theoretisch richtiger Behandlungsschritte unter Studienbedingungen sind.

4. Leitlinien und Zivilprozessrecht

a) Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess

Grundsätzlich trägt jede Partei die Beweislast für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm. Der Patient trägt demnach die Beweislast für den Behandlungsfehler und dessen Kausalität für den eingetretenen Schaden.[132] Davon abweichend sieht die Rechtsprechung in bestimmten Situationen ausnahmsweise Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr zugunsten des Patienten vor. So obliegt es bei einem groben Behandlungsfehler dem Arzt den Nachweis zu führen, dass der Schaden auch bei einer fehlerfreien Behandlung aufgetreten wäre.[133]

b) Einfluss der Leitlinien auf die Beweislastverteilung

Die Leitlinien könnten regelmäßig von Patienten herangezogen werden, um die Schlüssigkeit ihrer Klagen, d. h. den Behandlungsfehlervorwurf und die Kausalität, zu substantiieren. Letztlich muss der Richter beides mit Hilfe eines Sachverständigen feststellen.[134] Ist zuvor auf die Nichtbeachtung einer Leitlinie hingewiesen worden, kann das dazu führen, dass der Arzt die Nichtbeachtung der Leitlinie gegenüber dem Sachverständigen begründen muss. In diesem Zusammenhang wird in der Literatur von einer „verkappten Beweislastumkehr" gesprochen. Legt der Patient dar, dass der Arzt eine Leitlinie missachtet hat, so sieht sich der Arzt in eine Defensivposition ge-

132 *Dressler* (Fn. 53), S. 385; *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), § 107 Rn. 10; *Jauernig-Stadler*, 28. Auflage (2003), § 280 Rn. 27.

133 Zur Beweiserleichterung bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers vgl. z. B. *BGH*, NJW 1995, 778; VersR 1996, 633 (634); 1996, 1535 (1536); *Laufs/Uhlenbruck* (Fn. 5), § 110 Rn. 11; *Jauernig*, Zivilprozessrecht, 28. Auflage (2003), S. 213; *Müller*, Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozess, NJW 1997, S. 3049, 3052; *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 8), VI Rn. 165; vgl. zur neueren Entwicklung *BGH*, JZ 2004, 1029 f. m. Anm. *Katzenmeier*, JZ 2004, S. 1030 ff.

134 *Dressler* (Fn. 53), S. 385.

drängt und gerät in Erklärungszwang.[135] Das Gericht wird von ihm erwarten, dass er begründet, warum er von einer Leitlinie abgewichen ist.[136] Hierfür spricht, dass Richter auch bei anderen Berufsgruppen auf berufsspezifische Regelwerke zurückgreifen, wie beispielsweise DIN-Normen, und bei Missachtung teilweise sogar eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität annehmen.[137] Aber eine solche Vorgehensweise scheint eher bei anerkannten Regeln der Technik als bei medizinischen Leitlinien möglich zu sein. Es gibt keinen Automatismus zwischen Therapiemaßnahme und Therapieerfolg.[138] Angesichts der Unberechenbarkeit des medizinischen Behandlungsgeschehens und der individuellen Reaktion des Patienten verbietet sich ein direkter Vergleich zu DIN-Normen.[139] Dennoch kann das leitlinienkonforme Therapieren zumindest das pflichtgemäße Verhalten des Arztes nach den Regeln der ärztlichen Kunst indizieren.[140] Diese Indizwirkung nimmt aber den Parteien nicht die Möglichkeit, dennoch den Nachweis zu erbringen, dass in einer konkreten Behandlungssituation ein Abweichen von der Leitlinie erforderlich gewesen wäre. Daher kann dem Arzt auch die Befolgung der Leitlinien keine „Haftungsimmunisierung" gewährleisten.[141] Bestehende Leitlinien können dem Sachverständigen die Feststellung eines Behandlungsfehlers oder der standardgerechten Behandlung erleichtern. Weicht der behandelnde Arzt von der Leitlinie ab, wird der Sachverständige die medizinische Plausibilität des Abweichens sorgfältig zu überprüfen haben.[142] Es könnte vorteilhaft für den Arzt sein, die Gründe, die ihn zu einer Abweichung von einer Leitlinie bewogen haben, zu dokumentieren, um seine Behandlung zu untermauern und später dem Verdacht vorzubeugen, er habe die Leitlinie nicht gekannt.[143]

c) Beweis des ersten Anscheins (prima-facie-Beweis)

Das Abweichen von einer Leitlinie könnte als Beweis des ersten Anscheins für den Behandlungsfehler und dessen Kausalität für den Schaden gewertet werden. Auch in Großbritannien wird überlegt, den Verstoß gegen Leitlinien als prima-facie-Beweis für die Nichteinhaltung des „standard of medical care" zu betrachten.[144] Der Anscheinsbeweis setzt einen nach der Lebenserfahrung typischen Geschehensablauf voraus.[145] Für den Bereich der Arzthaftung ist wieder zu bedenken, dass der mensch-

135 *Dressler* (Fn. 53), S. 382.
136 *Bergmann* (Fn. 51), S. 73.
137 *Dressler*, Die Bedeutung von ärztlichen Leitlinien im Rechtsstreit, in: Hart (Fn. 51), S. 161, 168.
138 *Dressler* (Fn. 137), ebd.
139 *Dressler* (Fn. 137), ebd.; *Igloffstein* (Fn. 43), S. 149; a. A. *Ziegler*, Leitlinien im Arzthaftungsrecht, VersR 2003, S. 545, 549, der sich für die Übertragbarkeit der Rechtsprechung zu DIN-Normen auf Leitlinien und für eine Beweislastumkehr bei der Missachtung von Leitlinien ausspricht.
140 *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 8), VI Rn. 163.
141 *Dressler* (Fn. 53), S. 382.
142 *Dressler* (Fn. 53), S. 384.
143 *Dressler* (Fn. 53), S. 383.
144 *Hurwitz* (Fn. 34), S. 662.
145 *Jauernig* (Fn. 133), S. 210; *Igloffstein* (Fn. 43), S. 148.

liche Organismus individuell verschieden auf die Krankheit und ihre Behandlung reagiert.[146] Somit findet der Anscheinsbeweis mangels erforderlicher Typizität des Geschehensablaufes hier keine Anwendung.[147] Es ist kein allgemeiner Erfahrungssatz, dass derjenige, der eine Leitlinie als solche nicht anwendet, oder bewusst abweicht, fehlerhaft behandelt.[148] Ein Arzt kann selbst in Unkenntnis der Leitlinie die richtige Behandlung vornehmen. Der Verstoß gegen eine Leitlinie ist kein Anscheinsbeweis für eine fehlerhafte Behandlung.

d) Leitlinien sind keine antizipierten Sachverständigengutachten

Leitlinien könnten in der Praxis des Arzthaftungsprozesses die Wirkung eines antizipierten Sachverständigengutachtens haben.[149] Insofern könnten sie zu einer „Teilentmachtung" des medizinischen Sachverständigen führen.[150] Auch in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der BGH grundsätzlich fordert, dass der fachärztliche Standard mithilfe eines Sachverständigen ermittelt wird.[151] Da die Leitlinie keinen individuellen Behandlungsfall beschreibt, kann im Einzelfall ein standardgerechtes Verhalten gerade die Abweichung von einer Leitlinie erforderlich machen.[152] Letztlich ist für die Rechtsprechung deshalb die Einschätzung des Sachverständigen maßgebend und nicht der Wortlaut einer Leitlinie.[153] Es ist daher auch nicht zu erwarten, dass Leitlinien in Zukunft das Sachverständigengutachten im Arzthaftungsprozess ersetzen können. Ob die Einschätzung eines Sachverständigen jedoch stets die bessere Auskunft darstellt, kann angesichts starker Abweichungen in den Einschätzungen verschiedener Sachverständiger bezweifelt werden. Deshalb wird hier hinzukommen: Wenn es Leitlinien zum Zeitpunkt der Behandlung gab, insbesondere wenn es sich um evidenzbasierte Leitlinien handelt, wird sich ein Gutachter mit diesen Leitlinien auseinandersetzen müssen. Er wird auch der Frage nachgehen müssen, ob und in welchem Umfang bei der beanstandeten Behandlung von der Leitlinie abgewichen werden durfte.

e) Leitlinien als Quelle der Information im Zivilprozess

Auch wenn die Leitlinien im Arzthaftungsprozess keinen Automatismus in Gang setzen, können sie als Informationsquellen für alle Prozessbeteiligten Bedeutung erlangen, wenn sie das konzentrierte Expertenwissen widerspiegeln.[154] Sie können dem medizinischen Sachverständigen bei der Beurteilung der vom Arzt gewählten Behandlung helfen und dem Richter die kritische Hinterfragung des Sachverständigengutachtens vereinfachen.[155] Auch den Parteien können Leitlinien zum besseren Verständnis des Sachverhalts dienen.

---

146 *Igloffstein* (Fn. 43), ebd.; vgl. schon *Virchow* (Fn. 93), S. 46.
147 *Igloffstein* (Fn. 43), ebd.
148 *Ebd.*, S. 149; *Dressler* (Fn. 137), S. 168.
149 *Grafe/Bruns* (Fn. 4), S. 185.
150 *Grafe/Bruns* (Fn. 4), ebd.
151 *BGH*, MedR 1995, 276.
152 *Bergmann* (Fn. 51), S. 67.
153 *Bergmann* (Fn. 51), ebd.
154 *Bergmann* (Fn. 51), ebd.
155 *Dressler* (Fn. 53), S. 384.

IV. Leitlinienmedizin und ärztliche Therapiefreiheit

Die ärztliche Therapiefreiheit stößt sich vor allem an den Vorgaben des Sozialrechts.[156] Hier befindet sich der Kassenarzt möglicherweise auf dem Weg zum Kassenbeamten.[157] Die Leitlinien können demgegenüber eine andere Position einnehmen und die Therapiefreiheit nicht einschränken, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens müssen Leitlinien nach wie vor von Medizinern für Mediziner erstellt werden. Es darf sich bei Leitlinien nicht um fachfremde Weisungen handeln. Zweitens darf Leitlinien im Haftungsprozess lediglich Indizwirkung beigemessen werden, um die ärztliche Therapiefreiheit nicht zu riskieren.

Die ärztliche Therapiefreiheit soll als fremdnütziges Recht der Gesundheit des Patienten dienen. Sie lebt deshalb von der Qualität ärztlicher Behandlungen und der allgemeinen Bindung an den fachärztlichen Standard. Die von medizinischen Experten geschaffenen Leitlinien zielen auf Qualitätsverbesserung ab. Sie können deshalb nicht in einen Gegensatz zur Therapiefreiheit gebracht werden.[158] Leitlinien beschränken nicht den medizinischen Fortschritt, sondern sichern ihn gerade, indem sie die Praxis an das Erreichte heranführen. Durch Leitlinien kann auch das unübersichtliche medizinische Meinungsspektrum vereinfacht werden. Der Arzt, der in seinem Fachgebiet die Diskussion nicht mehr in allen Verästelungen verfolgen und die Fülle an Publikationen unmöglich überblicken kann, wird durch Leitlinien auf dem Laufenden gehalten. Vollzieht der Arzt die aktuellsten Entwicklungen nach, so profitiert davon in erster Linie der Patient. Auch werden obsolete, in ihrer Wirkung zweifelhafte und riskante Methoden aus der Praxis ausscheiden. Überdiagnostik kann zurückgedrängt werden und die dafür aufgebrachten finanziellen Mittel können einer sinnvollen Verwendung zugeführt werden. Das Arzt-Patienten-Verhältnis wird durch Leitlinien nicht belastet, denn Leitlinien können helfen, die Behandlung für den Patienten nachvollziehbarer zu machen. Leitlinien können im Vorfeld oder während der Behandlung, neben dem persönlichen Aufklärungsgespräch, als Informationsquelle für den Patienten herangezogen werden. Je stärker der Patient in die Behandlungsentscheidung einbezogen wird, umso leichter fällt es ihm, seinem Arzt zu vertrauen. Leitlinien bieten „Handlungskorridore" und legen den Arzt nicht auf eine bestimmte Behandlungsmethode fest. Nur in seltenen Fällen wird ein prototypischer Patient behandelt, auf den die Anwendung einer Leitlinie ohne wenn und aber erfolgen kann. Ob die Gefahr einer „Kochbuchmedizin" besteht, hängt letztlich von der Ärzteschaft selbst ab. Sie muss deutlich machen, dass sich die ärztliche Kunst nicht in der Anwendung von Leitlinien erschöpft. Es liegt an dem einzelnen Arzt, in Ausübung der ärztlichen Therapiefreiheit die für jeden Patienten passende Behandlung individuell zu bestimmen.

---

156 *Laufs* (Fn. 17); *Bergmann* (Fn. 51), S. 69 f.
157 *Laufs* (Fn. 17).
158 *Hart*, Einleitung, in: Hart (Fn. 51), S. 1, 12.

Sebastian Ens/Somi Micsunescu*

Gläubigerschutz im deutschen und angloamerikanischen Recht – Bestandsaufnahme und Reformtendenzen

A. Zum deutschen Recht *(Sebastian Ens)*

B. Zum englischen und US-amerikanischen Recht *(Somi Micsunescu)*

Abstract

Eine Grundfrage des Gesellschaftsrechts ist diejenige nach dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger vor dem Ausfall ihrer Forderungen. Dem Schutzbedürfnis der Gläubiger kann auf unterschiedliche Weise Rechnung getragen werden. Einerseits ist denkbar, den Gesellschaftsgründern die Aufbringung und Erhaltung von Kapital gesetzlich vorzuschreiben. Diesem Ansatz folgt das deutsche Gesellschaftsrecht. Andererseits kann eine Rechtsordnung zur Sicherung der Gläubiger in erster Linie auf die Haftung der für das unternehmerische Handeln Verantwortlichen setzen. Verwirklicht ist dieses Modell im englischen und im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht. Die folgenden Beiträge untersuchen eingehend die beiden Gläubigerschutzkonzepte und gehen der Frage nach, inwieweit das deutsche Gesellschaftsrecht Elemente des anglo-amerikanischen Modells übernehmen könnte.

---

* *Sebastian Ens* studiert Jura im 7. Fachsemester an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und arbeitet derzeit als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. *Friedrich Schoch*.
Somi Micsunescu studiert derzeit Jura an der University of Aberdeen. Nach ihrer Rückkehr nach Deutschland wird sie ihr Jurastudium an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im 5. Fachsemester fortsetzen. Beide vorliegenden Arbeiten wurden betreut von Prof. Dr. *Hanno Merkt*, LL. M., und dessen wissenschaftlichem Angestellten Dr. *Jens-Hinrich Binder*, LL. M.

Vorwort

Wiss. Ang. Dr. Jens-Hinrich Binder, LL. M. (London), Freiburg i. Br.

Modernes Wirtschaften ist undenkbar ohne die Möglichkeit gesellschaftsrechtlicher Haftungsbeschränkung – in Deutschland und weltweit. Zugleich ist es undenkbar ohne den darin angelegten Konflikt mit dem Vermögensinteresse der Gläubiger, für die es entscheidend gerade im Krisen- als dem Bewährungsfall der Haftungsbeschränkung darauf ankommt, ihre Ansprüche gegen ihren Vertragspartner durchsetzen zu können. In dem Maße, in dem eine Rechtsordnung Möglichkeiten zur Verfügung stellt, wirtschaftliche Tätigkeit unter dem schützenden Mantel von Kapitalgesellschaften zu betreiben und damit die persönliche Verantwortung für das eventuelle Scheitern der Unternehmung zu reduzieren, steigt das Bedürfnis nach einer Kompensation zugunsten der Gläubiger und allgemein der Sicherheit des Geschäftsverkehrs: Es ist eine Balance anzustreben zwischen dem individuellen, auch volkswirtschaftlich bedeutsamen und durchaus legitimen Interesse an einer Haftungsminimierung einerseits und andererseits dem mindestens ebenso legitimen Interesse der Gläubiger und des Rechtsverkehrs im allgemeinen, insbesondere den Missbrauch der Haftungsbeschränkung nach Möglichkeit zu reduzieren. Das Problem ist ein altes – schon die klassischen Schriften zur Ordnungspolitik etwa der Freiburger Schule diskutieren Bedeutung und Grenzen des „Haftungsprinzips" als eines elementaren Grundbestandteils jeder Marktwirtschaftsordnung.[1]

Die nachfolgend zusammengefassten Beiträge sind vor diesem Hintergrund von besonderer Aktualität. Zunehmend gerät, auch und gerade unter dem starken Einfluss angloamerikanischer Denkmodelle und Rechtstraditionen auf die kontinentaleuropäische Rechtssetzung und nicht zuletzt die Rechtssetzung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber, das traditionelle deutsche Konzept des Gläubigerschutzes durch Kapitalschutz schon rein faktisch in die Defensive; zugleich mehren sich auch in der Sache selbst Zweifel an der praktischen Tauglichkeit dieses Instrumentariums.[2] Das angloamerikanische Gegenmodell bietet möglicherweise eine Alternative, stellt aber zugleich (wie viele andere Problemstellungen im heutigen Wirtschaftsrecht) Rechtswissenschaft und -praxis vor die Schwierigkeit, im kontinentaleuropäischen Bereich möglicherweise ungewollte Friktionen hervorzurufen, mit der hiesigen Rechtsordnung nicht vollständig vereinbar zu sein – eventuell gar, einem Implantat nach missglückter Operation vergleichbar, als Fremdkörper zu verkümmern und wieder abgestoßen zu werden. Sorgfältige funktionale Rechtsvergleichung, die den Blick auf die Systemgebundenheit der einzelnen Institute, ihren rechtstatsächlichen wie auch den

1 Vgl. statt vieler *W. Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl. (1990), S. 42, 281; *ders.*, ORDO II (1949), S. 1, 57 ff.

2 Vgl. – neben den nachfolgenden Beiträgen – zusammenfassend etwa *Merkt*, Der Kapitalschutz in Europa – ein rocher de bronze?, ZGR 2004, S. 303, 305 ff.

ökonomischen Kontext wahrt, sollte dem entgegenwirken.[3] Die nachfolgenden Beiträge von *Ens* (A. Zum deutschen Recht) und *Micsunescu* (B. Zum englischen und zum US-amerikanischen Recht) repräsentieren gewissermaßen die erste Stufe einer solchen rechtsvergleichenden Untersuchung der Gläubigerschutzproblematik: die Bestandsaufnahme der bestehenden Konzepte. Eine vergleichende Auswertung, von der interessante, zukunftsweisende Erkenntnisse zu erwarten sein dürften, steht naturgemäß noch aus – und wäre in einem Seminarbeitrag auch kaum überzeugend zu leisten.[4] Schon und gerade als Bestandsaufnahme indes sind die vorliegenden Beiträge von hohem Wert, auch und gerade weil sie sich von der rein auf nationale Konstrukte konzentrierten Betrachtungsweise emanzipieren, die lange die Diskussion beherrscht hat.

3 Vgl. allgemein zu Perspektiven und Aufgaben in der Wirtschaftsrechtsvergleichung neuerdings *Merkt*, Wirtschaftsrechtsvergleichung im Zeitalter der Globalisierung: Tendenzen, Aufgaben, Perspektiven, ZVglRWiss. 2004, S. 263 ff.

4 Zu ersten Ansätzen in diese Richtung siehe statt vieler *Fischer*, Die Verlagerung des Gläubigerschutzes vom Gesellschafts- in das Insolvenzrecht nach „Inspire Art", ZIP 2004, S. 1477 ff.

A. Zum deutschen Recht

Sebastian Ens

I. Einleitung: Das Problem

Eine Grundfrage des Gesellschaftsrechts ist diejenige nach dem Schutz der Gläubiger. Die Schutzbedürftigkeit der Gläubiger einer Gesellschaft resultiert aus der Gefahr, dass die Mitglieder das dem Gesellschaftszweck und damit auch der Befriedigung von Gläubigern dienende Gesellschaftsvermögen zu ihrem eigenen Vorteil gering halten.[1] Im Kapitalgesellschaftsrecht ist ein solches Vorgehen der Gesellschafter besonders gefährlich für die Gläubiger, da hier grundsätzlich keine unmittelbare (persönliche) Haftung der Gesellschafter besteht (vgl. § 1 I 2 AktG, § 13 II GmbHG).[2]

Diesem Schutzbedürfnis wird im geltenden deutschen Kapitalgesellschaftsrecht durch das Prinzip der realen Kapitalaufbringung und -erhaltung Rechnung getragen. Ein bestimmtes, von den Gesellschaftern eingebrachtes Kapital soll als Haftungsmasse die Gläubiger vor der Nichtdurchsetzbarkeit ihrer Forderungen bewahren (vgl. §§ 1 II, 6, 7 AktG; § 5 I GmbHG), indem es als Risikopuffer Verluste der Gesellschaft aus dem Geschäftsbetrieb auffängt.[3] Dieses durch die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften gesicherte sog. Garantiekapital[4] (Grundkapital der AG, Stammkapital der GmbH) rechtfertigt erst die Befreiung der Kapitalgesellschafter von der persönlichen Haftung.[5] Es ist zwar nicht davor geschützt, dass die Gesellschaft Verluste macht und deshalb über kein der Garantiekapitalsumme entsprechendes Vermögen mehr verfügt. Das ausgewiesene Grund- oder Stammkapital bedeutet also keineswegs, dass auch wirklich fortwährend genauso viel Eigenkapital in der Gesellschaft vorhanden wäre.[6] Doch verbietet das Gesetz Auszahlungen an die Ge-

1 *Grunewald*, GesR, 5. Aufl. (2002), S. 407. Ein Überblick über die verschiedenen Gläubigerrisiken findet sich bei *Mülbert/Birke*, Legal Capital – Is There a Case against the European Legal Capital Rules?, EBOR 3 (2002), S. 695, 708 ff.

2 Eine Ausnahme bildet die KG auf Aktien, die neben den Kommanditaktionären mindestens einen den Gläubigern unbeschränkt haftenden Gesellschafter hat, vgl. § 278 I AktG; zu den Möglichkeiten einer sog. Durchgriffshaftung der GmbH-Gesellschafter s. u. II 3.

3 *Bachmann*, Grundtendenzen der Reform geschlossener Gesellschaften in Europa, ZGR 2001, 351, 362; *Lutter*, Gesetzliches Garantiekapital als Problem europäischer und deutscher Rechtspolitik, AG 1998, 375; *Mülbert*, Zukunft der Kapitalaufbringung/Kapitalerhaltung, Der Konzern 2004, 151, 154; *Wiedemann*, GesR I, S. 557.

4 *K. Schmidt*, GesR, 4. Aufl. (2002), S. 775, 994.

5 Ebd., S. 541, 657 f.

6 Terminologischer Hinweis: „Garantiekapital" und „Eigenkapital" sind nicht synonym. Eigenkapital ist der umfassendere Begriff: Dazu gehören neben den von den Gesellschaftern zugeführten Mitteln (= Garantiekapital) auch nicht entnommene Gewinne. Verluste wirken sich auf das Eigenkapital aus, indes wird der Betrag des Garantiekapitals dadurch nicht berührt (vgl. die Formulierung in § 92 I AktG: „Entsteht ein Verlust *in Höhe der Hälfte des Grundkapitals* ..."); s. *Winter*, in: Scholz, GmbHG, § 5 Rn. 9.

sellschafter zum Nachteil der Gläubiger, so dass das eingebrachte Kapital der Gesellschaft zeitlich unbegrenzt und aus Sicht der Gesellschafter „à fonds perdu" zur Verfügung steht.[7]

Im deutschen Schrifttum lange Zeit unbestritten oder gar als „Kulturleistung ersten Ranges"[8] gefeiert, wird dieses Konzept des Gläubigerschutzes durch gesetzlich vorgeschriebene Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften (Kapitalschutzkonzept[9] oder auch institutioneller[10] bzw. kapitalorientierter[11] Gläubigerschutz) seit einigen Jahren zunehmend in Frage gestellt. Einige Autoren kritisieren das Konzept als ineffektiv und unflexibel und stellen ihm unter Verweis auf die US-amerikanische Rechtsentwicklung das Modell des Gläubigerschutzes durch Information und Publizität gegenüber.[12]

Insbesondere aber hat die Diskussion um mögliche Gläubigerschutzinstrumente durch die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von ausländischen Gesellschaften[13] Auftrieb erhalten. Denn spätestens seit der Entscheidung zur Inspire Art Ltd., einer englischen private limited company mit Zweigniederlassung in den Niederlanden, ist klar, dass der Gerichtshof dem institutionellen Gläubigerschutz grundsätzlich kritisch gegenübersteht.[14] Zwar lässt der EuGH darin die Frage, ob die Vorschriften über das Mindestkapital als solche einen geeigneten Schutzmechanismus bilden, ausdrücklich offen. Er erkennt diese Vorschriften jedoch nicht als aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigte nationale Maßnahme

---

7 Demgegenüber steht das von Nichtgesellschaftern stammende Fremdkapital der Gesellschaft nur zeitlich begrenzt und nur gegen festes Entgelt zur Verfügung; s. dazu Wiedemann (Fn. 3), S. 554.

8 *Wiedemann* (Fn. 3), S. 558.

9 *Merkt*, RIW 12/2003, Die erste Seite; *ders.*, Die Pluralisierung des europäischen Gesellschaftsrechts, RIW 2004, S. 1, 6; *Schön*, Wer schützt den Kapitalschutz?, ZHR 166 (2002), S. 1.

10 *Kübler*, Institutioneller Gläubigerschutz oder Kapitalmarkttransparenz? Rechtsvergleichende Überlegungen zu den „stillen Reserven", ZHR 159 (1995), S. 550, 551; *K. Schmidt*, Gläubigerschutz bei Umstrukturierungen – Zum Referentenentwurf eines Umwandlungsgesetzes, ZGR 1993, S. 366, 371 f.

11 *Schön*, Die Zukunft der Kapitalaufbringung/-erhaltung, Der Konzern 2004, S. 162, 165.

12 S. u. a. *Bauer*, Gläubigerschutz durch formelle Nennkapitalziffer – kapitalgesellschaftsrechtliche Notwendigkeit oder überholtes Konzept?, Diss. Frankfurt a. M. 1995; *Escher-Weingart*, Reform durch Deregulierung im Kapitalgesellschaftsrecht, 2001; *Klose-Mokroß*, Gläubigerschutz im Kapitalgesellschaftsrecht am Beispiel der verdeckten Sacheinlage, Diss. Frankfurt a. M. 1996; *Kübler*, Aktie, Unternehmensfinanzierung und Kapitalmarkt, 1989; *ders.* (Fn. 10), S. 550 ff.; *Meilicke*, Niederlassungsfreiheit nach „Überseering", Gesellschafts- und Steuerrecht der GmbH und GmbH & Co, GmbHR 2003, S. 799, 807 f.; *Mülbert/Birke* (Fn. 1), S. 695 ff.; *Mülbert* (Fn. 3), S. 151 ff.

13 Vgl. die Entscheidungen „Daily Mail", Slg. 1988, 5483, Rs. C-81/87 „Centros", Slg. 1999, I-1459, Rs. C-212/97 „Überseering", Slg. 2002, II-9919 Rs. C-208/00 und „Inspire Art", NJW 2003, S. 3331 ff. Rs. C-167/01, Slg. 2003 I-10155.

14 *Bayer*, Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art" und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen, BB 2003, S. 2357, 2364; *Merkt* (Fn. 9), Die erste Seite; *ders.* (Fn. 9), S. 6; *ders.*, European Company Law Reform: Struggling for a More Liberal Approach, ECFR 2004, S. 3, 16 ff.; *Mülbert* (Fn. 3), S. 156; *Spindler/Berner*, Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art, RIW 2003, S. 949, 954.

zur Beschränkung der Niederlassungsfreiheit an. Vielmehr stellt er fest, dass die potenziellen Gläubiger von Inspire Art durch deren Auftritt als Gesellschaft englischen (und nicht niederländischen) Rechts hinreichend darüber unterrichtet seien, dass die Gesellschaft unter anderem bezüglich des Mindestkapitals und der Haftung der Geschäftsführer anderen als den in den Niederlanden die Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung regelnden Vorschriften unterliegt. Ferner verweist der EuGH auf den Schutz der Gläubiger durch bestimmte gemeinschaftsrechtliche Publizitätsregeln aus der Vierten und der Elften gesellschaftsrechtlichen Richtlinie.[15] Hieraus – und auch aus seiner personellen Zusammensetzung[16] – ergibt sich, dass der EuGH dem Konzept des Gläubigerschutzes durch gesetzlich vorgeschriebene Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften das Publizitätsmodell vorzieht.

Noch bedeutsamer dürfte sein, dass seit der Entscheidung „Inspire Art" die europarechtliche Unzulässigkeit der Anwendung deutscher Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften auf EU-ausländische Gesellschaften klargestellt ist.[17] Wenn nämlich ohnehin die Umgehung des deutschen Kapitalschutzes durch deutsche Unternehmer mittels Gründung einer ausländischen Gesellschaft zum Betrieb eines Geschäfts in Deutschland möglich ist, liegt auf der Hand, dass der deutsche Gesetzgeber das geltende Recht im Hinblick darauf überprüfen muss, ob nicht andere (für Unternehmer weniger belastende) Instrumente den Gläubigerschutz ebenso gut gewährleisten können.

Erforderlich erscheint eine Überprüfung der Konzeption „Gläubigerschutz durch gesetzlich vorgeschriebene Kapitalaufbringung und -erhaltung" auch hinsichtlich zweier zur Rechtsprechung des EuGH hinzutretender Vorgänge auf europäischer Ebene. Zu nennen ist hier zunächst der Bericht der von der EU-Kommission eingesetzten High Level Group of Company Law Experts (HLG), in welchem dem Mindesteigenkapital eine über die Abschreckung von Unternehmern vor einer leichtfertigen Gründung von Aktiengesellschaften hinausgehende gläubigerschützende Wirkung abgesprochen und eine Reform des Kapitalschutzsystems der Zweiten (Kapital-)Richtlinie empfohlen wird.[18] Des Weiteren ist auf den Aktionsplan der EU-Kommission vom 21. 5. 2003 hinzuweisen, der die kritische Einstellung der

---

15 *EuGH*, Urt. v. 30. 09. 2003 – *EuGH* „Inspire Art" (Fn. 13), Rn. 135.

16 Hierzu s. *Bayer* (Fn. 14), S. 2364.

17 So das Verständnis der Entscheidung in der ganz überwiegenden Lit., vgl. nur *Bayer*, ebd.; *Eidenmüller/Rehm*, Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts, ZGR 2004, S. 159, 181; *M. Fischer*, Die Verlagerung des Gläubigerschutzes vom Gesellschafts- in das Insolvenzrecht, ZIP 2004, S. 1477, 1479; *Hirsch/Britain*, Artfully Inspired – Werden deutsche Gesellschaften englisch?, NZG 2003, S. 1100, 1103; *Spindler/Berner* (Fn. 14), S. 954; *dies.*, Inspire Art – Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet, RIW 2004, S. 7 f.; *Ulmer*, Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften, NJW 2004, S. 1201, 1209; a. A. *Altmeppen*, Schutz vor „europäischen" Kapitalgesellschaften, NJW 2004, S. 97 ff.

18 Bericht der Hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa, 04. 11. 2002, S. 13 ff., 88 ff.; abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/; fortan: Bericht der HLG.

Kommission selbst gegenüber dem Konzept des gesetzlichen Kapitalschutzes verdeutlicht.[19]

Schließlich zeigt auch ein Blick auf gegenwärtige Deregulierungstendenzen im Ausland[20], dass der institutionelle Gläubigerschutz unter Rechtfertigungsdruck geraten ist.[21]

Dieser Beitrag will versuchen, die Argumente aufzubereiten, welche für oder gegen eine Fortgeltung des Konzepts „Gläubigerschutz durch gesetzlich vorgeschriebene Kapitalaufbringung und -erhaltung" sprechen. Dazu ist zunächst das geltende Recht in einem kurzen Überblick darzustellen (II). Sodann sollen Stärken und Schwächen des deutschen Gläubigerschutzmodells ausgelotet (III), Ansätze zu systemimmanenter Verbesserung (IV) bzw. alternative Lösungswege (V) vorgestellt und schließlich die Ergebnisse zusammengefasst (VI) werden.

II. Gläubigerschutz durch gesetzlich vorgeschriebene Kapitalaufbringung und -erhaltung – das geltende deutsche Recht im Überblick

Im Folgenden sind die geltenden Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften im AktG und im GmbHG kurz zu erläutern.

1. Das Mindestkapitalerfordernis

Ausgangspunkt des deutschen Kapitalschutzsystems ist das gesetzliche Erfordernis, ein Garantiekapital (Grundkapital der AG, Stammkapital der GmbH) in einer bestimmten Mindesthöhe bei Gründung der Gesellschaft aufzubringen. Nach § 7 AktG und § 5 I GmbHG muss das Grundkapital der AG mindestens 50 000 €, das Stammkapital der GmbH mindestens 25 000 € betragen.

Die Bruchteile des Garantiekapitals sind die Aktie (§ 1 II AktG) bzw. die Stammeinlagen (§ 5 GmbHG). Der Mindestnennbetrag einer einzelnen Aktie (bei der traditio-

---

19 Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament, Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan, 21.05.2003, sub 3.2. und Anhang 1; abgedruckt in: NZG 2003, Sonderbeilage zu Heft 13.

20 Z.B. die Einführung einer „Blitz-GmbH" in Frankreich (Vereinfachung der Gründung einer S.A.R.L. und Abschaffung des gesetzlichen Mindestkapitals von 7500 €), s. dazu *Becker*, Baldiges neues Gründungsverfahren in Frankreich: Die französische „Blitz-S.A.R.L.", GmbHR 2003, S. 1120 f.

21 *Bayer*, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, BB 2004, S. 1, 5. Im Übrigen seien die dem Kapitalschutzkonzept drohenden Gefahren durch die Neuerungen bei der Rechnungslegung (Hinwendung zu einer informationsorientierten Rechnungslegung in der IAS-VO der EU von 2002) erwähnt; dazu *Mülbert/Birke* (Fn. 1), S. 698 f. Gegenstand dieser Arbeit ist jedoch das Gesellschaftsrecht, weshalb bilanzrechtliche Aspekte weitgehend ausgeblendet bleiben sollen (s. aber u. III 2 b) und V 2).

nellen sog. Nennbetragsaktie nach § 8 I Alt. 1, II AktG) bzw. ihr Mindestanteil am Grundkapital (bei der sog. Stückaktie ohne aufgedruckten Nennwert nach § 8 I Alt. 2, III AktG, deren Nennwert mittels Division des Grundkapitals durch die Anzahl der Aktien auszurechnen ist) ist 1 € (§ 8 II 1, III 3 AktG).[22]

Die gesetzliche Vorgabe einer Mindestkapitalziffer ist keineswegs selbstverständlich, denn Kapitalschutz ist auch ohne Mindestkapital denkbar: Auch ohne einen bestimmten Mindestbetrag festzusetzen, könnte das Gesetz die Aufbringung und Erhaltung des (in der Höhe dann von den Gesellschaftern frei bestimmbaren, d. h. weder nach oben noch nach unten begrenzten) Gesellschaftskapitals regeln.[23] Für Aktiengesellschaften (und nur für sie) ist das Mindestkapitalerfordernis freilich durch Art. 6 der Zweiten (Kapital-)Richtlinie EU-weit festgeschrieben.[24]

Mit der Festsetzung eines Mindestkapitals allein ist es jedoch nicht getan. Soll das Garantiekapital die ihm zugedachte Schutzfunktion zugunsten der Gläubiger erfüllen, so muss gesetzlich für seine Aufbringung und Erhaltung gesorgt sein.

2. Kapitalaufbringungsvorschriften

Die Aufbringung des Grund- bzw. Stammkapitals ist durch ein kompliziertes Normengeflecht gesichert. Sie erfolgt durch Bar- (= Geld-) (§ 54 AktG, § 5 I GmbHG) oder durch Sacheinlagen (§ 27 AktG, § 5 IV GmbHG). Eine Befreiung der Gesellschafter von ihrer Einlagepflicht sowie eine Aufrechnung gegen die Einlageforderung ist unzulässig (§ 66 I 1, 2 AktG, § 19 II 1, 2 GmbHG).

a) Bareinlagen

Bei der GmbH müssen die Bareinlagen mindestens zu einem Viertel vor der Anmeldung der Gesellschaft beim Handelsregister eingezahlt sein (§ 7 II 1 GmbHG), und der eingezahlte Betrag zuzüglich der Sacheinlagen muss mindestens 12 500 € betragen (§ 7 II 2 GmbHG). Wie viel bei der Gründung einer AG vor der Registeranmeldung zu leisten ist, regeln die §§ 36a, 36 II AktG. Danach muss auf Bareinlagen mindestens ein Viertel des Nennbetrags, bei Überpari-Emission – d. h. Ausgabe der Aktien zu einem Preis über dem Nennwert – zudem das Aufgeld, eingezahlt werden

22 Näher zum Nennwert und zum Unterschied zwischen Nennwertaktien und echten nennwertlosen Aktien u. IV 5.

23 Vgl. z. B. die Regelungen im US Model Business Corporations Act, in Delaware oder in Neuseeland: kein gesetzliches Mindestkapital, aber spezifische Schutzvorschriften zur Verhinderung überhöhter Vermögensrückzahlungen an die Anteilseigner; s. *J. Rickford* (Hrsg.), British Institute of International and Comparative Law, Company Law Centre: Provisional Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance (fortan: Provisional Report), Januar 2004, S. 68 u. 85 ff.; abrufbar unter http://www.biicl.org/index.asp?contentid=204; ebenso bezüglich der französischen S.A.R.L. nunmehr die Regelungen im Code de Commerce, s. *Becker* (Fn. 20), 1120 f.

24 Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 (sog. Kapitalrichtlinie), ABl. 1977, L 26/1; danach muss das Mindestkapital in den Mitgliedstaaten mind. 25 000 € betragen.

(§ 36a I AktG). Sacheinlagen sind vollständig zu leisten (§ 36a II 1 AktG). Auch bei der Gründung einer GmbH müssen die Sacheinlagen vor der Anmeldung der Gesellschaft beim Handelsregister an die Gesellschaft bewirkt werden, und zwar so, dass sie endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen (§ 7 III GmbHG).

b) Sacheinlagen

Aus der Möglichkeit der Gesellschafter, ihre Einlage als Sacheinlage zu erbringen, resultieren vielerlei Schwierigkeiten. Es muss geklärt werden, was einlagefähig ist und was nicht. Aus dem Gesetz selbst (§ 27 II AktG) ergibt sich nur, dass Dienstleistungen nicht einlagefähig sind[25], und dass Einlagefähigkeit die Feststellbarkeit eines wirtschaftlichen Wertes voraussetzt. Genaue Kriterien[26] der Einlagefähigkeit mussten Rechtsprechung und Lehre entwickeln.

Ferner muss die zutreffende Bewertung der Sacheinlagen gesichert sein, andernfalls könnte der Gläubigerschutzzweck des aufzubringenden Kapitals leicht durch eine Überbewertung der Einlagen umgangen werden. Hieraus erklären sich für die GmbH die §§ 5 IV, 8 I Nr. 4 und II, 9c I GmbHG, welche die registergerichtliche Prüfung der Einlagenbewertung anhand eines Sachgründungsberichts regeln, sowie parallel dazu im Aktienrecht §§ 32 II, 33 II Nr. 4, 34 I AktG bezüglich der Gründungsprüfung durch die Verwaltungsmitglieder bzw. durch besondere Prüfer und § 38 II AktG, nach dem das Registergericht die Eintragung bei Überbewertung der Sacheinlagen ablehnen kann. Auch die Differenzhaftung eines Gesellschafters nach § 9 I GmbHG für den Fall, dass der Wert der Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister hinter dem Wert der übernommenen Stammeinlage zurückbleibt, dient der realen Aufbringung des Garantiekapitals.

Schließlich sind die Regeln über die Erbringung von Sacheinlagen gegen Umgehungen abzusichern. Damit ist das Problem der sog. verdeckten (oder verschleierten) Sacheinlage angesprochen. Eine solche liegt vor, wenn eine Bareinlagevereinbarung zwischen dem Gesellschafter dergestalt mit einem Verkehrsgeschäft gekoppelt ist, dass der Gesamtvorgang Sacheinlagecharakter erhält.[27] Die verdeckte Sacheinlage gab Anlass zu umfangreichen Auseinandersetzungen in Lit.[28] und Rspr. Rechtsfolge einer verdeckten Sacheinlage ist, dass der Gesellschafter die Einlage nochmals in bar erbringen muss und ihm ein Bereicherungsanspruch gegen die Gesellschaft auf Rückgewähr der Sachleistung bzw. deren Wert zusteht. Unbillige Ergebnisse im Fall der Voll- oder Überwertigkeit der verdeckten Sacheinlage[29] sucht die Praxis dadurch zu vermeiden,

25 Nach ganz h. M. gilt dies nicht nur für die AG, sondern für alle Verbände; s. *K. Schmidt* (Fn. 4), S. 572 ff.

26 Vgl. dazu ebd.

27 *K. Schmidt* (Fn. 4), S. 1122, mit folgendem Bsp.: Lieferung von Waren durch den Gesellschafter an die Gesellschaft und sodann – wie zuvor abgesprochen – Bezahlung des Kaufpreises aus der Bareinlage des Gesellschafters.

28 Vgl. nur die Hinweise bei *K. Schmidt* (Fn. 4), S. 886, 1122.

29 Vgl. das Bsp. bei *K. Schmidt* (Fn. 4), S. 1124: Verkehrswert des vom Gesellschafter an die Gesellschaft übereigneten Grundstücks übersteigt den Wert der Einlage um 100 000 €.

dass sie eine Heilung der verdeckten Sacheinlage mittels nachträglicher Umwandlung in eine Sacheinlage durch satzungsändernden Beschluss zulässt.[30]

c) Das Verbot der Unterpari-Emission

Als dem Gläubigerschutz durch Sicherung der Kapitalaufbringung zu dienen bestimmte Norm soll auch § 9 I AktG nicht unerwähnt bleiben. Danach ist eine Aktienemission unter pari (Ausgabe der Aktien zu einem Preis unter dem Nennwert, sog. Disagio) verboten.

3. Kapitalerhaltungsvorschriften

Kern der Kapitalerhaltungsregeln ist im GmbH-Recht das Verbot, das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen an die Gesellschafter auszuzahlen (§ 30 I GmbHG). In ähnlicher Weise untersagt § 57 AktG die Rückgewähr von Einlagen (Abs. 1)[31], die Zusage und Zahlung von Zinsen (Abs. 2), sowie – vor Auflösung der AG – jegliche Ausschüttung an die Aktionäre außer derjenigen des Bilanzgewinns (Abs. 3)[32]. Allerdings ist das Aktienrecht insofern strenger, als es für das Ausschüttungsverbot anders als bei § 30 GmbHG nicht darauf ankommt, ob das zur Erhaltung des Grundkapitals erforderliche Grundkapital angegriffen wird[33], d. h. durch die Zuwendung eine Unterbilanz (Stammkapital nicht mehr durch das Reinvermögen der Gesellschaft gedeckt) entsteht.

Durch § 57 AktG und § 30 I GmbHG verboten sind nicht nur offene, sondern auch sog. verdeckte Gewinnausschüttungen.[34] Dabei handelt es sich um eine Zuwendung an einen Gesellschafter oder einen ihm nahestehenden Dritten aufgrund eines Rechtsgeschäfts, das der Vorstand unter sonst gleichen Umständen mit einem gesellschaftsfremden Dritten nicht abgeschlossen hätte.[35] Hierzu gehören beispielsweise Kredite zu für den Gesellschafter besonders günstigen Konditionen oder überhöhte Kaufpreiszahlungen.[36] Die Feststellung, ob im Einzelfall eine solche Zuwendung vorgenommen worden ist und zudem Dritten nicht gewährt worden wäre, bereitet vielfach Schwierigkeiten.[37] Streitig ist im Übrigen, ob ein subjektives Element in dem Sinne vorliegen muss, dass die AG ihre Leistung bewusst nur wegen der Stellung des Empfängers als Gesellschafter (causa societatis) erbringt.[38]

---

30 *BGHZ* 132, 141.

31 Ergänzt durch § 66 II AktG.

32 Sog. Prinzip der Bindung allen Vermögens, das nicht Bilanzgewinn ist, *Hüffer*, AktG, § 62 Rn. 1.

33 S. *K. Schmidt* (Fn. 4), S. 890.

34 Für § 30 I GmbHG gilt dies allerdings nur unter besagter Voraussetzung, dass das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen angegriffen wird; vgl. für die verdeckte Gewinnausschüttung durch eine GmbH *BGHZ* 13, 49, durch eine AG *BGH* NJW 1992, 2821.

35 *K. Schmidt* (Fn. 4), S. 890.

36 *Grunewald* (Fn. 1), S. 284.

37 Ebd.; *Hüffer*, AktG, § 57 Rn. 9.

38 Meinungsstand s. *Hüffer*, AktG, § 57 Rn. 10.

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 57 AktG ist die Pflicht der betroffenen Aktionäre, die unzulässigerweise von der Gesellschaft empfangenen Leistungen zurückzugewähren (§ 62 I AktG). Parallelvorschrift dazu im GmbH-Recht ist § 31 I GmbHG, wonach Zahlungen, welche entgegen § 30 GmbHG geleistet sind, der Gesellschaft erstattet werden müssen. Hinzu tritt eine subsidiäre Haftung der Mitgesellschafter nach § 31 III 1 GmbHG.

Der Erhaltung des Garantiekapitals dient auch das grundsätzliche Verbot des Erwerbs eigener Aktien (§ 71 ff. AktG) bzw. eigener Geschäftsanteile (§ 33 I GmbHG) durch die Gesellschaft. Besonders deutlich wird dieser Regelungszweck an der Formulierung in § 33 II 1 GmbHG, wonach die GmbH eigene Geschäftsanteile nur erwerben darf, „sofern der Erwerb aus dem über dem Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen geschehen ... kann".

Spezifische Kapitalschutzvorschrift ist ferner § 43 a GmbHG, nach dem Kredite an Vertreter der Gesellschaft nur aus dem nicht zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen gewährt werden dürfen.

Schließlich[39] sollen diejenigen Vorschriften bezüglich der Verwendung erwirtschafteter Gewinne, die der Kapitalerhaltung dienen, nicht unerwähnt bleiben. Hierzu gehört § 58 IV AktG, der den Anspruch der Aktionäre auf den Bilanzgewinn beschränkt. Zu nennen ist zudem § 150 AktG, der die Pflicht begründet, eine gesetzliche Rücklage zu bilden (Abs. 1), die nur unter strengen Voraussetzungen – und insbesondere nicht für die Ausschüttung von Gewinnen – aufgelöst werden darf (Abs. 3 und 4). Das so gebundene Vermögen ist dem zur Deckung des Grundkapitals erforderlichen Vermögen als Pufferzone vorgelagert.[40]

Kapitalerhaltende Funktion kommt über die soeben angesprochenen Normen hinaus auch der von der Rechtsprechung entwickelten GmbH-Gesellschafterhaftung (sog. Durchgriffshaftung) zu, die insbesondere bei existenzvernichtenden Eingriffen in den Vermögensstand der Gesellschaft zum Tragen kommt.[41] Ebenfalls durch richterliche Rechtsfortbildung entstanden und dem Gläubigerschutz zu dienen bestimmt sind die Regeln zu sog. eigenkapitalersetzenden Aktionärskrediten.[42]

4. Fazit: hohe Regelungsdichte zur Sicherstellung eines gewissen Mindestschutzes

Ohne das deutsche Kapitalschutzmodell bereits eingehend zu würdigen, kann an dieser Stelle zumindest festgehalten werden, dass die geltenden Kapitalaufbringungs-

39 Zu den kapitalschützenden Regeln des Bilanzrechts, insb. den Bewertungsvorschriften, s. u. III 2 b) und V 2.

40 *Hüffer*, AktG, § 150 Rn. 1. Eine dem § 150 AktG vergleichbare Norm kennt das GmbHG nicht. Die in § 29 I 1 GmbHG angesprochenen „nach Gesetz ... von der Verteilung unter die Gesellschafter ausgeschlossenen" Rücklagen sind bilanzrechtlicher, nicht gesellschaftsrechtlicher Natur; s. *Salje*, in: Michalski, GmbHG, § 29 Rn. 31 ff.

41 Näher zur Durchgriffshaftung s. u. V 4.

42 *BGHZ* 90, 381 ff; vgl. die Vorschriften in §§ 32a, b GmbHG zu eigenkapitalersetzenden Darlehen.

und -erhaltungsregeln insgesamt komplex sind und den Aufwand für die Gründung einer AG oder GmbH beträchtlich erscheinen lassen. Sichergestellt ist durch die komplizierten Regelungswerke – und die hinzutretende umfangreiche Rechtsprechung und Lit.[43] – jedoch nur ein gewisser Mindestschutz: Das haftende Eigenkapital ist von den Gründungsgesellschaftern oberhalb der gesetzlichen Mindestsummen – von durch die Durchgriffshaftung sanktionierten Extremfällen abgesehen – frei bestimmbar und ist zudem nicht vor Verlusten geschützt.

Dieser Befund (hoher Regelungsaufwand bei nur eingeschränkter Wirksamkeit) ist denn auch Hauptansatzpunkt der Kritik am überkommenen Modell des Gläubigerschutzes durch Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften (dazu u. III 2, 3).

III. Stärken und Schwächen des deutschen Gläubigerschutzmodells

Um die Stärken und Schwächen des überkommenen Kapitalschutzsystems ausloten zu können (4.), ist zunächst zu untersuchen, auf welche Weise genau die geltenden Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsregeln die Gesellschaftsgläubiger schützen sollen (1.), ob das Ziel eines wirksamen Gläubigerschutzes erreicht wird (2.), und in welchem Verhältnis der Aufwand zum Nutzen des Kapitalschutzsystems steht (3.).

1. Funktionsweise des geltenden Kapitalschutzsystems

Wie eingangs erläutert[44], resultiert die gläubigerschützende Wirkung des geltenden Kapitalschutzsystems aus der Qualität des von den Gesellschaftern eingebrachten Kapitals als „Verlustpolster" oder „Risikopuffer", welches die Verluste der Gesellschaft aus dem Geschäftsbetrieb auffängt. Je größer das Eigenkapital der Gesellschaft ist, desto höhere Verluste kann das Unternehmen verkraften, bevor überschuldungsbedingt Insolvenz angemeldet werden muss.[45]

Gläubigerschützende Wirkung wird auch dem gesetzlich fixierten Mindestkapital zugeschrieben, da dadurch leichtfertige Gesellschaftsgründungen verhindert würden (sog. Seriositätsschwelle)[46] und ein erstes Bonitätssignal gesetzt werde[47].

Ferner wird betont, die geltenden Kapitalaufbringungsvorschriften dienten nicht nur

43 Vgl. nur die Auseinandersetzungen um die „verdeckte Sacheinlage", s. o. II 2 b).

44 S. o. I.

45 *Bauer* (Fn. 12), S. 115; *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 64; *Mülbert* (Fn. 3), S. 154. *Mülbert/Birke* (Fn. 1), S. 718.

46 *Bachmann* (Fn. 3), S. 362; *Fleischer*, Gläubigerschutz in der kleinen Kapitalgesellschaft: Deutsche GmbH versus englische private limited company, DStR 2000, S. 1020; *Frank/Wachter*, Kapitalaufbringung bei der Bargründung einer GmbH in Europa, GmbHR 2002, S. 17, 21; *Mülbert/Birke* (Fn. 1), S. 721; Stellungnahme der Group of German Experts zum Konsultationsdokument der HLG, ZIP 2002, 1310, 1318; Stellungnahme der Group of German Experts zum Bericht der HLG, ZIP 2003, 863, 872; Bericht der HLG (Fn. 18), S. 88.

47 *Mülbert/Birke* (Fn. 1), S. 727 ff.; *Schön* (Fn. 11), S. 166.

den anderen beitragsverpflichteten Gesellschaftern als eine „Erfüllungskontrolle", sondern brächten auch den Gläubigern zumindest vorübergehend Sicherheit, wenngleich der Garantiekapitalziffer geraume Zeit nach Gründung oder Kapitalerhöhung nur noch historische Bedeutung zukomme.[48] Dieser Mindestschutz[49] komme insbesondere kleinen Gläubigern ohne hinreichende Marktmacht (Lieferanten, Handwerkern, Arbeitnehmern, Kleinkreditgebern etc.) und Deliktsgläubigern zugute, die an einer Durchsetzung ihrer Sicherungsinteressen in Vertragsverhandlungen gehindert sind.[50]

Des Weiteren wird der vom Rückgewähr- und Ausschüttungsverbot[51] ausgehende Schutz der Gläubiger hervorgehoben. Insbesondere im Vorfeld der Insolvenz sei diese Funktion des Kapitalerhaltungsrechts nicht gering zu schätzen[52], da sich die Gesellschafter und Geschäftsführer einer beschränkt haftenden Gesellschaft risikofreudiger verhalten als persönlich Haftende.[53]

Schließlich kommt dem gesetzlich geschützten Kapital eine die Gläubiger schützende Warnfunktion[54] zu, da der Vorstand bzw. die Geschäftsführer verpflichtet sind, die Gesellschafter bei Verlusten in Höhe der Hälfte des Garantiekapitals umgehend zu informieren und ihnen Sanierungsmaßnahmen vorzuschlagen (vgl. § 92 I AktG, § 49 III GmbHG).

2. Effektivität des geltenden Kapitalschutzsystems

Ob die beschriebenen Mechanismen tatsächlich die Gläubiger wirksam zu schützen vermögen, wird im Schrifttum zunehmend in Frage gestellt.[55]

a) Unvollständigkeit des Gläubigerschutzes

Dabei werden zwei Aspekte auch von den Befürworten des kapitalorientierten Gläubigerschutzes gesehen. Zum einen kann das Gesetz zwar Auszahlungen an die Gesellschafter, nicht aber Verluste aus dem Geschäftsbetrieb verbieten.[56] Daraus folgt, dass ein gesetzliches Mindestkapitalerfordernis das Vorhandensein entsprechender Vermögenswerte nur für den Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft garantieren

48 Stellungnahme der Group of German Experts zum Konsultationsdokument der HLG (Fn. 46), S. 1316.

49 *Bayer* (Fn. 14), S. 2364; *Lutter* (Fn. 3), S. 375 („besser als nichts").

50 *Lutter*, ebd.; *Schön* (Fn. 11), S. 167; *ders.*, Internationalisierung der Rechnungslegung und Gläubigerschutz, WPg-Sonderheft 2001, S. 74, S. 78; Stellungnahme der Group of German Experts zum Konsultationsdokument der HLG (Fn. 46), S. 1317.

51 S. o. II 3.

52 *Schön* (Fn. 11), S. 168.

53 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 18; *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 180; *Mülbert* (Fn. 3), S. 155.

54 *Hüffer*, AktG, § 92 Rn. 1; *Lutter* (Fn. 3), S. 376; *Mertens*, in: KölnKo zum AktienR, § 92 Rn. 3; *Roth*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 49 Rn. 11; Stellungnahme der Group of German Experts zum Konsultationsdokument der HLG (Fn. 46), S. 1317.

55 Provisional Report (Fn. 23), S. 12 f. m. w. N., 25.

56 *K. Schmidt* (Fn. 4), S. 776.

kann.[57] Zum zweiten besteht kein materieller Zusammenhang zwischen den Kapitalerfordernissen eines Unternehmens und der Höhe des gesetzlichen Mindestkapitals, so dass der geltende wie auch jeder andere gesetzlich vorgegebene Mindestkapitalbetrag in Bezug auf manche Gesellschaften in betriebswirtschaftlicher Hinsicht unangemessen ist bzw. wäre.[58]

b) „Effets pervers" (Kontraproduktivitätsargumente)

Über diese Feststellungen zur eingeschränkten Wirksamkeit des Mindestkapitalerfordernisses hinausgehend, werfen die Gegner des Kapitalschutzsystems dem gesetzlichen Mindestkapital sogar Kontraproduktivität vor: Die gesetzliche, nicht am individuellen Eigenkapitalbedarf des jeweiligen Unternehmens orientierte[59] und für den Betrieb vieler Gesellschaften zu geringe Mindestkapitalsumme, stelle für die Gründer einen Anreiz dar, das Garantiekapital auf diese Summe zu begrenzen.[60] Demgegenüber könne ein System ohne gesetzliches Mindestkapital die Gesellschaftsgründer dazu veranlassen, die Kapitalausstattung am tatsächlichen Bedarf zu orientieren.[61]

Hinzu komme, dass das von den Gesellschaftern erbrachte Garantiekapital die Gläubiger im Fälligkeitszeitpunkt nicht vor dem Ausfall ihrer Forderungen bewahren könne:[62] Denn wenn die Gesellschaft die Forderungen der Gläubiger nicht mehr befriedigen kann, weil das Vermögen der Gesellschaft aufgrund fortlaufender Verluste geringer ist als die Gesamtverbindlichkeiten (Überschuldung, s. § 19 II InsO), sei das aufgebrachte Kapital unabhängig von seiner anfänglichen Höhe *per definitionem* vollständig verloren.[63] Indem jedoch die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften die Gläubiger in falscher Sicherheit wögen[64] und so dazu bewegten, eigentlich erforderliche vertragliche Sicherungsmaßnahmen zu unterlassen, wirke das geltende Kapitalschutzsystem auch insofern kontraproduktiv.

Ferner wird dem institutionellen Gläubigerschutz insofern Widersinnigkeit vorgeworfen, als die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften eine mittelbar auch die Gläubiger sichernde Versorgung der Gesellschaften mit Kapital erschwere. Argumentiert wird mit der unbestrittenen Feststellung, dass eine hohe Eigenkapitalquote die Wahrscheinlichkeit einer überschuldungsbedingten Insolvenz reduziert, weil die Widerstandsfähigkeit der Gesellschaft gegen verlustbringende Ereignisse mit höherem Eigenkapital wächst.[65] Je niedriger aber die Wahrscheinlichkeit für den Eintritt

57 *Schön* (Fn. 11), S. 165; Stellungnahme der Group of German Experts zum Konsultationsdokument der HLG (Fn. 46), S. 1316.

58 *Lutter* (Fn. 3), S. 375; *Schön*, ebd.; Stellungnahme der Group of German Experts zum Bericht der HLG (Fn. 46), S. 872.

59 *Roth/Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, Einleitung, Rn. 24.

60 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 18 („Freikaufmentalität"); *Frank/Wachter* (Fn. 46), S. 18.

61 *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 172.

62 *Mülbert* (Fn. 3), S. 153 („keine deus ex machina").

63 *Mülbert/Birke* (Fn. 1), S. 718; *Mülbert* (Fn. 3), S. 154.

64 *Bachmann* (Fn. 3), S. 366; *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 127; *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 64.

65 *Mülbert/Birke* (Fn. 1), S. 719; *Mülbert* (Fn. 3), S. 154.

der Insolvenzreife ist, desto geringer sind auch die insolvenzbedingten Forderungsausfälle, so dass einer hohen Eigenkapitalquote gläubigerschützende Wirkung zukommt. Von diesem Befund ausgehend, betonen die Gegner des Kapitalschutzmodells, Regelungen, welche die rasche und kostengünstige Zufuhr von neuem Eigenkapital verhinderten, seien im Hinblick auf den Schutz der Gläubiger kontraproduktiv.[66]

Als in dieser Weise nachteilig wird beispielsweise das Verbot der Unterpari-Emission[67] genannt[68], welches es im Sanierungsfall erforderlich macht, zunächst eine nominelle Kapitalherabsetzung (s. §§ 229 ff. AktG) durchzuführen, bevor das Kapital sodann gegen neues Eigenkapital wieder erhöht werden kann (s. §§ 182 ff. AktG) (sog. Kapitalschnitt), eine Prozedur, die mit einem negativen Nimbus verbunden ist und dazu führen kann, dass kurzfristige Geschäftschancen verpasst werden.

Auch die Regelungen über die Prüfung von Sacheinlagen[69] werden als zeitraubend, teuer und mithin mittelbar gläubigerschädigend bezeichnet.[70] Ferner wird die Lehre von der verdeckten Sacheinlage[71] in diesem Zusammenhang angeführt. Zwar werde möglicherweise die Insolvenzmasse aufgrund der Durchsetzung von Ansprüchen gegen die Gesellschafter wegen verdeckter Sacheinlagen erhöht. Einzig wirtschaftlich effizienter Zweck der Kapitalschutzregeln im Hinblick auf den Gläubigerschutz sei aber die Verhinderung der Insolvenz, nicht die Anreicherung der Insolvenzmasse.[72]

Die Insolvenzprophylaxe werde indes durch die Lehre von der verdeckten Sacheinlage erschwert. Großgläubiger, in der Regel Banken, schreckten nämlich aufgrund dieser Lehre davor zurück, in einer kriselnden AG eine an sich naheliegende Sanierung durch Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital durchzusetzen. Grund hierfür sei, dass der für die Sanierung erforderliche Vorgang im Hinblick auf das Institut der verdeckten Sacheinlage erhebliche Nachteile für die Bank mit sich brächte: Die Sanierung würde vollzogen durch eine Kapitalherabsetzung zur Beseitigung der Unterbilanz mit anschließender Kapitalerhöhung gegen Geldeinlage, wobei die Bank eine Beteiligung in Höhe der Geldeinlage übernehmen und sodann die AG das frische Kapital zur Tilgung ihrer Verbindlichkeiten bei der Bank einsetzen würde.[73] Die Einlage der Bank aber würde von der Rechtsprechung als verdeckte Sacheinlage angesehen[74], so dass die Bareinlageschuld der Bank fortbestünde. In Anbetracht dieser Rechtsfolge[75] sei die Lehre von der verdeckten Sacheinlage sanierungsfeindlich[76], was

66 *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 64, 67 f.; *Kübler* (Fn. 12), S. 33, 40; *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 16.
67 S. o. II 2.
68 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 257; *Mülbert/Birke* (Fn. 1), S. 721; Provisional Report (Fn. 23), S. 14.
69 S. o. II 2.
70 *Meilicke* (Fn. 12), S. 808; *Mülbert* (Fn. 3), S. 159; *Mülbert/Birke* (Fn. 1), S. 722; Provisional Report (Fn. 23), S. 14 ff.
71 S. o. II 2.
72 *Mülbert* (Fn. 3), S. 154.
73 S. *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 51.
74 *BGHZ* 15, 52, 60 f.; s. auch *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 25 m. w. N.
75 S. o. II 2.
76 *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 51 f.; *Meilicke*, Die Kapitalaufbringungsvorschriften als Sanierungsbremse, DB 1989, S. 1067, 1119.

wiederum angesichts des Interesses der Gläubiger an einer solventen Gesellschaft in Bezug auf den Gläubigerschutz kontraproduktiv sei.[77]

Letztlich wird die Berechtigung der geltenden Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften insgesamt mit dem Argument angezweifelt, diese verteuerten die Kapitalaufnahme und fielen auf diese Weise langfristig auch den Gläubigern zur Last.[78]

Schließlich ist hier die Kritik an den vorgeblich gläubigerschützenden bilanzrechtlichen Bewertungsvorschriften zu erwähnen. Die in § 252 I Nr. 4 HGB verankerte Pflicht zu vorsichtiger Bewertung fördere die Überbewertung von Risiken und die Unterbewertung von Chancen, um den ausschüttbaren Gewinn zu verringern und so die Vermögenssubstanz der Gesellschaft durch Bildung sog. stiller Reserven zu erhöhen. Ein effektiver Gläubigerschutz werde dadurch jedoch nicht erreicht. Vielmehr könne in der Unternehmenskrise die wirkliche Lage mittels Auflösung der stillen Reserven gerade zuungunsten der Gläubiger verschleiert werden.[79]

3. Effizienz des geltenden Kapitalschutzsystems

Neben der Wirksamkeit wird auch die Effizienz des geltenden gesetzlichen Kapitalschutzes im Schrifttum in Frage gestellt. Der mit den komplizierten Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften betriebene Aufwand und die damit einhergehenden Kosten überwögen den Nutzen, so dass sich ein Umstieg auf oder zumindest der Einstieg in das angloamerikanische Modell des Gläubigerschutzes durch Information und Publizität empfehle.[80]

Zunächst wird betont, dass der Nutzen des Kapitalschutzsystems nicht nur aufgrund dessen zweifelhafter Wirksamkeit im Hinblick auf den Gläubigerschutz, sondern auch insofern gering sei, als die Gläubiger einer Kapitalgesellschaft zum Großteil gar nicht schutzbedürftig seien.

In der Tat wird auch von den Verfechtern des geltenden Systems erkannt[81], dass zumindest wirtschaftlich potente und deshalb mit einer starken Verhandlungsposition ausgestattete Großgläubiger (Banken, Leasingunternehmen, Investmentfonds etc.) sich mittels umfangreicher Vertragswerke (sog. loan covenants) selbst vor einem Ausfall ihrer Forderungen schützen können. In diesem Zusammenhang betonen die Gegner des Kapitalschutzmodells die Vielfalt an Sicherungsmöglichkeiten (z. B. die Hypothek, die Bürgschaft, der Eigentumsvorbehalt etc.[82]), die den Gläubigern zur

---

77 *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 68; *Meilicke* (Fn. 12), S. 808.

78 *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 64, 67 f.; *Kübler* (Fn. 12), S. 33, 40; *Meilicke* (Fn. 12), S. 808; *ders.*, Der GmbHR-Kommentar (zu EuGH, Rs. C-167/01, 30. 09. 2003, „Inspire Art"), GmbHR 2003, S. 1271, 1273; Provisional Report (Fn. 23), S. 43.

79 *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 163 f.; *Kübler* (Fn. 10), S. 560.

80 S. u. a. *Bauer* (Fn. 12), S. 335 f.; *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 136 f., 319 ff.; *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 179; *Kübler* (Fn. 12), S. 59 ff.; *ders.* (Fn. 10), S. 550 ff.; *Meilicke* (Fn. 12), S. 807 f.; *Mülbert/Birke* (Fn. 1), S. 722, 727, 731 f.; *Mülbert* (Fn. 3), S. 161.

81 Vgl. *Lutter* (Fn. 3), S. 376; Stellungnahme der Group of German Experts zum Konsultationsdokument der HLG (Fn. 46), S. 1317.

82 Detaillierte Untersuchung bei *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 93 ff.

Verfügung stehen.[83] Auch kleine Gläubiger wie Handwerker seien durch gesetzliche Sicherungsrechte geschützt[84] und zudem nicht daran gehindert, mit ihren Schuldnern Vorauszahlung zu vereinbaren[85], das Verlustrisiko durch sog. Diversifikation (z. B. Herstellung verschiedenartiger Produkte, Belieferung unterschiedlicher Schuldner) zu mindern[86], Risikoprämien in ihren Werklohn einzurechnen[87] oder auch „Notzuschläge" für besondere Eilfälle zu verlangen. Insofern sei auch der Fall eines Klempners, der ohne vorherige Verhandlungsmöglichkeit schnellstmöglich ein geborstenes Wasserrohr abdichten muss, eine Scheinproblematik[88]. Darüber hinaus könnten sich Gläubiger ohne individuelle Marktmacht an private Rating-Agenturen wenden, um sich über die Kreditwürdigkeit potenzieller Vertragspartner zu informieren.[89] Was Deliktsgläubiger[90] angehe, so könnten Zwangsversicherungen oder Fonds wirksameren Schutz bieten als das kapitalorientierte System.[91] Überdies hätten Deliktsgläubiger ganz allgemein, d. h. auch gegenüber natürlichen Personen, keinen Schutz gegen die Vermögenslosigkeit ihres Schuldners. Insofern seien verbleibende Problemfälle dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen und hinzunehmen.[92] Wenn aber die Schutzbedürftigkeit vieler Gläubiger mithin nicht zu hoch zu veranschlagen sei, könne der im Schutz dieser Gläubiger liegende Nutzen den für den Kapitalschutz betriebenen Regelungsaufwand kaum rechtfertigen.

Ferner führen die Gegner des gesetzlichen Kapitalschutzes gesamtwirtschaftliche Nachteile an, welche die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften mit sich brächten.[93] Die Kapitalschutzregeln erschwerten die Gründung von Gesellschaften und behinderten eine flexible Finanzierung[94], wodurch die Kapitalsammelfunktion des Kapitalgesellschaftsrechts beeinträchtigt werde. Dies jedoch sei für die deutsche Wirtschaft gravierend, da gerade sie aufgrund der hierzulande hohen Produktionskosten vor allem auf risikobehaftetes Innovativkapital angewiesen sei.[95] Volkswirtschaftlich betrachtet sei es sinnlos, wenn wegen der Schwerfälligkeit der Kapitalbeschaffung Investitionen nicht getätigt würden.[96]

Gesamtwirtschaftlich argumentieren indes auch die Anhänger des kapitalorientierten Gläubigerschutzes. Sie betonen, durch die Kapitalschutzregeln werde der Hand-

83 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 111 ff.; *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 90 ff., 137, 166.
84 *Kübler* (Fn. 12), S. 32; *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 140 ff. unter Hinweis auf die §§ 647 ff. BGB.
85 *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 138, 145.
86 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 111, 113; *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 97.
87 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 110 ff.; *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 137 ff., 166.
88 *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 145; ähnlich *Kübler* (Fn. 12), S. 32.
89 *Mülbert/Birke* (Fn. 1), S. 714.
90 Näher dazu s. u. V 4.
91 *Eidenmüller/Rehm* (Fn. 17), S. 181; *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 118 f.; *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 87 ff.; *Schön* (Fn. 11), S. 165.
92 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 148; *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 89.
93 Zu den Rückwirkungen gesamtwirtschaftlicher Nachteile des Kapitalschutzes auf den Gläubigerschutz („Kontraproduktivitätsargument") s. o. III 2 b).
94 *Bachmann* (Fn. 3), S. 362.
95 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 15.
96 *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 170; *Kübler* (Fn. 12), S. 55.

lungsspielraum der Unternehmensgründer nicht verengt, sondern im Gegenteil erweitert, da diese Regeln als eine kollektive Haftungszusage wirkten und so Transaktionskosten aufgrund individueller Vertragsverhandlungen entfallen ließen.[97]

4. Fazit und Stellungnahme

Zusammenfassend sollen im Folgenden die Stärken und Schwächen des Kapitalschutzsystems genannt werden.

a) Stärken des geltenden Kapitalschutzsystems

Zu den Stärken des Systems gehört die Seriositätsschwellenfunktion des gesetzlichen Mindestkapitalerfordernisses, durch welche die Sicherheit des Rechtsverkehrs erhöht wird, indem Unternehmen ohne jegliches Erfolgspotenzial vom Markt ausgeschlossen werden. Dass dadurch der Marktzugang für Neugründungen insgesamt bedeutsam erschwert würde, ist nicht ersichtlich.[98] Falls dadurch doch einzelne Unternehmen mit sehr geringem Eigenkapitalbedarf trotz hoher Erfolgschancen verdrängt werden[99], erscheint dies hinnehmbar. Ob die Ernstlichkeitstest-Funktion das Kapitalschutzsystem im Ganzen rechtfertigen kann, ist jedoch eine andere Frage.

Ein klarer Vorteil des Konzepts liegt ferner darin, dass die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften zugunsten der Gläubiger und zugunsten anderer Gesellschafter die Rückgewähr von Einlagen an einzelne Anteilseigner und die Ausschüttung von Vermögenswerten in Krisensituationen verhindern. Auch dies bedeutet jedoch nicht, dass deshalb zwingend am traditionellen Modell festzuhalten ist.

Im Übrigen ist die genannte Warnfunktion des Garantiekapitals[100] insbesondere bei Aktiengesellschaften als Stärke des Kapitalschutzsystems anzuerkennen, da der Einberufung einer Hauptversammlung ein auch von Gegnern des geltenden Modells hervorgehobener Signaleffekt zukommt.[101] Wiederum ist allerdings nicht auszuschließen, dass diese Funktion auch von anderen Mechanismen erfüllt werden kann.

b) Schwächen des geltenden Kapitalschutzsystems

Trotz seiner Seriositätsschwellenfunktion ist das Mindestkapital als Schwachpunkt des kapitalorientierten Gläubigerschutzes anzusehen. Freilich erscheint die zum Teil behauptete Wirkung des gesetzlichen Mindestkapitalerfordernisses als ein Anreiz zur Unterkapitalisierung[102] ungewiss. Immerhin betonen auch die Gegner des geltenden Systems – gerade um das Mindestkapital zu kritisieren –, jeder vernünftige

97 *Schön* (Fn. 11), S. 166 f.

98 Stellungnahme der Group of German Experts zum Konsultationsdokument der HLG (Fn. 46), S. 1318; Stellungnahme der Group of German Experts zum Bericht der HLG (Fn. 46), S. 872; Bericht der HLG (Fn. 18), S. 88.

99 S. das Bsp. eines Softwareherstellers ohne Raum- und Materialkosten bei *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 250.

100 S. o. III 1.

101 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 238.

102 S. o. III 2 b).

Gründer werde die Gesellschaft von sich aus mit einem gewissen Betriebskapital ausstatten.[103] Jedoch verdeutlicht die geringe Aussagekraft des Mindestkapitals (kein materieller Zusammenhang zum Finanzbedarf der jeweiligen Gesellschaft, Garantie entsprechender Vermögenswerte nur für den kurzen Zeitraum der Gründung) die Mangelhaftigkeit eines entsprechenden Erfordernisses.

Eine noch bedeutsamere Schwäche des Kapitalschutzsystems liegt darin, dass es entgegen dem Anschein, den ein mittels umfangreicher Regeln abgesichertes Kapital erwecken kann, nur einen eingeschränkten Schutz bietet.[104] Als Risikopuffer kann es zwar einzeln auftretende Verluste auffangen. Bei einer Serie von Verlusten kann das Garantiekapital aber lediglich die überschuldungsbedingte Insolvenz hinausschieben und den Gesellschaftern zusätzliche Zeit geben, die Gesellschaft zu sanieren oder zu liquidieren. Die rechtzeitige Umstellung der Unternehmenspolitik oder Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist nicht gewährleistet.

Die oben angeführten Systembrüche[105] sprechen gegen das geltende System. Jedoch ist davon auszugehen, dass Friktionen solcherart auch bei nicht kapital-, sondern informationsorientierten Gläubigerschutzregeln auftreten können.

Als Nachteil des kapitalorientierten Gläubigerschutzes erscheint auch das Verhältnis zwischen Aufwand und Nutzen dieses Modells. Im Rahmen dieser Arbeit ist zwar keine umfassende Kosten-Nutzen-Analyse zu leisten. Insbesondere soll hier offen bleiben, ob die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften in ihrer Rolle als kollektive Haftzusage wirklich so stark Transaktionskosten senken[106], dass die von diesen Regeln ausgehenden volkswirtschaftlichen Belastungen aufgewogen werden. Auch muss an dieser Stelle die rechtsethische Frage nicht entschieden werden, ob man mit den Gegnern des derzeitigen Systems Forderungsausfälle von Klein- und Deliktgläubigern als hinnehmbar ansieht oder nicht. Da aber anerkannt ist, dass sich zumindest Großgläubiger selbst gegen Forderungsausfälle absichern können[107], kann jedenfalls eines festgehalten werden: Wenn die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften letztlich vornehmlich Klein- und Deliktgläubigern zugute kommen und auch diesen im wirklich entscheidenden Fall der Unternehmenskrise nur eingeschränkten Schutz bieten, dann erscheint das Verhältnis zwischen dem Nutzen des Kapitalschutzsystems gegenüber dem dargestellten Regelungsaufwand immerhin verbesserungswürdig.

Deshalb sollen verschiedene Vorschläge zur Verbesserung des derzeitigen Modells vorgestellt werden (IV). Anschließend wird auf Alternativen zu diesem Modell einzugehen sein (V). Freilich ist die Grenze zwischen systemimmanenten Reformen und einem Kurswechsel im Sinne einer konsequenten Abkehr vom geltenden Konzept fließend. Zur besseren Übersicht soll diese Unterscheidung gleichwohl durchgeführt werden.

---

103 *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 172.
104 S. o. III 2 b).
105 Ebd.
106 S. o. III 3.
107 Ebd.

Im Übrigen sei angemerkt, dass die hier zu diskutierenden Verbesserungsvorschläge – zumindest soweit sie das Aktienrecht erfassen – Änderungen der Zweiten (Kapital-)Richtlinie erfordern und daher nicht vom deutschen Gesetzgeber alleine umgesetzt werden könnten.

IV. Ansätze zur systemimmanenten Verbesserung

1. Erhöhung des vorgeschriebenen Mindestkapitals

Wie erwähnt, wird das gesetzliche Mindestkapital im Schrifttum als eine Hürde zum Schutz des Rechtsverkehrs vor unseriösen Gründungen angesehen. Um einen effektiven Schutz der Gesellschaftsgläubiger vor einem Ausfall ihrer Forderungen zu gewährleisten, ist das Mindestkapital in seiner geltenden Höhe freilich in den meisten Fällen nicht ausreichend.[108] Insofern läge es nahe, eine höhere Mindestkapitalsumme festzulegen.[109] Mit dem Bestreben, auch mittelständischen Unternehmen die Rechtsform der AG offen zu halten, wäre das allerdings schlecht vereinbar.[110] Auch könnte dies dazu führen, dass sich einzelne Gesellschafter vor allem kleinerer und mittlerer GmbHs schon bei der Beschaffung des Mindeststammkapitals verschulden[111] oder aber solche Gesellschaften komplett vom Markt verdrängt werden.[112] Schon heute verlangen Banken bei kleinen und mittleren Unternehmen zur Absicherung von Krediten in der Regel eine persönliche Bürgschaft[113], so dass eine Erhöhung des Mindestkapitals weiter abschreckenden Effekt und damit konjunkturhemmende Wirkung hätte. Hinzu kommt, dass dieser Ansatz die sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergebende Problematik (Anwendung der deutschen Kapitalschutzvorschriften auf ausländische Gesellschaften als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit[114]) nicht lösen, sondern im Gegenteil verschärfen würde. Mithin ist eine Anhebung der Mindestkapitalsumme abzulehnen.[115]

Zu erwägen ist es jedoch, im GmbH-Recht zur besseren Kapitalsicherung (zumindest übergangsweise vor einer größeren Reform) bereits bei der Gründung der Gesellschaft im Gegensatz zur gegenwärtigen Rechtslage (Mindestgesamteinlage: 12 500 €[116]) stets die vollständige Einzahlung des Stammkapitals zu verlangen. Dies wäre jedem Gründer zumutbar, würde die Funktion des Mindestkapitals als Ernst-

108 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 16; *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 66 m. w. N.; *Frank/Wachter* (Fn. 46), S. 21 mit Hinweis auf die hohe Insolvenzanfälligkeit von GmbHs; *Roth/Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, Einleitung, Rn. 25.

109 *Zeidler*, in: Michalski, GmbHG, § 5 Rn. 10 (bezüglich des Stammkapitals der GmbH).

110 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 237; *Hüffer*, AktG, § 7 Rn. 4.

111 *Koegel*, Formalien der GmbH-Gründung – ein Musterbeispiel für zuviel Staat, GmbHR 2003, S. 1225, 1227.

112 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 16.

113 *Hirsch/Britain* (Fn. 17), S. 1103.

114 S. o. I.

115 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 16; *Frank/Wachter* (Fn. 46), S. 21; *Koegel* (Fn. 111), S. 1227; *Roth/Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, Einleitung, Rn. 27.

116 S. o. II 2.

lichkeitsgarantie verstärken[117] und zudem zahlreiche Rechtsstreitigkeiten über die Frage, ob und durch wen zu einem späteren Zeitpunkt befreiende Zahlungen auf das Stammkapital geleistet worden sind, erledigen.[118]

2. Senkung des vorgeschriebenen Mindestkapitals

Eine geringfügige Verringerung des Mindestkapitalbetrags ist bereits durch die Umstellung der einschlägigen Vorschriften (§ 7 AktG, § 5 I GmbHG) auf den Euro erfolgt, ohne dass dem Bedeutung zugemessen wurde.[119] Eine weitere Senkung würde die Bedeutung des Mindestkapitals als Verlustpolster wie auch den Aussagewert als Seriositätsindiz beeinträchtigen.[120] Dennoch wurde dieser Weg für die GmbH als erwägenswert angesehen[121], wäre allerdings ohne nachhaltige Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage politisch nicht durchsetzbar[122] und soll deshalb nicht weiter erörtert werden.

3. Erstreckung der Zweiten (Kapital-)Richtlinie auch auf die GmbH

Gleiches gilt für die noch vor wenigen Jahren ernsthaft diskutierte[123] Ausdehnung der bislang auf Aktiengesellschaften beschränkten[124] Kapitalschutzregeln der Zweiten Richtlinie auf die privaten Kapitalgesellschaften (GmbH): Angesichts der kritischen Einstellung von EuGH und EU-Kommission gegenüber dem traditionellen Kapitalschutz ist dieser Ansatz heute illusorisch geworden.[125] Im Übrigen würde dadurch allenfalls den sich aus der EuGH-Rechtsprechung ergebenden Problemen aus dem Weg gegangen. In der entscheidenden Sachfrage, ob und inwieweit das geltende Konzept „Gläubigerschutz durch Kapitalschutz" sich aus sich selbst heraus rechtfertigen kann und deshalb beizubehalten ist, würde dadurch kein Fortschritt erzielt.

4. Erweiterung der Zweiten (Kapital-)Richtlinie für wirksameren Umgehungsschutz

Mangels politischer Durchsetzbarkeit nicht weiter zu untersuchen ist auch der Vorschlag[126], das Institut der verdeckten Sacheinlage und die Regeln zum kapitalersetzenden Darlehen in die Zweite Richtlinie aufzunehmen und auf diese Weise den Kapitalschutz europaweit zu verstärken.

---

117 *Frank/Wachter* (Fn. 46), S. 22.
118 *Koegel* (Fn. 111), S. 1227.
119 *Hüffer* AktG, 6. Aufl. 2004, § 7 Rn. 4.
120 Vgl. *Roth/Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, Einleitung, Rn. 25 f.
121 *Frank/Wachter* (Fn. 46), S. 22 („z. B. 15 000 €"); *Koegel* (Fn. 111), S. 1227. („rund 10 000 €").
122 *Koegel*, ebd.
123 S. *Fleischer* (Fn. 46), S. 1020; *Schön*, Gesellschafter-, Gläubiger-, und Anlegerschutz im Europäischen Bilanzrecht, ZGR 2000, 706, 726.
124 S. o. II 1.
125 *Schön* (Fn. 11), S. 164.
126 S. *Bayer* (Fn. 21), S. 8.

5. Einführung der echten nennwertlosen Aktie unter Beibehaltung des Kapitalschutzes

Anders verhält es sich mit dem Vorschlag, die sog. echte nennwertlose Aktie einzuführen. Die Empfehlung der High Level Group, zu prüfen, wie solche Aktien in der Zweiten Gesellschaftsrechtsrichtlinie untergebracht werden können[127], hat die Group of German Experts on Corporate Law ausdrücklich begrüßt.[128]

Wie oben erwähnt[129], sind sog. Stückaktien (§ 8 I Alt. 2, III AktG) Aktien ohne aufgedruckten Nennwert. Der Nennwert solcher Aktien (z. B. 20 €) kann freilich mittels Division des Grundkapitals (z. B. 1 Mio. €) durch die Anzahl der Aktien (z. B. 50 000) ausgerechnet werden. Deshalb wird die Stückaktie des deutschen Modells auch unechte nennwertlose Aktie genannt.

Demgegenüber fehlt bei der sog. echten nennwertlosen Aktie[130] nicht nur der Nennwert auf dem Papier selbst, sondern es gibt auch kein Nenn- (= Grund-)kapital (z. B. 1 Mio. €) mehr, auf das sich der Wert der Aktie bezieht. In Gesellschaftssatzung und Handelsregister ist nur noch angegeben, wie viele Aktien die AG ausgegeben hat (z. B. 50 000). Der „Wert" der Aktie (z. B. 20 €) ergibt sich dann durch Teilung (nicht des Grundkapitals, sondern) der Eigenkapitalsumme gemäß Bilanz (z. B. 1 Mio. €) durch die Anzahl der Papiere (z. B. 50 000).[131] Dieser „Wert" entspricht wie schon der (aufgedruckte bzw. per Rechenoperation ermittelbare) Nennwert der traditionellen Nennwertaktie bzw. der Stückaktie nicht (genauer: nicht zwingend) dem (an der Börse gehandelten) Marktwert der Aktie. Vielmehr drückt er aus, auf welchen Betrag (z. B. 20 €) sich der in der Aktie verkörperte quotale Anteil (z. B. 1/50 000 Aktien) an dem Gesellschaftsvermögen (z. B. 1 Mio. €) beläuft.[132]

Da die echte nennwertlose Aktie keine Verbindung zu einem Grundkapital hat, erfordert ihre Einführung tiefgreifende Änderungen des Aktienrechts. Sie bedeutet jedoch nicht zwingend einen Abgang vom Kapitalschutzprinzip. Namentlich *Böckli* hat – freilich für das Schweizer Aktienrecht, aber auf das deutsche Recht übertragbar – ein Konzept dafür entworfen, wie Nenn- (= Grund-) kapital und Nennwert abgeschafft, zugleich aber der Kapitalschutz beibehalten werden könnte. Danach ist der bisherige nennkapitalbezogene durch einen eigenkapitalbezogenen Kapitalschutz zu ersetzen. An die Stelle des Grundkapitals soll eine „Kapitalrücklage" treten und als im Posten „Eigenkapital" gesondert ausgewiesener Unterposten in der Bilanz erscheinen. Diese Kapitalrücklage, in die alle Einlagen sowie ein Teil des Gewinns fließen, soll die bisher dem Grundkapital zugewiesenen Kapitalschutzfunktionen erfüllen: Es gilt das Verbot der Rückgewähr der Kapitaleinlagen sowie das Verbot der

127 Bericht der HLG (Fn. 18), S. 14, 89.

128 Stellungnahme der Group of German Experts zum Bericht der HLG (Fn. 46), S. 872.

129 S. o. II 1.

130 Dazu *Böckli*, Nennwertlose Aktien und Kapitalschutz, in: Druey-FS, 2002, S. 331 ff.; *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 255; *Kübler* (Fn. 12), S. 9.

131 *Böckli*, ebd., S. 341.

132 *Böckli*, ebd.

Ausschüttung von Dividenden zu Lasten der Kapitalrücklage. Die „Alarmglocke"[133] bei Kapitalverlust soll auf die gesamte Kapitalrücklage bezogen sein, nicht – wie die Warnfunktion des § 92 I AktG – auf das Grundkapital; sobald ein Drittel der gesamten Kapitalrücklage durch Verluste verloren ist, hat der Vorstand zu handeln.

Der Vorteil der skizzierten Neuanknüpfung des Kapitalschutzes an die „Kapitalrücklage" statt an Nennwert und Grundkapital liegt darin, dass das sanierungsfeindliche Verbot der Unterpari-Emission[134] in einem Aktienrecht mit echten nennwertlosen Aktien nicht mehr besteht. Ferner verbessert *Böcklis* Konzept den Warnmechanismus bei Verlusten, da zur gesamten Kapitalrücklage, anders als zum Grundkapital – sieht man einmal von der Möglichkeit einer Kapitalerhöhung aus Gewinnen nach § 150 IV 1 Nr. 3 AktG ab –, nicht nur die Einlagen, sondern *automatisch* ein Teil der Gewinne zählt und die „Alarmglocke" insofern früher erklingt als nach § 92 I AktG. Schließlich werden durch *Böcklis* Konzept Illusionen vermieden: Der falschen Vorstellung, der Nennwert drücke einen Anspruch des Aktionärs auf Rückzahlung eines bestimmten Geldbetrags aus oder sei ein Indikator des Marktwertes[135], wird genauso der Boden entzogen wie derjenigen, das ausgewiesene Grundkapital bedeute, dass auch wirklich genauso viel Eigenkapital in der Gesellschaft vorhanden wäre.

Böckli spricht sich ausdrücklich gegen eine Abschaffung des Kapitalschutzes aus.[136] Zudem weist er darauf hin, dass das Gesetz auch unter dem Regime der echten nennwertlosen Aktien eine Mindestkapitalrücklage verlangen und so den Gedanken eines Mindestkapitals realisieren könnte.[137] Dies erklärt, warum seine Ideen von den Verfechtern des traditionellen Gläubigerschutzmodells angeführt werden.[138] Gegen eine Einführung der echten nennwertlosen Aktie unter voller Beibehaltung des Gläubigerschutzes wird jedoch eingewendet, der dafür erforderliche Regelungsaufwand sei gegenüber den zu erwartenden Vorteilen so groß, dass sich dieser Weg nicht lohne. Statt dessen wird die echte nennwertlose Aktie unter Abkehr vom Kapitalschutzkonzept gefordert.[139]

6. Garantiekapital als freiwillige kollektive Haftungszusage

Noch als systemimmanente Reform ohne Beeinträchtigung des Kapitalschutzsystems „im Kern" bezeichnet *Schön* seinen Vorschlag, das gesetzliche Mindestkapitalerfordernis unter Beibehaltung der sonstigen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften abzuschaffen.[140] *Schön* sieht die Regeln über das Mindestkapital als das

133 *Böckli*, ebd., S. 343, 348.
134 *Kübler* (Fn. 12), S. 12; s. schon o. III 2 b).
135 Dazu *Kübler* (Fn. 12), S. 11 f.
136 *Böckli* (Fn. 130), S. 345, 351.
137 *Böckli*, ebd., S. 350.
138 Stellungnahme der Group of German Experts zum Konsultationsdokument der HLG (Fn. 46), S. 1317; Stellungnahme der Group of German Experts zum Bericht der HLG (Fn. 46), S. 872.
139 *Kübler* (Fn. 12), S. 60 f.
140 *Schön* (Fn. 11), S. 170.

schwächste Glied in der Normenkette des kapitalorientierten Gläubigerschutzes und befürwortet deshalb ihre Aufgabe zumindest im GmbH-Recht.[141] Er betont jedoch, das traditionelle System schütze die Gläubiger wirkungsvoll insbesondere vor dem Abzug von Gesellschaftsmitteln durch die Gesellschafter und sei deshalb beizubehalten. Allerdings reiche es aus, das gesetzliche Modell der Kapitalaufbringung und -erhaltung als eine von mehreren Optionen zu Verfügung zu stellen.[142] Da nämlich das gezeichnete Kapital zugunsten der Unternehmensgründer die individuelle Vereinbarung von Einlagepflichten und Entnahmeschranken gegenüber jedem einzelnen Kreditgeber erübrige und zudem ein erstes Bonitätssignal an potenzielle Vertragspartner sende, werde es der Regelfall sein, dass die Gesellschafter von der Möglichkeit einer freiwilligen kollektiven Haftungszusage durch die Festsetzung eines bestimmten Garantiekapitals Gebrauch machten.[143] Das der Öffentlichkeit zugesagte Kapital komme Kleingläubigern und auch Deliktsgläubigern zugute, da sich eine Proportion zwischen dem Umfang des eingesetzten Kapitals und der Größe der mit dem Betrieb verbundenen Risiken vermuten lasse.[144] Insofern bedürfe es weder einer verstärkten Durchgriffshaftung von Gesellschaftern noch einer persönlichen Organhaftung für unerlaubte Handlungen. Setzten in Einzelfällen die Gesellschafter doch ein haftendes Kapital in Höhe von 0 € oder 1 € fest, sei der Schutz vor dem Abzug von Gesellschaftsmitteln zu erreichen, indem man für zulässige Ausschüttungen den Ausweis freier Gewinne oder Rücklagen voraussetzt.[145] Demgegenüber reiche ein „Solvency Test" nach angloamerikanischem Vorbild für den erforderlichen Schutz nicht aus.[146]

Schöns Vorschlag, das Garantiekapital unter Abschaffung einer gesetzlichen Mindesthöhe als freiwillige kollektive Haftungszusage auszugestalten, hat den Vorteil, dass auf diese Weise der Handlungsspielraum der Gesellschafter erhöht wird, das geltende Kapitalschutzsystem aber nicht gänzlich aufgegeben werden muss. Selbst wenn man *Schöns* Annahme teilt, der Markt setze ein Kapitalschutzsystem von alleine durch[147], begegnet sein Konzept jedoch in zweifacher Hinsicht Bedenken.

Zum einen erscheint die Vermutung der risikoangemessenen Kapitalausstattung zweifelhaft. Gerade im Umweltbereich sind die mit dem Geschäftsbetrieb verbundenen Risiken mitunter immens.[148] Auch sind derzeit ca. zwei Drittel aller GmbHs mit dem geringsten zulässigen Stammkapital ausgestattet[149], obgleich das Mindestkapital in seiner geltenden Höhe heute zumeist nicht ausreicht, um einen effektiven Schutz der Gesellschaftsgläubiger zu gewährleisten.[150]

---

141 *Schön* (Fn. 11), S. 165 f.

142 *Schön* (Fn. 11), S. 166.

143 *Schön*, zitiert nach *Winter*, Diskussionsbericht zu den Referaten Müllbert und Schön, Der Konzern 2004, S. 171; *Schön* (Fn. 11), S. 166.

144 *Schön* (Fn. 11), S. 167.

145 *Schön* (Fn. 11), S. 169.

146 *Schön* ebd.; zum „Solvency Test" s. u. V 3.

147 *Schön* (Fn. 50), S. 78.

148 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 138 mit Verweis auf Tankerunfälle und die Katastrophe von Tschernobyl.

149 *Roth/Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, Einleitung, Rn. 25.

150 S. schon o. IV 1.

Zum anderen ist fraglich, ob der freiwillige Charakter der kollektiven Haftungszusage nicht schon so große Löcher in den „Wall des traditionellen kontinentaleuropäischen Kapitalschutzes"[151] reißt, dass man sich gleich dem angloamerikanischen Informationsmodell mit all seinen Elementen (verstärkte Durchgriffshaftung, Solvency test etc.)[152] zuwenden könnte.

7. Fazit

Die unter IV. 1., 5. und 6. erörterten Vorschläge erlauben Verbesserungen des geltenden Modells, ohne dass der institutionelle Gläubigerschutz ganz aufgegeben werden müsste. Ob solche Korrekturen – trotz der aufgezeigten vom Kapitalschutz ausgehenden volkswirtschaftlichen Belastungen[153] – ökonomisch günstiger sind als der mit beachtlichen Neuregelungsaufwand verbundene Kurswechsel zugunsten des Informationsmodells, muss hier offen bleiben. Die alternativen, am Informationsmodell orientierten Lösungsansätze sollen im Folgenden skizziert werden.

V. Alternativen zum deutschen Gläubigerschutzmodell

Gemeinsam ist den Gegnern des traditionellen kapitalorientierten Gläubigerschutzes die Forderung, das gesetzliche Mindestkapitalerfordernis abzuschaffen.[154] Dies soll jedoch nicht (wie nach *Schön*) unter Beibehaltung des Kapitalschutzsystems „im Kern" geschehen. Vielmehr soll der Schutz der Gläubiger durch andere, weniger kapital- und mehr informationsorientierte Mechanismen gewährleistet werden. Die Verfechter eines solchen Kurswechsels betonen selbst, dass dadurch das Schutzniveau insgesamt sinken könnte.[155] Sie weisen jedoch auf die bestehenden Rechtsinstitute hin, die es den Gläubigern ermöglichten, sich selbst zu sichern.[156] Auch sei der Gläubigerschutz kein dem Gesellschaftsrecht zwingend immanenter Zweck, sondern habe erst nach dem zweiten Weltkrieg – aufgrund des Zusammenbruchs der Kapitalmärkte und der daraus folgenden Irrelevanz des Anlegerschutzes – seinen Aufschwung genommen.[157] Insofern sei es gewünscht, dass das Pendel vom Gläubigerschutz zurückschwenke zum Anlegerschutz.[158] Die Erhöhung der Eigenverantwortlichkeit ist daher eine Prämisse der Vorschläge zur Abkehr vom geltenden Gläubigerschutzmodell.

---

151 *Bayer* (Fn. 21), S. 8.
152 S. u. V.
153 S. o. III 3.
154 *Bauer* (Fn. 12), S. 335 f.; *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 235 ff.; *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 179; *Kübler* (Fn. 12), S. 62; *Meilicke* (Fn. 12), S. 808; *Mülbert* (Fn. 3), S. 159; *Mülbert/Birke* (Fn. 1), S. 732; *Walter*, Gesetzliches Garantiekapital und Kreditentscheidung der Banken, AG 1998, S. 370, 372.
155 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 246; *Kübler* (Fn. 12), S. 57; *Mülbert* (Fn. 3), S. 155 f.
156 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 111 ff., 320; *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 90 ff., 137, 166; s. o. III 3.
157 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 103, 246, 319 f.
158 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 246.

1. Eigenkapitalquote statt festem Garantiekapital

Escher-Weingart schlägt vor, das Mindestkapital abzuschaffen und statt dessen ein flexibles „Basiskapital" in Höhe einer Eigenkapitalquote (= Verhältnis des Eigenkapitals zur Bilanzsumme) von mindestens 5 % vorzuschreiben.[159] Ist dieses Basiskapital nicht erreicht, dürfe lediglich die Hälfte des Gewinnes ausgeschüttet werden. Hinzu trete eine „Wertsteigerungsrücklage", in welche die Erträge aus der Wertsteigerung von einmal angeschafftem Gesellschaftsvermögen (z. B. Grundstücke) einfließen. Dies sei sinnvoll, um die Bilanz im Interesse einer umfassenden Publizität so wirklichkeitsnah wie möglich zu halten. Die Erträge aus dieser Rücklage dürften innerhalb von vier Jahren zu jeweils 25 % ausgeschüttet werden. Alle anderen Eigenmittel der Gesellschaft stünden der Gesellschaft zur freien Verfügung.

Der Vorschlag *Escher-Weingarts* bedeutet eine deutliche Lockerung des Kapitalgesellschaftsrechts unter Beibehaltung einer gewissen Seriositätsschwelle zugunsten des Rechtsverkehrs. Ob mittelbar auch die Gläubiger von dieser Flexibilisierung und den davon zu erwartenden gesamtwirtschaftlichen Vorteilen profitieren, muss hier offen bleiben.

2. Verstärkung des Gläubigerschutzes durch Information

Die High Level Group betont die Bedeutung der Offenlegung von Informationen als ein wirkungsvolles ordnungspolitisches Instrument[160], welches zum einen für die Unternehmensleiter einen Anreiz schaffe, ihre Pflichten einzuhalten, und zum anderen Gesellschaftern und Dritten erlaube, notwendige Vorkehrungen zu treffen. Die angestrebte Verstärkung der Offenlegungspflichten[161] schützt auch die Gesellschaftsgläubiger, welche ihre Entscheidung zum Vertragsschluss an den offengelegten Informationen ausrichten können. Allerdings gilt dies nicht für Deliktsgläubiger.[162]

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch die Forderung, die bilanzrechtlichen Bewertungsvorschriften zu ändern. Danach soll das in § 252 I Nr. 4 HGB verankerte „Vorsichtsprinzip" zugunsten einer die präzise Information über den finanziellen Zustand des Unternehmens sichernden Regelung aufgegeben werden.[163]

3. Solvency test und solvency certification

In Anlehnung an entsprechende Regelungen im angloamerikanischen Ausland schlagen die Gegner des traditionellen kapitalorientierten Gläubigerschutzes vor, anstelle

---

159 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 248 ff.

160 Bericht der HLG (Fn. 18), S. 34 f., 45–50, 95 f.

161 Im einzelnen s. Bericht der HLG, ebd.; Aktionsplan der EU-Kommission vom 21. 05. 2003 (Fn. 19), sub 3.1.1., 3.1.3., 3.3., 3.7.

162 *Mülbert* (Fn. 3), S. 156; *Spindler/Berner* (Fn. 14), S. 954; *dies.* (Fn. 17), S. 14.

163 *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 166; *Kübler* (Fn. 10), S. 550 ff.; *ders.*, Fragen und Wünsche des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts an das Recht der Rechnungslegung, ZGR 2000, S. 551, 557. S. o. III 2 b).

des Garantiekapitals einen sog. solvency test vorzuschreiben, durch den Ausschüttungen zulasten der Gesellschaft und ihrer Gläubiger verhindert werden sollen.[164] Danach muss für jede Vermögenszuwendung an einen Gesellschafter geprüft werden, ob die Gesellschaft nach der vorgeschlagenen Ausschüttung weiterhin nicht überschuldet und weiterhin zahlungsfähig ist. Auf der Grundlage dieser Solvenzprüfung muss die Unternehmensleitung eine Solvenzbescheinigung (solvency certificate) ausstellen, in der sie die Zulässigkeit der in Rede stehenden Ausschüttung bestätigt. Irreführende Bescheinigungen sollen durch eine persönliche Haftung oder ein Verbot der Direktorentätigkeit sanktioniert werden.

Die vorgeschlagene sanktionsbewehrte Solvenzprüfung erweitert gegenüber der am Garantiekapital orientierten („abstrakten"[165]) Ausschüttungssperre den Handlungsspielraum der Unternehmen. Indem sie zahlungsfähigen Unternehmen Ausschüttungen gestattet, die nach dem System des Garantiekapitals verboten wären, ist sie besser an die Erfordernisse der jeweiligen Unternehmenssituation angepasst (deshalb: „situative Ausschüttungssperre"[166]). Ob sie aufgrund der drohenden Sanktionen besser geeignet ist, insolvenzverursachende Ausschüttungen zu vermeiden, muss hier dahinstehen.[167]

4. Gläubigerschutz durch spezielle Haftungstatbestände

Die Kritiker des Kapitalschutzkonzepts wollen den Schutz vor Manipulationen des Gesellschaftsvermögens durch eine verstärkte persönliche ex post-Haftung der Geschäftsführer und Gesellschafter gewährleisten (sog. piercing the corporate veil oder Haftungsdurchgriff), die an die Stelle des ex ante vorgeschriebenen Garantiekapitals treten soll.

Den Empfehlungen der High Level Group[168] folgend, wird die EU-Kommission mittelfristig einen Richtlinienvorschlag vorlegen, dem zufolge die Geschäftsleiter persönlich haften, wenn sie sich bei absehbarer Insolvenz der Gesellschaft weder zu deren Rettung noch zur Insolvenzanmeldung entschließen.[169] Diese Insolvenzverschleppungshaftung soll sich insbesondere an der wrongful trading-rule des britischen Rechts orientieren. Besonderes Augenmerk wird darauf zu richten sein, ob eine Erhebung dieser Rechtsfigur in den Rang einer europäischen Richtlinie den damit verfolgten Zweck erfüllen kann, die Haftung zeitlich vorzuverlagern und dadurch die Chancen einer Sanierung zu erhöhen.[170]

---

164 Bericht der HLG (Fn. 18), S. 94 ff.; *Mülbert* (Fn. 3), S. 159 ff.; Provisional Report (Fn. 23), S. 46 ff., 64.

165 *Mülbert* (Fn. 3), S. 160.

166 *Mülbert*, ebd.

167 Verneinend *Schön* (Fn. 11), S. 169; *ders.* (Fn. 9), S. 5; *ders.* (Fn. 50), S. 78.

168 Bericht der HLG (Fn. 18), S. 12, 16, 73 f., 93.

169 Aktionsplan der EU-Kommission vom 21. 05. 2003 (Fn. 19), S. 19.

170 Verneinend *Habersack/Verse*, Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?, ZHR 168 (2004), S. 174, 215; weitere Untersuchungen anmahnend die Stellungnahme der Group of German Experts zum Bericht der HLG (Fn. 46), S. 870.

Hierher gehört auch der Vorschlag *Altmeppens*, eine persönliche Haftung der GmbH-Gesellschafter wegen materieller Unterkapitalisierung einzuführen, die immer dann eingreift, wenn der Gesellschafter „unter Verstoß gegen den Mindeststandard ordnungsgemäßen unternehmerischen Verhaltens" trotz unzureichender Kapitalausstattung die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs anordnet.[171]

Escher-Weingart schlägt vor, bei kleinen Gesellschaften mit überschaubarem Personenkreis auf das Erfordernis einer externen Gründungsprüfung zu verzichten und statt dessen eine persönliche Haftung der Gesellschafter für die ordnungsmäßige Einlageerbringung einzuführen.[172] So könne die Gründung von Gesellschaften erleichtert und das problematische Institut der verdeckten Sacheinlage[173] aufgegeben werden.

Ferner hat *Escher-Weingart* einen Tatbestand entworfen, der den Schutz speziell der Deliktsgläubiger gewährleisten soll. Da diese nicht die gleichen Selbstschutzmöglichkeiten genießen wie Vertragsgläubiger, seien sie immer dann schutzbedürftig, wenn sie keinen auf dem gleichen Sachverhalt beruhenden vertraglichen Anspruch gegen den Schädiger haben („reine Deliksgläubiger"). Wenn die Gesellschaft keine Mittel zur Befriedigung hat, das vom Geschäftsbetrieb ausgehende Risiko durch einen Gesellschafterbeschluss über das von der Rechtsordnung tolerierte Maß (Stichwort „allgemeines Lebensrisiko") hinaus erhöht wurde und die Gesellschafter trotz Erkennbarkeit dieser Risikoverlagerung keine Gegenmaßnahmen („nein"-Stimme o. Ä.) unternommen haben, stehe den reinen Deliktsgläubigern ein Anspruch gegen die Gesellschafter persönlich zu.[174]

Zum Schutz der Deliktsgläubiger wird im Übrigen betont, für riskante Unternehmungen sollten verstärkt Pflichtversicherungen und Fondslösungen vorgesehen werden.[175] Dem ist insofern beizupflichten, als eine solche Absicherung gegenüber dem Schutz durch ein Garantiekapital nicht nur effektiver, sondern auch besser an die jeweilige Situation angepasst ist.

VI. Zusammenfassung

1. Das im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht verwirklichte Konzept „Gläubigerschutz durch Kapitalaufbringung und -erhaltung" steht insbesondere aufgrund der kritischen Position des EuGH und der EU-Kommission unter erheblichem Rechtfertigungsdruck.

---

171 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 13 Rn. 32 ff.; *Roth/Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, Einleitung, Rn. 31.

172 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 241 ff.; ähnlich *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 193 ff.; Provisional Report (Fn. 23), S. 14 ff.

173 S. o. II 2 b) und III 2 b).

174 *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 158 f.

175 *Eidenmüller/Rehm* (Fn. 17), S. 181; *Escher-Weingart* (Fn. 12), S. 118 f.; *Klose-Mokroß* (Fn. 12), S. 87 ff.; *Schön* (Fn. 11), S. 165; s. schon o. III 3.

2. Der kapitalorientierte oder auch institutionelle Gläubigerschutz erfordert ein kompliziertes Normengeflecht aus Mindestkapital-, Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften sowie umfangreichen Regeln aus der Rechtsprechung (z. B. zur verdeckten Sacheinlage und zum Eigenkapitalersatz).
3. Tragende Elemente des institutionellen Gläubigerschutzes sind das Garantiekapital, welches als Risikopuffer Verluste der Gesellschaft aus dem Geschäftsbetrieb auffängt, das gesetzliche Mindestkapital, das als Seriositätsschwelle leichtfertige Gesellschaftsgründungen verhindert, das Rückgewähr- und Ausschüttungsverbot und die „Alarmglocke" bei Verlusten in Höhe der Hälfte des Grund- oder Stammkapitals. Das System bietet keinen Schutz vor Verlusten, garantiert nicht die rechtzeitige Sanierung und ist nicht ohne Brüche (z. B. mittelbare Beeinträchtigung der Gläubiger durch Erschwerung der Gesellschaftsfinanzierung). Es dient insbesondere dem Schutz der Kleingläubiger. Seine gesamtwirtschaftliche Effizienz erscheint fraglich.
4. Unter den Vorschlägen zu systemimmanenten Verbesserungen sind das Konzept *Böcklis* zur Einführung der echten nennwertlosen Aktie unter Beibehaltung des Kapitalschutzes sowie die Ausgestaltung des Garantiekapitals als freiwillige kollektive Haftungszusage nach *Schön* hervorzuheben.
5. Alternativ ist ein kompletter Systemwechsel zugunsten eines informationsorientierten Gläubigerschutzes zu erwägen, wenn auch dadurch das Schutzniveau insgesamt eher gesenkt würde. Bedenkenswert sind die Einführung einer gesetzlichen Eigenkapitalquote nach *Escher-Weingart*, die Verstärkung von Offenlegungspflichten zwecks Gläubigerschutzes, die Vorschläge zur Solvenzprüfung sowie die Verstärkung der persönlichen Gesellschafter- bzw. Geschäftsleiterhaftung.

B. Zum englischen und US-amerikanischen Recht

Somi Micsunescu

I. Einleitung

Großbritannien und die Vereinigten Staaten werden einer Rechtsfamilie zugeordnet, die sich durch eine einheitliche Strukturierung des Rechtssystems auszeichnet. Die Begriffe Common Law und Equity sind hier wie dort bekannt und werden ebenso verstanden wie die Methodik des Präjudizienrechts, wenn auch zum Teil wesentliche Modifikationen beachtet werden müssen.[1] Das US-amerikanische Gesellschaftsrecht findet seinen Ursprung im englischen common law.[2] Eine gemeinsame, wenngleich differenzierende Betrachtung scheint hier folglich sinnvoll.

II. Was heißt und zu welchem Ende gibt es Gläubigerschutz?[3]

Der Gläubigerschutz ist ein wesentlicher Eckpfeiler des Gesellschaftsrechts. Bei jeder Korporation oder Gesellschaft besteht die Gefahr, dass die Mitglieder das dem gemeinsamen Zweck gewidmete und damit auch dem Gläubigerzugriff zur Verfügung stehende Vermögen zu ihrem eigenen Vorteil gering halten, bzw. an sich selbst abführen. Jedoch kann es keine Rechtsordnung hinnehmen, dass geliehenes Geld als Ertrag verteilt wird.[4]

Zum Schutz der Gläubiger kann eine unmittelbare Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern mit ihrem persönlich angesammelten Vermögen vorgesehen werden.[5] Das Gesetz kann aber auch lediglich bestimmen, dass ein *bestimmtes Kapital* in das Vermögen der Korporation aufgebracht und nicht wieder abgezogen wird, und die Haftung der Gesellschafter sich somit auf dieses Kapital beschränkt. Dieses Haftungsprivileg verdienen sich die Gesellschafter einer GmbH oder AG durch die Einhaltung der strengen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsregeln des deutschen Gesellschaftsrechts.[6] Auch in der englischen „private company" (entspricht in etwa

1 Überblick bei: *Blumenwitz*, Einführung in das anglo-amerikanische Recht, 7. Auflage (2003), S. 21.

2 *Merkt*, Vom Konzessionssystem zum Delaware-Effekt: Die Entwicklung des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts, ZfRV 37 (1996) S. 1, ebd.

3 Angelehnt an den Titel von Schillers Antrittsvorlesung aus dem Jahre 1789 an der Universität Jena. Dieser lautete: „Was heißt und zu welchem Ende studiert man Universalgeschichte?".

4 *Kübler*, Fragen und Wünsche des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts an das Recht der Rechnungslegung, ZGR 2000, S. 550, 556.

5 *Grunewald*, GesellschaftsR, 5. Auflage (2002), Rn. 2.

6 Vgl. vor allem §§ 57, 66 AktG; §§ 30 , 31 GmbHG; so auch *Schmidt*, GesellschaftsR, 4. Auflage (2002), S. 1108.

der deutschen GmbH) und der „public company" (der AG entsprechend) sowie in der amerikanischen „corporation" ist die Vereinbarung einer Haftungserleichterung für die Gesellschafter möglich und zudem Usus. Im Unterschied zum deutschen Gläubigerschutzsystem betonen die Länder des anglo-amerikanischen Rechtskreises jedoch weniger die Notwendigkeit strikter Mindestkapital-, Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften, um einen effektiven Schutz der Gläubiger herbeizuführen. Vielmehr wird auf andere, eher marktbezogene gläubigerschützende Mechanismen Wert gelegt.

In jüngster Zeit ist die Frage aufgekommen, ob Mindestkapitalerfordernisse überhaupt zum Schutze der Gläubiger geeignet sind. Seit dem Centros-Urteil des EuGH[7] erscheint dies in jedem Fall zweifelhaft.[8]

Hat also das angloamerikanische System vielleicht effektivere Mittel, den Gläubigerschutz zu bewirken? Und erreicht es diesen eventuell weniger auf Kosten von Aktionären, Gesellschaftern und anderen Beteiligten?

Diese Arbeit soll darüber Aufschluss geben.

III. Gläubigerschutz im englischen Recht

Das englische Recht kennt mehr als einen Kapitalgesellschaftstypus, auch wenn es auf diesem Gebiet nur den „Companies Act" von 1985[9] als einzige gesetzliche Regelung gibt: Bis heute sind „private" und „public company" als Ausprägungen einer *einheitlichen* Kapitalgesellschaftsform unter dem gemeinsamen Dach des CA 1985 geregelt.[10] Bedingt durch die zunehmende Bestrebung des Gesetzgebers, die „private company" zu deregulieren und sie von den z. T. sehr langwierigen Erfordernissen des CA 1985 zu entbinden, muss nun aber dennoch eine deutliche Unterscheidung zwischen „private" und „public companies" gemacht werden.[11]

1. Allgemein zur Public (Limited) Company:

Grundsätzlich gilt, dass gemäß Sec. 1 (3) CA 1985 eine Gesellschaft als „private company" anzusehen ist, wenn nicht aus den Umständen hervorgeht, dass sie eine „public company" sein soll. Eine „public company" hat mindestens zwei Gesellschafter;[12]

---

7 *EuGH*, „Centros", Rs. C-212/97, Slg. 1999 S. I-1459.

8 Siehe *Schumann*, Die englische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland: Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Haftung bei Insolvenz, DB 2004, S. 743, 744, m. w. N.

9 Im Folgenden: CA 1985.

10 Vgl. *Behrens*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im int. und europ. Recht, 2. Auflage (1997), S. 852; *Davies*, Legal Capital in Private Companies in Great Britain, AG 1998, S. 346, ebd.

11 So auch *Davies* (Fn. 10), aaO; *Davies*, in: Gower/Davies, Principles of Modern Company Law, 6. Auflage (1997), S. 13; *Lembeck*, UK Company Law Reform – Ein Überblick, NZG 2003, S. 956, 964.

12 *Maitland-Walker*, Guide to European company laws, 2. Auflage (1997), S. 447.

sie ist auf jeden Fall dann anzunehmen, wenn die Gesellschaft ihre Anteile öffentlich zum Erwerb anbieten darf.[13] Die Möglichkeit, zur öffentlichen Zeichnung auffordern zu können, wird der „plc" („public limited company") jedoch erst eingeräumt, wenn sie gewisse Voraussetzungen erfüllt und diese dem entsprechenden Gesellschaftsregister nachgewiesen werden.

Nicht alle „public companies" sind an der Stock Exchange notiert, die die primär anerkannte Börse für den Aktienhandel in England ist.[14]

2. Allgemein zur Private (Limited) Company:

Unser Hauptaugenmerk soll aber auf der „private company" liegen. Diese Gesellschaftsform ist in England zahlenmäßig der „public company" weit überlegen; statistisch gibt es 1 080 000 „private companies" neben 11 700 „public companies".[15] Zudem spiegeln auch heute noch die gesetzlichen Regelungen, die sich auf „private companies" beziehen, deutlich die traditionelle *Laissez-Faire-Herangehensweise* des britischen Rechts in Hinsicht auf ein „Legal Capital" wider.[16] Hierin unterscheidet sich somit das englische Recht klar von dem deutschen (oder kontinentaleuropäischen) Konzept, welches bspw. strenge Mindestkapitalerfordernisse kennt.[17] Die Vorschriften zur „public company" hingegen sind dem deutschen Recht im Zuge der Vergemeinschaftung durch die Europäische Union angeglichen worden, so dass man sich hier kurz fassen kann.

Die „private company" ist ein Produkt der freien Rechtsschöpfung.[18] Sie ist das Ergebnis einer von der Praxis vor allem unter dem Gesichtspunkt der Kapitalbeschaffung entwickelten Differenzierung zwischen den Formen der „private" und der „public company".[19] Die „private company" ist die geeignete Organisationsform für eine geschlossene Gesellschaft mit überschaubarem Gesellschafterkreis und privat aufzubringendem Kapital.[20]

Die Gerichte erkannten erstmals im Jahre 1881 die neue Gesellschaftsform an und legalisierten in der höchstrichterlichen Entscheidung „Salomon v. Salomon" von 1897 ausdrücklich die Einmanngesellschaft.[21]

---

13 Vgl. sec. 81 CA 1985 und sec. 143 (3) Financial Services Act 1986.

14 *Prentice*, in: Doralt/Hommelhoff/Hopt, Konzernrecht und Kapitalmarktrecht, 2001, S. 100.

15 Vgl. *Farrar*, Company Law, 4. Auflage (1998), S. 44/45.

16 Gleichbedeutend mit gesetzlichem Kapitalschutz. Vgl. *Davies* (Fn. 10), a. a. O.

17 Vgl. *Mülbert/Birke*, Legal Capital – Is There a Case against the European Legal Capital Rules?, 2002:3 European Business Organization Law Review, S. 695, 701.

18 *Davies* (Fn. 11), in: Gower/Davies, S. 47; *Neuling*, Deutsche GmbH und englische private company, Diss. Köln 1997, S. 13.

19 *Behrens* (Fn. 10), S. 845.

20 *Triebel*, Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Auflage (1995), Rn. 586.

21 *Neuling* (Fn. 18), S. 14.

3. Anfängliche Kapitalaufbringung

a) Public Company:

Soweit „public companies" in Betracht zu ziehen sind, müssen namentlich die Anforderungen der Zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie[22] berücksichtigt werden.[23]

Im Stadium der Gründung eines Unternehmens ist kein gesetzliches Mindestkapital erforderlich, weder bei der „private", noch bei der „public company". So kann beispielsweise eine Gesellschaft mit £ 1 Stammkapital gegründet werden.[24]

Nach Aufnahme der Geschäftstätigkeit muss aber die neu gegründete „public company" den Kapitalaufbringungsvorschriften der EU genügen, d. h. sie hat zu diesem Zeitpunkt ein Mindestkapital von £ 50 000 aufzuweisen,[25] wovon ein Viertel eingezahlt sein muss.[26] Sind diese Voraussetzungen erfüllt, erhält sie ein Gewerbezertifikat („trading certificate") des „Registrar of Companies"[27], welches einen Beginn des Geschäftsbetriebs erlaubt.[28]

Zudem wird aus dem CA 1985 deutlich, dass an „public companies" weitere Anforderungen der Kapitalrichtlinie zu stellen sind. Beispielsweise muss eine Bewertung von Einlagen, die nicht Bareinlagen sind, durch unabhängige Sachverständige erfolgen.[29] Auch müssen die Sacheinlagen innerhalb von fünf Jahren nach Erteilung der Aktien voll eingebracht werden.[30] Dabei können Verpflichtungen zu Arbeits- oder Dienstleistungen bei „public companies" keine Sacheinlagen sein.[31] Zuletzt ist der Erwerb von Vermögensgegenständen von Gründungsmitgliedern durch die Gesellschaft während einer Anfangsphase nach ihrer Gründung zu kontrollieren.[32] Die finanzielle Absicherung einer „public company" durch (europäische) Kapitalaufbringungsvorschriften spielt sich damit auf einem ebenso hohen Niveau ab, wie wir es von einer deutschen Kapitalgesellschaft kennen.[33]

---

22 Zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie des Europäischen Rates vom 13. Dezember 1976, 77/91/EWG (Kapitalrichtlinie); ausf.: *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Auflage (2003), Rn. 137.

23 Vgl. *Davies* (Fn. 10), a. a. O.; *Schumann* (Fn. 8), S. 743, 744.

24 *Davies* (Fn. 10), S. 346, 347.

25 Kapitalrichtlinie Art. 6; Sec. 117 und 118 CA 1985.

26 Kapitalrichtlinie Art. 9 I; Sec. 101 CA 1985.

27 Der Registrar of Companies führt das Gesellschaftsregister als eine dem jeweiligen Wirtschaftsministerium untergeordnete Behörde (Sitz: Cardiff oder London). Ein allgemeines Handelsregister im kontinentaleuropäischen Sinne ist dem englischen Rechtskreis nicht bekannt. Vgl. *Behrens* (Fn. 10), S. 848.

28 Vgl. *Grier*, Company Law, 2002, Rn. 3.12.

29 Sec. 103, 108 CA 1985; 2. Richtlinie Art. 10; vgl. auch *Armour*, Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law, Modern Law Review 63 (2000), S. 355, 364.

30 Sec. 102 CA 1985; Kapitalrichtlinie Art. 9 II.

31 *Triebel* (Fn. 20), S. 238.

32 Sec. 104 CA 1985; Kapitalrichtlinie Art. 11.

33 Vgl. *Habersack* (Fn. 22), Rn. 137.

b) Private Company

Für „private companies" nun schreibt die europäische Kapitalrichtlinie keinerlei Mindestkapital vor.[34] Diese können ihre Geschäftstätigkeit aufnehmen, sobald sie entstanden sind, sie sind auch ohne „trading certificate" des „Registrar of Companies" voll handlungs- und geschäftsfähig.[35] Das Gesetz schreibt lediglich in Sec. 2 (5) CA 1985 vor, dass jeder Gründer zumindest einen Anteil übernehmen muss.[36] Außerdem muss die sogenannte „capital clause" in der Gründungsurkunde das Nominalkapital („nominal capital", „authorized capital") ausweisen.[37] Dieses stellt jedoch eine bloße Prognosezahl ohne praktische Aussagekraft dar;[38] in welcher Höhe bereits Anteile gezeichnet, bzw. Kapital eingebracht wurde, ist hieraus nicht ersichtlich. Derjenige Kapitalanteil, der *tatsächlich* ausgegeben ist, wird als „issued capital" bezeichnet.[39] Hat sich also die „private company" dazu entschieden, Kapital aufzubringen, so ist dieses „issued capital" die eigentliche Haftungssubstanz der „company", die für die Gläubiger von Interesse ist.[40] (Andere Autoren sprechen dem „allotted capital" diese Bedeutung zu; das „allotted capital" hängt mit dem „issued capital" zusammen, es ist ihm zeitlich direkt vorangestellt: beim „issued capital" ist der Anteilseigner bereits als solcher im Register der Gesellschaft eingetragen. Von „allotted capital" spricht man hingegen, wenn die Gesellschaft dem Anteilseigner verbindlich Geschäftsanteile zugewiesen hat.[41])

Bei der Ausgabe der Anteile („issue of shares") gilt – ebenso wie im deutschen Recht - das grundsätzliche Verbot der Unterpari-Emission.[42] Das bedeutet, dass Anteile nicht unter ihrem Nennwert oder, wenn ein Nennwert nicht vorhanden ist, nicht unter dem rechnerischen Wert ausgegeben werden dürfen.

Die Aufbringung des „issued capital" unterliegt allerdings keinen strengen Vorschriften: als Einlage können die Gesellschafter jede vermögenswerte Leistung, also auch Verpflichtungen zu eigenen Arbeits- oder Dienstleistungen, einbringen.[43] Zudem findet hier keine unabhängige Wertigkeitskontrolle statt; die Gesellschafter können selbst bestimmen, ob die Einlage den Erfordernissen der „consideration doctrine" genügt, d. h. sie muss lediglich einen wirtschaftlichen Wert verkörpern.[44] Damit zeigt sich eine schwache Stelle im Regelungswerk: „private companies" können problemlos das Gebot der realen Kapitalaufbringung umgehen, indem sie Einlagen, die nicht Bareinlagen sind, einbringen und sie überbewerten.[45]

---

34 Vgl. *Maitland-Walker* (Fn. 12), S. 453.
35 *Davies* (Fn. 10), S. 346, 347.
36 Vgl. *Behrens* (Fn. 10), S. 858.
37 *Grier* (Fn. 28), Rn. 4.02; *Schumann* (Fn. 8), a. a. O.
38 *Davies* (Fn. 11), in: Gower/Davies, S. 236.
39 *Schumann* (Fn. 8), a. a. O.
40 Vgl. Trevor v. Whitworth (1887) 12 App. Cas. 409.
41 Vgl. hierzu *Davies* (Fn. 10), a. a. O.; *Farrar* (Fn. 15), S. 166/167.
42 Sec. 100 CA 1985; festgelegt in: *Ooregum (Gold Mines of India) Ltd v. Roper* [1892] AC 125.
43 Vgl. *Herberstein*, Die GmbH in Europa, 2. Auflage (2001), S. 138.
44 *Neuling* (Fn. 18), S. 147; *Farrar* (Fn. 15), S. 166.
45 *Armour* (Fn. 29), S. 364.

4. Kapitalerhaltung

Das Prinzip der Kapitalerhaltung wurde im 19. Jahrhundert durch die englische Rechtsprechung zum Schutz des Gläubigers aufgestellt.[46] Hierdurch sollte und soll verhindert werden, dass aus dem festen Kapitalvermögen der Gesellschaft Zahlungen an die Gesellschafter erfolgen. Heute verbietet insbesondere Sec. 263 CA 1985 die Einlagenrückgewähr an die Gesellschafter, es sei denn die Dividendenausschüttung erfolgt aus dem erwirtschafteten Gewinn.[47] Der ausschüttungsfähige Gewinn ist nach dem Gesetzeswortlaut (= „profits available for distribution") definiert als der kumulative und realisierte Gewinn abzüglich der ausgezahlten Dividenden und Verluste. Eine „distribution" (= Ausschüttung) i. S. d. Sec. 263 CA 1985 ist dabei sehr weit zu verstehen: Insgesamt muss also sowohl die „private company", wenn sie sich zur Aufbringung von nennenswertem Kapital entschließt, wie auch die „public company" Kapitalerhaltungsvorschriften zur Kapitalherabsetzung,[48] zum Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft,[49] zur finanziellen Unterstützung des Erwerbs eigener Anteile durch Dritte[50] und zur oben erwähnten Dividendenausschüttungen[51] beachten.[52] Auch die *verdeckte* Gewinnausschüttung, wie die Zahlung überhöhter Löhne an die Gesellschafter oder nahestehende Dritte, wird als Rechtsproblem anerkannt.[53]

Jedoch gibt es für die „private company" weitgehende Ausnahmetatbestände:

Eine „private company" darf bei der Zeichnung oder dem Erwerb eigener Aktien Finanzierungshilfen geben, wenn die „directors" der Meinung sind, dass zu diesem Zeitpunkt die „company" solvent ist, und dass innerhalb des darauffolgenden Jahres die „company" ihre fälligen Forderungen begleichen kann.[54] Erforderlich ist hierfür eine eidesstattliche Erklärung („statutory declaration") der „directors".[55]

Sec. 153 CA 1985 erlaubt weiter unter bestimmten Voraussetzungen den Erwerb eigener Geschäftsanteile sowie eine Finanzierung des Erwerbs durch Dritte[56] (z. B. wenn die Kreditvergabe zum normalen Geschäftsbetrieb der „company" gehört[57]). Auch eine „redemption of shares", folglich der Rückerwerb einlösbarer Anteile durch die „company" ist aus dem gebundenen Vermögen finanzierbar.[58]

---

46 *Re Exchange Banking Company*, Flitcroft's Case (1882) 21ChD 518, 519.
47 Vgl. *Armour* (Fn. 29), S. 355, 365.
48 Sec. 135–141 CA 1985; Kapitalrichtlinie Art. 30–34, 36/37.
49 Sec. 143, 159–170 CA 1985.
50 Sec. 144, 151–154 CA 1985. Die Finanzierung des Erwerbs eigener Anteile wird oft auch unter dem Problempunkt der Übernahme einer „company" diskutiert.
51 Sec. 263/264 CA 1985; erläuternd: *Mülbert/Birke* (Fn. 17), S. 695, 709.
52 Vgl. *Davies* (Fn. 10), a. a. O.
53 *Pennington*, Company Law, 7. Auflage (1995), S. 214, 215.
54 Vgl. *Davies* (Fn. 10), S. 346, 348.
55 *Armour* (Fn. 29), S. 355, 370.
56 Vgl. *Neuling* (Fn. 18), S. 151.
57 Vgl. *Triebel* (Fn. 20), S. 240.
58 Sec. 173, 174 CA 1985. Vgl. auch: *Provisional Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance*, 2004, S. 13.

Insgesamt zeigt sich, dass auch die Regeln zur Kapitalerhaltung – insbesondere bei der „private company" – durch einige Sondertatbestände durchbrochen werden.

Wie dargestellt lässt das Recht der Kapitalaufbringung und -erhaltung in Großbritannien insgesamt einige Schutzlücken offen. Es bietet folglich nicht einen so umfassenden, effektiven Schutz der Gläubiger wie ihn das deutsche Recht gewährleistet.

Jedoch kennt das englische Recht anderweitige Gläubigerschutzmechanismen:

5. Haftung der Gesellschafter

a) Aufhebung der „limited liability" der Gesellschafter?

Die Haftungsbeschränkung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen beruht im englischen Recht auf privatautonomer Vereinbarung: Sec. 2 (3) gibt den Gesellschaftern auf, ihre persönliche Haftung in der sog. „liability clause" in der Gründungsurkunde ausdrücklich auszuschließen.[59] Dieses Prinzip der „limited liability" ist dabei im „company law" *fest* verankert.[60]

Die englische Rechtsprechung ist folglich gegenüber einem haftungsrechtlichen Durchgriff auf die hinter der „company" stehenden Gesellschafter sehr zurückhaltend. Seit der Entscheidung „Salomon v. Salomon & Co. Ltd.",[61] die die Selbständigkeit der juristischen Person höchstrichterlich festmachte, hat sich eine Durchgriffshaftung so gut wie nicht durchsetzen können. Ausnahmen gehen dahin, dass ein Durchgriff auf den Gesellschafter in Frage kommt, wenn dieser als Unternehmensleiter fungiert (dazu mehr unter Nr. 6). Eine persönliche Haftung wegen Unterkapitalisierung wie wir sie im deutschen Recht kennen besteht nicht.[62]

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass auch zum Schutz der Gläubiger ein Abweichen von der Haftungsbeschränkung der Gesellschafter in einschlägigen Präjudizien kaum zu vermerken ist.

b) Self-protection of creditors/Kreditsicherheiten

Sicherungsvereinbarungen hingegen sind häufig; zur Sicherung von Krediten kann die „private company" an einem Teil oder an ihrem gesamten Vermögen dingliche Sicherungsrechte begründen, die entweder „fest" (= fixed) oder „fließend" (= floating) sein können.[63] Feste Sicherungsrechte sind bspw. die Hypothek oder die Grundschuld. Bei einer „fließenden" Sicherung, der sogenannten „floating charge", ist eine Gruppe von Gegenständen gesichert, die nicht weiter bestimmt ist (z. B. Warenlager, Außenstände). Das Sicherungsrecht erstreckt sich hier auf die jeweils *tatsächlich vorhandenen* Vermögensgegenstände, die sich in der Gruppe der zu sichernden Gegenständen befinden. Vorteilhaft ist dabei, dass die „company" ihre Geschäfte

59 *Pennington* (Fn. 53), S. 20.
60 *Neuling* (Fn. 18), S. 94.
61 Salomon v. Salomon [1892] AC 22.
62 *Davies* (Fn. 11), in: Gower/Davies, S. 151 f.
63 *Shearman*, Die „GmbH" in England und Wales, GmbHR 1992, S. 149, 152.

fortführen und über das Vermögen der Gesellschaft frei verfügen kann, ohne auf die Zustimmung des Obligationengebers angewiesen zu sein. Die „floating charge" wandelt sich erst dann in eine dingliche Belastung um, wenn die „private company" mit einer ihr obliegenden Verpflichtung in Verzug gerät und der Sicherungsnehmer zur Vollstreckung in die dinglichen Sicherheiten einen Zwangsverwalter einsetzt, oder wenn das Konkursverfahren über die „private company" eröffnet wird, oder aber wenn die Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit einstellt.[64] Die „floating charge" gewährt also im Konkurs dem Sicherungsnehmer einen Vorrang gegenüber ungesicherten Gläubigern.[65]

Professionelle Kreditgeber (= „strong contractual creditors") sichern außerdem die Durchsetzung ihrer Interessen, auch schon im Vorfeld einer Krise, durch sogenannte „loan covenants". Diese vertraglichen „Versprechen" können z. B. die Dividendenausschüttung begrenzen oder weitere Schuldverschreibungen durch die Gesellschaft ohne die Zustimmung des Kreditgebers verbieten.[66]

Auch Bürgschaften (= „personal guarantees") werden oft bei Darlehenshingabe von institutionellen Kreditgebern, wie etwa Banken, verlangt.[67]

Diese sog. „self-help remedies", also Rechtsmittel, die der „creditor" selbst zu seinem Schutze vertraglich festmacht, sind somit im englischen Recht häufig anzutreffen. Sie werden als effektiv angesehen, weil sie einen hohen Schutz des einzelnen „creditor" gewährleisten sollen.[68]

Werden diese „covenants" eingehalten, so profitiert davon auch die Gesamtheit der Gläubiger, inklusive der sog. „weak contractual creditors" (= nicht institutionelle Kreditgeber, z. B. Angestellte, kleinere Subunternehmer) oder „unvoluntary creditors" (bspw. Gläubiger aus unerlaubter Handlung, das Umweltamt/Finanzamt). Verstößt hingegen die „company" gegen die Vorgaben eines „covenant", so minimiert sich die Haftungsmasse um das gesicherte Vermögen, zum Vorteil des gesicherten Kreditgebers und zum Nachteil der „schwächeren" Gläubiger.[69] Das bedeutet, dass die Mehrheit der Gläubiger, namentlich die ungesicherten, bei Insolvenz der Gesellschaft auf noch weniger zurückgreifen können, als sie dies bei der ohnehin schon insolventen „company" hätten tun können. So bleibt oft nicht viel für diese übrig.

6. Haftung der Geschäftsleiter

a) Fraudulent trading

Sec. 213 Insolvency Act 1986[70] sanktioniert die Geschäftsfortführung in der Unternehmenskrise, wenn sie in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung oder in irgend-

64 Vgl. *Morse*, in: Charlesworth/Morse, Company Law, 14. Auflage (1991), S. 663 ff.
65 *Davies* (Fn. 10), S. 346, 350.
66 Vgl. hierzu *Mülbert/Birke* (Fn. 17), S. 695, 712 f.
67 *Davies* (Fn. 10), a. a. O.
68 *Oliver/Marshall*, Company Law, 10. Auflage (1987), S. 345.
69 Vgl. *Armour* (Fn. 29), S. 355, 362; *Mülbert/Birke* (Fn. 17), S. 695, 724.
70 Im Folgenden: IA 1986.

einer betrügerischen Absicht erfolgte.[71] Wird „fraudulent trading" nachgewiesen, so kann das Gericht die Geschäftsführer oder jede Person, die wissentlich an solchen Geschäften beteiligt war, dazu bestimmen, in das Vermögen der Gesellschaft nach Ermessen des Gerichts Leistungen einzubringen.

Dieser Haftungstatbestand hat jedoch im Laufe der Zeit keine große Bedeutung erlangen können, da die Gerichte an die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen (der Betrugsabsicht) seit jeher strenge Anforderungen gestellt haben. Einschlägige Klagen sind somit häufig an Beweisschwierigkeiten gescheitert.[72]

b) Wrongful trading

Die ungenügende Durchschlagskraft der Haftung wegen „fraudulent trading" sah auch bereits das Jenkins Committee im Jahr 1962. 1982 schlug das Cork Committee vor, die bestehende Haftung auf den Tatbestand des „wrongful trading" auszuweiten.[73]

Dieser Tatbestand soll grundsätzlich dem Schutz der ungesicherten Gläubiger dienen, die sich nicht wie „große" Kreditgeber durch Bürgschaften u. a. der Unternehmensleiter absichern können.[74]

Die nun in ***Sec. 214 IA 1986*** normierte Haftung trifft Geschäftsleiter einer insolventen „company", wenn diese seit Eintritt einer Unternehmenskrise nicht jeden Schritt unternommen haben, damit ein möglicher Verlust für die Gläubiger der „company" so minimal wie möglich gehalten wird.

Muss die „company" später wegen Insolvenz liquidiert werden und stellt sich hierbei heraus, dass der Geschäftsleiter schon vor Einleitung des Verfahrens von den fehlenden Sanierungsaussichten wusste oder hätte wissen müssen, und hat er trotzdem nichts zum Schutz der Gläubiger getan, so haftet er persönlich und grundsätzlich unbeschränkt für die Schäden der Gläubiger, die bei pflichtgemäßem Verhalten vermieden worden wären.[75]

Sec. 214 (3) IA 1986 bürdet dabei dem Geschäftsleiter die Beweislast auf. In ***Sec. 214 (4) IA 1986*** werden die Anforderungen an die Geschäftsführerhaftung im Einzelnen festgemacht: es kommt grundsätzlich auf die *allgemeinen* Fähigkeiten an, die von einem Geschäftführer in seiner Position vernünftigerweise erwartet werden können. Ein persönliches Sonderwissen des Geschäftsleiters ist zusätzlich zu berücksichtigen.[76] Bei Aufstellung dieses Verhaltensmaßstabs differenzieren die Gerichte nach Art und Größe der jeweiligen Gesellschaft und ihrer Geschäftstätigkeit; von einem Geschäftleiter einer kleinen „company" mit einfachen geschäftlichen Transaktionen

71 *Morse*, in: Charlesworth/Morse (Fn. 64), S. 775.

72 *Habersack/Verse*, Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?, ZHR 168 (2004), S. 174, 177.

73 Vgl. *Jenkins Committee*, Report of the Company Law Committee, 1962, Rn. 503 (b); *Cork Committee*, Insolvency Law and Practice, Report of the Review Company, 1982, Rn. 1776 ff. (Liegen Verfasserin nicht vor).

74 *Davies* (Fn. 10), a. a. O.

75 *Davies* (Fn. 11), in: Gower/Davies, S. 150 f.; *Habersack/Verse* (Fn. 72), S. 174, 183.

76 *Habersack/Verse* (Fn. 72), S. 174, 184.

wird weniger verlangt als von einem Geschäftsführer einer großen, risikoreichen Gesellschaft.[77] Ansonsten sind die Vorgaben sehr allgemein gehalten. Der sog. „moment of truth", ab dem keine vernünftige Sanierungschance der Gesellschaft mehr besteht, ist in der Praxis schwierig festzulegen. Die Rechtsprechung zeigt sich hier folglich uneinheitlich: In *Re DKG Contractors Ltd.* wurde der „moment of truth" zwei Monate nach der Zahlungsunfähigkeit der „company" angenommen.[78] In *Re Produce Marketing Consortium Ltd.* hingegen war die „company" seit 1981 überschuldet und hatte seitdem konstante Verluste zu verzeichnen. Der „moment of truth" wurde aber erst auf 1986 (nach einem weiteren Umsatzeinbruch) fingiert. Insgesamt stellt die Spruchpraxis aber wohl nicht auf den Zeitpunkt der bilanziellen Überschuldung der Gesellschaft ab, sondern vielmehr auf zusätzliche Umstände, die eine Rettung der Gesellschaft als aussichtslos erscheinen lassen.[79]

Sec. 214 (7) IA 1986 erfasst des weiteren die sog. „shadow directors" sowie nach allgemeiner Auffassung auch „de facto directors". Erstere sind nach Sec. 741 (2) und 251 IA 1986 legaldefiniert als die Personen (auch juristische), deren Vorgaben und Instruktionen die Geschäftsführer regelmäßig zu befolgen pflegen. Professionelle Unternehmensberater sind ausdrücklich davon ausgenommen. Im Unterschied zum „de facto director" übt der „shadow director" intern Einfluss auf die Geschäftsführung und tritt nicht auch nach außen in Erscheinung.[80]

In einschlägigen Entscheidungen galt bei der Bestimmung eines „shadow directors" zunächst das Motiv des Marionettenspielers: nur wenn die Geschäftsführung keineswegs nach eigenem Ermessen, sondern lediglich nach den Vorgaben des Hintermannes handelte, sei dieser Hintermann als „shadow director" zur Verantwortung zu ziehen.[81] Durch diese restriktive Anwendung des Sec. 251 IA 1986 konnte man beispielsweise selten Muttergesellschaften vorwerfen, als „shadow directors" ihrer Tochter zu fungieren, wenn sie diese nicht gänzlich bestimmten.

Heute sind all diejenigen zu belangen, die „real influence" auf die Geschäftsleiter haben, also effektiv Einfluss nehmen.[82] Damit nähert sich die Rechtsfigur des „shadow director" dem des „de facto director" an.[83]

c) Disqualification of directors

Wird dem Geschäftsführer „wrongful" oder auch „fraudulent trading" nachgewiesen, so kann als weitere Sanktionierung gerichtlich angeordnet werden, dass dieser für einen bestimmten Zeitraum disqualifiziert wird, folglich nicht die Funktion eines „director" (o. ä.) übernehmen darf.[84]

---

77 Vgl. *Re Produce Marketing Consortium* [1989] BCLC, 520, 550 f.
78 *Re DKG Contracors Ltd.* [1990] BCC 903, 904.
79 *Habersack/Verse* (Fn. 72), S. 174, 187.
80 *Habersack/Verse* (Fn. 72), S. 174, 189.
81 Vgl. Re Unisoft Group Ltd. (no. 3) [1994] 1 BCLC 609, 620 f.
82 Gefestigte Rspr. Vgl. State for Trade and Industry v. Deverell [2001] Ch. D. 340, 354.
83 Vgl. *Habersack/Verse* (Fn. 72), S. 174, 193.
84 Siehe Sec. 1 Company Director's Disqualification Act 1986.

In der hier gebotenen Kürze sei noch darauf hingewiesen, dass der Tatbestand der „disqualification" weit gefasst ist, z. B. kann ausnahmslos das Verhalten des „directors" in Bezug aus das Unternehmen, auch *vor* der Unternehmenskrise, gerichtlich berücksichtigt werden.[85]

d) Duties for the benefit of creditors

Neben dem Tatbestand des „wrongful trading" kann auch *Sec. 212 IA 1986* Gläubigerinteressen schützen. Verletzt ein „director" sog. „duties to creditors" (= Interessen der Gläubigern), so kann der Insolvenzverwalter aus den sog. „misfeasance proceedings" nach Sec. 212 IA 1986 die Haftung des Geschäftsleiters durchsetzen. Die Verletzung dieser „duties" – die bei einem „wrongful trading" i. d. R. gegeben ist – hat aber eine Schadensersatzpflicht zur Folge, die eine eventuell bestehende „floating charge"[86] berücksichtigt und somit gesicherte Gläubiger eindeutig besser stellt. Damit auch „unsecured creditors" auf etwaige Schadensersatzzahlungen zugreifen können, ist gegebenenfalls ein Anspruch aus „wrongful trading" vorzuziehen.

7. Staatsaufsicht

In den *Sec. 431 ff. CA 1985* sind weitreichende Befugnisse des Secretary of State (entspricht dem Wirtschaftsministerium) festgelegt, die eine Sonderprüfung der „company" (= „company investigation") erlauben, wenn entweder einige Gesellschafter, oder die Gesellschaft selbst, dies beantragen.[87] Auch wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Gesellschaft in betrügerischer Weise zum Nachteil der Gläubiger oder in gesetzeswidriger Weise geführt worden ist, kann eine solche „investigation" durchgeführt werden.[88] Wird ein entsprechendes Fehlverhalten aufgedeckt, so kann eine „disqualification" des verantwortlichen „director" bewirkt,[89] sowie gegebenenfalls die Einstellung des Geschäftsbetriebs der „company" herbeigeführt werden.[90]

8. Publizität und Transparenz

Zum Schutz des Gläubigers wird es als *essentiell* angesehen, dass die „companies" ihre Kapitalstruktur (inklusive dem „authorized, allotted, issued capital", ausgegebenen „debentures" und belastenden Kreditsicherheiten) beim Gesellschaftsregister offen legen.[91] Neben diesem „annual report" muss gemäß Sec. 241 CA 1985 des weiteren ein Jahresabschlussbericht eingereicht werden.[92]

Diese Publizitätserfordernisse sollen Investoren ermöglichen, die Kreditwürdigkeit

85 Vgl. ausf: *Davies* (Fn. 10), S. 346, 351.
86 Siehe dazu oben Abschnitt II. 5. b).
87 Vgl. Sec. 431 CA 1985.
88 Vgl. Sec. 432 CA 1985.
89 Siehe dazu oben Abschnitt II. 6 c).
90 *Davies* (Fn. 11), in: Gower/Davies, S. 690 f.
91 Provisional Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance, 2004, S. 13.
92 Vgl. *Oliver/Marshall* (Fn. 68), S. 306.

eines Unternehmens abzuschätzen. Insgesamt ist ein deutlicher Trend in Richtung mehr Publizität der „companies" zu vermerken. Auch die vom Departement of Trade and Industry eingesetzte Steering Group[93] befürwortet den Ausbau von Offenlegungspflichten.[94] Es ist demnach eine Grundüberzeugung des modernen englischen Gesellschaftsrechts, dass Unternehmenspublizität ein notwendiger und effizienter Mechanismus zum Schutz der Gläubiger darstellt.[95]

IV. Resümee

Das Gläubigerschutzsystem in England verzichtet – zumindest bei der „private company" – auf das Erfordernis eines Mindestkapitals und einer realen Kapitalaufbringung; auch im Kapitalerhaltungsrecht sind Schutzlücken vorhanden.

Stattdessen sollen Staatsaufsicht und insbesondere Publizität zu einem wirksamen Gläubigerschutz führen. Des weiteren suchen Gläubiger – spiegelbildlich zur Haftungsbeschränkung der Gesellschafter aufgrund vertraglicher Vereinbarung – sich durch Kreditsicherheiten selbst zu schützen. Mit der Geschäftsleiterhaftung aus „wrongful trading" und der „director's disqualification" soll zudem ein starkes Sanktionsmittel gegeben sein, das ebenfalls dem Gläubigerschutz dient. Davies stellt dieses Konzept als ein „ex-post approach" dar, das dem „ex-ante approach" der kontinentaleuropäischen Regelungen gegenüber steht.[96]

V. Gläubigerschutz in den USA

In den USA fällt das Gesellschaftsrecht grundsätzlich in die Kompetenz der Einzelstaaten. Daher gibt es in jedem Staat eigene Gesellschaftsgesetze, die z. T. erheblich divergieren. Eine grundlegende Differenzierung findet zwischen Gesetzen für Personengesellschaften (= „partnerships") und Kapitalgesellschaften (= „corporations") statt.[97]

Besondere Beachtung verdienen der Bundesstaat Delaware mit seinem besonders liberalen Kapitalgesellschaftsrecht und der Staat Kalifornien sowie der Staat New York mit eher strengen Vorschriften.[98] Im Übrigen ist die von der *American Bar Association* und dem *American Law Institute* entwickelte Musterregelung, der *Model Business Corporation Act* (MBCA), im Wesentlichen maßgebend für die gesetzlichen Bestimmungen vieler Staaten.

---

93 Vgl. insbes.: Final Report der Company Law Review Steering Group, (URN 01/942), 2001.
94 *Lembeck* (Fn. 11), S. 956, 962 f.
95 *Triebel* (Fn. 20), Rn. 740.
96 *Davies* (Fn. 10), S. 346, 352.
97 *Elsing/Van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Auflage (1999), Rn. 573.
98 *Kübler*, Aktie, Unternehmensfinanzierung und Kapitalmarkt, 1989, S. 16.

1. Allgemein zur Corporation

Auch das Recht der Kapitalgesellschaften (= „business corporation law") fällt in den Zuständigkeitsbereich der Einzelstaaten.

Die „(business) corporation" ist die wichtigste und häufigste Gesellschaftsform des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts.[99] Sie wird zuweilen als ein „künstliches Wesen, unsichtbar, unberührbar und nur in der Betrachtung des Gesetzes existent" definiert.[100]

Als wesentliche Merkmale der „corporation" werden die beschränkte Haftung der Gesellschafter, die zentralisierte Geschäftsleitung, die auf unbestimmte Zeit angelegte Weiterführung der „corporation", die freie Übertragbarkeit der Anteile und die selbständige Versteuerung der juristischen Person „corporation" angesehen.[101]

Varianten der „corporation" sind die „closely held corporation" („close corporation"), bei der die Anteile innerhalb einer überschaubaren Gruppe von Gesellschaftern bleiben und nur unter besonderen Bedingungen übertragen werden können, und die „publicly held corporation" („public corporation"), bei der die Anteile weit gestreut und frei übertragbar sind.[102]

Eine „one man corporation", also Einmanngesellschaft, ist grundsätzlich zulässig.[103]

2. Kapitalaufbringung

In den meisten US-Staaten sind keine Mindestkapitalerfordernisse für die Gründung einer „corporation" vorgesehen.[104] Einige wenige Staaten verlangen die Aufbringung von geringen Summen, meist $ 1000.[105] Hier haften die Mitglieder des „board of directors" persönlich und als Gesamtschuldner in Höhe der nicht eingebrachten Zahlung für sämtliche Verbindlichkeiten, die mit ihrer Zustimmung *vor* Einzahlung des Mindestkapitals von der „corporation" eingegangen wurden. Ein effektiver Schutz der Gläubiger wird jedoch natürlich nicht durch eine so geringe Haftungssumme bewirkt.[106]

Aktien können sowohl Nennwertaktien (= „par value shares") sein, als auch ohne Nennwert (= „shares with no par value") ausgegeben werden.

---

99 *Henn/Alexander*, Laws of corporations, 3. Auflage (1983), S. 125.

100 *Schneeman*, The law of corporations, partnerships, and sole proprietorships, 2. Auflage (1997), S. 107.

101 Vgl. zu den einzelnen Punkten: *Hamilton*, The Law of Corporations in a nutshell, 3. Auflage (1991), S. 17 ff.

102 *Merkt*, US-GesR, 1991, Rn. 203.

103 Vgl. *Henn/Alexander* (Fn. 99), S. 697 f.

104 Aufzählung bei *Henn/Alexander* (Fn. 99), S. 295.

105 *Zimmer*, Internationales GesellschaftsR, 1996, S. 279.

106 *Merkt* (Fn. 102), Rn. 263 f.

a) Das traditionelle Nennwertsystem

Im traditionellen Nennwertsystem, das lange auch das gesamte US-amerikanische Gesellschaftsrecht bestimmte,[107] muss die Zahl und der genaue Nennwert der „par value shares", die die „corporation" ausgeben darf, in den „articles of incorporation" (vergleichbar mit: „articles of association" im englischen Recht) ausgewiesen werden.[108] Die Summe der Nennwerte aller ausgegebenen Anteile („issued shares") ergibt dann das Grundkapital („stated capital").[109] Werden Aktien unter Nennwert ausgegeben, liegt ein sog. „stock watering" (Unterpariemission[110]) i. e. S. vor. Der Empfänger des „watered stock" muss die Differenz zwischen gezahltem Preis und Nennwert nachträglich einbringen.[111]

Mit dem „par value" und dem „stated capital" war auch lange Zeit nach verbreiteter Ansicht die den Gläubigern bedachte Zusicherung verbunden, dass Einlagen in Höhe des Grundkapitals tatsächlich eingebracht wurden. Deswegen sollte auch derjenige, der wissentlich „watered stock" empfing, gegebenenfalls aus deliktischer Haftung wegen Täuschung der Gläubiger heranzuziehen sein. Heute ist die Haftung des Erwerbers von „watered stock" in den meisten US-Bundesstaaten gesetzlich geregelt. Wird demnach „watered stock" ausgegeben, so muss der Subskribent einen Nachschuss in Höhe der Differenz leisten.[112]

Um diesem Problem des „watered stock" (i. w. S., inklusive der Ausgabe sog. „bonus" und „discount stock"[113]) zu entgehen, wurde im Laufe der Zeit die Ausgabe von „low par" oder „penny stock" ermöglicht.[114] Wurde vorher eine Aktie zum Nennwert von $ 100 ausgegeben, konnte nun für dieselbe $ 1 verlangt werden und $ 99 waren „paid in surplus", also als Aufgeld anzusehen. Damit steht die „corporation" besser da, denn während das „stated capital", also die Summe der Nennwerte, erhalten werden muss, kann das „capital surplus" bei Bedarf ausgeschüttet werden.[115] Der geringe Nennwert dieser Aktien birgt zudem steuerliche Vorteile.

Mit der Einführung von „penny stock" ist auch die „no par stock" nicht weit. Heute ist die nennwertlose Aktie in fast allen US-Bundesstaaten zulässig. Bei „shares with low or no par value" legt der „board of directors" in freier Entscheidung die Einlage fest, die auf die „shares" zu leisten ist. Bei der Bewertung von Sacheinlagen gilt nach herrschender Meinung und in den meisten „corporation statutes" der sog. „good

107 Hier der Kürze der Arbeit wegen nur nebenbei angesprochen, ausf: *Merkt* (Fn. 2), S. 1, 5 f.; *Kübler* (Fn. 98), S. 25 f.

108 *Hamilton* (Fn. 101), S. 107 f.

109 *Elsing/Van Alstine* (Fn. 97), Rn. 625.

110 In Handley v. Stutz 139 U.S. (Vol. XVII) S. 610 ff. vom *Supreme Court* als zulässig erklärt worden; vgl. das Verbot der Unterpariemission im englischen Recht oben Abschnitt III. 3. b).

111 *Merkt* (Fn. 102), Rn. 375 ff.

112 § 504 (i) N. Y. Business Corp. L.; § 152 Delaware Gen. Corp. L.

113 Vgl. hierzu *Henn/Alexander* (Fn. 99), S. 428.

114 Zur „race for laxity", vgl. *Merkt* (Fn. 2), S. 1, 5 f.

115 *Elsing/Van Alstine* (Fn. 97), Rn. 625; *Kübler* (Fn. 98), S. 27.

faith rule"[116]: demnach reicht es aus, wenn der „board", in gutem Glauben entschieden hat, dass den Anforderungen des Nennwerts durch die eingebrachten Gegenstände Genüge getan ist.[117] Nur durch den dem Gläubiger obliegenden Nachweis eines offensichtlichen Betrugs des „board" ist die Bewertung angreifbar.[118]

b) Das moderne nennwertlose System

Nach modernem Konzept muss in den „articles of incorporation" der Nennwert nicht mehr zwingend festgelegt werden. Sowohl das M.B.C.A. als auch das Californian General Corporation Law haben sich von dem traditionellen Nennwertkonzept verabschiedet.

Mit dem Nennwertprinzip entfällt auch das Konzept des festbestimmten Grundkapitals.[119] Auch hier sollte das Problem der Haftung wegen „watered stock" i. w. S. abgeschafft werden.

Interessanterweise war zudem ein Motiv für die Umstellung der *Gläubigerschutz*: So hätten Nennwert und Grundkapital längst nicht mehr einen effektiven Gläubigerschutz zur Folge; dadurch würden sich Kreditgeber, die sich an eben diesen Faktoren orientierten, fälschlicherweise in Sicherheit fühlen. Den Überblick über die finanzielle Situation einer „corporation" zu bewahren, sei aber aufgrund der *komplexen* Regelungen hinsichtlich „stated capital", „capital surplus", „earned surplus" und der Ausschüttung derselben im traditionellen System fast unmöglich.[120]

Auch im modernen System ist es Aufgabe des „board of directors" die Einlage für die „shares" zu bestimmen.[121] Sacheinlagen werden in ähnlicher, und sogar toleranterer Weise bewertet. Der Revised Model Business Corporation Act (R. M. B. C. A. von 1946) verlangt lediglich, dass die Einlage „adequate" (angemessen) sei, damit der Erbringer der Einlage von jeglicher Nachschusspflicht entbunden sei.[122]

3. Kapitalerhaltung

In Bundesstaaten, die dem traditionellen Nennwertsystem folgen, darf die Verteilung von Dividenden das „stated capital" nicht antasten und außerdem nicht zur Insolvenz führen.[123] Die meisten Staaten lassen zudem eine Ausschüttung nur aus Gewinnen („earned surplus") erfolgen.[124]

Dass es nicht zur Zahlungsunfähigkeit der „corporation" durch gegenstandslose und

116 *Merkt* (Fn. 102), Rn. 391.
117 Leading case: See v. Heppenheimer, 69 N. j. Eq. 36, 61 A. 843 (Ch. 1905).
118 Vgl. § 6.21 (c) MBCA.
119 *Bungert*, Die GmbH im US-amerikanischen Recht – close corporation, 1993, S. 31 f.
120 *Merkt* (Fn. 102), Rn. 386.
121 § 409 (a)(1) Cal.Gen.Corp.Law.
122 Vgl. § 6.21 (c) R.M.B.C.A.
123 *Merkt* (Fn. 102), Rn. 457.
124 Siehe § 45 (a) M.B.C.A.; einzelne bundesstaatliche Regelungen bei: *Elsing/Van Alstine* (Fn. 97), Rn. 627.

damit betrügerische Vermögensübertragung kommt, soll der Uniform Fraudulent Conveyance Act (U.F.C.A.) oder andere konkursrechtliche Regelungen sichern, welche dem Schutz der Gläubiger dienen.[125] Aufgrund einiger gesetzlicher Ausnahmen kann trotzdem das Gesellschaftskapital verringert oder ausgehöhlt werden, z. B. durch den Erwerb eigener Aktien.[126] Die Regelungen weisen Schutzlücken auf, ein umfassender Schutz der Gläubiger ist somit nicht gewährleistet.[127]

Das moderne Konzept[128] sieht mit § 6.40 (c)(1) R.M.B.C.A. zunächst den „equity insolvency test", dann den „balance sheet test" vor. Demnach sind „distributions" an Gesellschafter nur zulässig, wenn die „corporation" auch nach der Ausschüttung ihre fälligen Schulden (= „debts") begleichen kann und die Aktiva die Passiva noch abdecken. Der Betrag, der bei Auflösung der „corporation" zur Erfüllung aller Vorzugsdividenden nötig wäre, ist dabei zu den Passiva zu addieren („balance sheet test").[129]

In Kalifornien wird sogar verlangt, dass nach der „distribution" das Gesellschaftsvermögen 1, der Summe aller Verbindlichkeiten ausmacht.[130] Diese strikten Ausschüttungsvorschriften haben einen weitreichenden Gläubigerschutz zum Zweck, wobei Unzulänglichkeiten im traditionellen System berücksichtigt wurden.

4. Haftung der Gesellschafter

Grundsätzlich gilt für die „corporation", dass sie eine „legal entity", also ein selbständiges Rechtssubjekt darstellt.[131] Damit ist das Prinzip der Trennung zwischen „corporation" und Gesellschafter verbunden;[132] die Gesellschaft haftet demzufolge nur mit *ihrem* Gesellschaftsvermögen (= „limited liability").[133]

a) Piercing the corporate veil (disregard of the legal entity)

In einer Vielzahl von Fällen ließ die US-amerikanische Rechtsprechung – im Gegensatz zur englischen Spruchpraxis – den Durchgriff auf die Gesellschafter einer „corporation" zu. So soll der Schleier (= „veil") der „corporation" zerrissen werden können, wenn sie in solcher Weise manipulativ kontrolliert werde, dass sie zum „alter ego", „mere instrumentality", „sham", „mere puppet" oder „shell" des hinter ihr stehenden Akteurs herabsinke.[134] Grundgedanke des „piercing the corporate veil" ist, dass die

125 *Henn/Alexander* (Fn. 99), Rn. 890.
126 Ausf: *Kübler* (Fn. 98), S. 41 ff. Siehe dazu oben Abschnitt II. 4.
127 So auch *Merkt* (Fn. 102), Rn. 462.
128 Wie oben in Abschnitt V. 2. b) beleuchtet.
129 § 6.40 (c) (2) R.M.B.C.A.
130 Vgl. den komplexen § 500 Cal.Gen.Corp.L.
131 Wortlaut des § 3.02 M.B.C.A.: „... has the same powers as an individual."; vgl. auch §§ 106, 121 Del.Gen.Corp.L.
132 *Laya v. Erin Homes Inc. 352 S.E. 2d 93, 94.*
133 § 6.22 M.B.C.A. Siehe dazu oben Abschnitt III. 5. a).
134 *Behrens*, in: Mestmäcker, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im int. Vergleich, S. 321/322; mit weiteren Bsp.: *Merkt* (Fn. 102), Rn. 316.

Privilegierung durch beschränkte Haftung nicht bei rechtsmissbräuchlichem Verhalten gilt.[135] Führt also die Einhaltung der „legal entity" zu einem unbilligen Ergebnis, so sei der Durchgriff auf die Hintermänner, folglich auf die „shareholders" zulässig.[136]

Unterschiede in der Rechtsprechung ergeben sich auch je nachdem, ob es sich um einen Fall vertraglicher oder außervertraglicher Haftung handelt. Der „voluntary creditor" hat sich seinen Vertragspartner ausgesucht und kann so eine Sicherung seines Anspruchs verlangen. Der deliktische Gläubiger hingegen hat i. d. R. seinen Schuldner nicht frei ausgewählt, so dass er auch nicht das Risiko beschränkter Haftung tragen soll. Daher wird bei deliktischen Ansprüchen der Haftungsdurchgriff sehr viel häufiger angenommen als bei vertraglichen.[137]

Verhaltensweisen, die „piercing the corporate veil" zur Folge haben, sind insbesondere Vermögensvermischung oder -entzug, Unterkapitalisierung sowie die Erweckung des Anscheins persönlicher Haftung.[138] „Piercing the veil" soll nach der Rechtsprechung u. a. Betrug, Unrecht, das Sichentziehen von rechtlicher Verantwortlichkeit sowie das Verdrehen oder Verbergen der Wahrheit verhindern,[139] auch im Recht der Konzerne.[140]

Der Durchgriff auf eine beherrschende Muttergesellschaft ist zulässig und wird oft praktiziert.

b) Self-protection of creditors (voluntary creditors)

Auch in den USA ist es absolut üblich, dass sich Gläubiger durch vertragliche „covenants" zu schützen suchen.[141] Insbesondere Banken, aber auch andere kreditmächtige Gläubiger vereinbaren zumeist „negative" oder „positive covenants".[142] Warengläubiger können auf dingliche oder persönliche Sicherheiten zurückgreifen.[143] *Enriques* und *Macey* benennen die vertragliche Absicherung der Gläubigerinteressen sogar als vorrangige Methode, die Gläubiger zu ihrem Schutze anwenden sollen.[144] Dabei berücksichtigen sie aber nur „voluntary creditors", die Zinsen und Kontrollrechte über die „corporation" zur Kompensation der Risikoübernahme verlangen können.[145]

Jedoch sind Ansprüche von „unvoluntary creditors" als unproblematisch anzusehen,

135 *Laya v. Erin Homes, Inc 352 S. E. 2d 93, 97:* „the fiction should be disregarded when it is urged with an intent not within ist reason purpose ...".

136 *Automotriz Del Golfo de California v. Resnick, 306 P.2d 1, 3*: „inequitable result will follow".

137 *Merkt* (Fn. 102), Rn. 324.

138 *Minton v. Cavaney, 364 P.2d 473, 475.* Weitere Kriterien bei: Ebd., Rn. 320.

139 M. w. N: Ebd. Rn. 313.

140 Hierzu *Zimmer* (Fn. 105), 363 ff.

141 Pointiert: *Enriques/Macey*, Creditors versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules, 2001:86 Cornell Law Review, S. 1165, 1173.

142 Hierzu *Mülbert/Birke* (Fn. 17), S. 695, 723.

143 *Kübler* (Fn. 98), S. 32.

144 Sie stellen des weiteren exzellent dar, wie „shareholders" „creditors" ökonomisch gesehen durch entsprechende Risikoverteilung benachteiligen können, *Enriques/Macey* (Fn. 141), S. 1165, 1169 f.

145 *Enriques/Macey* (Fn. 141), S. 1165, 1172.

der deliktische Gläubiger hat in der Person des Handelnden eine natürliche Person als Schuldner, der unbeschränkt haftet.[146]

5. Haftung der Geschäftsleiter

Auch „directors" können grundsätzlich aus Delikt persönlich haften.

Haben sie sich vertraglich gebunden, z. B. durch Bürgschaften etc., so können Dritte vertragliche Ansprüche gegen die Gesellschaft ebenfalls gegenüber den „directors" geltend machen.[147]

Ferner haben sie nach „common law" die ihnen obliegenden Sorgfalts- und Treuepflichten (= „director's duties") zu beachten; sie dürfen nur innerhalb ihrer Vertretungsmacht, bzw. „intra vires" handeln. Jedoch bestehen diese Pflichten meistens gegenüber der Gesellschaft oder den Gesellschaftern, selten gegenüber Gläubigern.[148]

Verstößt der „board of directors" wissentlich gegen die Ausschüttungsvorschriften des jeweiligen Bundesstaats, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der den Gesellschaftsgläubigern durch die Verteilung der Dividenden entstand. Die „directors" haften gesamtschuldnerisch. Von dieser gesetzlichen Haftung kann sich der einzelne „director" allerdings befreien, wenn er nachweisen kann, dass er in gutem Glauben gehandelt, und die ihm obliegenden „duties" beachtet hat.[149]

Bei entsprechendem Verhalten kann natürlich auch ein „piercing of the corporate veil" im Hinblick auf die „directors" gegeben sein.

Insgesamt ist das Risiko der „directors" (und auch der „officers" = leitende Angestellte[150]), persönlich zu haften, recht hoch.[151] Um trotzdem geeignete Personen für den Posten des „directors" gewinnen zu können, kann dieses Risiko eingeschränkt werden. In den „articles of incorporation" kann seit einiger Zeit die Haftung für Verletzungen der Sorgfaltspflicht („fiduciary duty of care") ausgeschlossen werden.[152] Hingegen muss unverändert die „duty of loyalty" beachtet werden. Die „duty of loyalty" ist regelmäßig wichtig für Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen.[153]

Die Gesellschaft kann dann das Risiko, das mit dieser Haftungsbeschränkung einhergeht, durch Abschluss entsprechender Versicherungen („indemnity insurances") abdecken.[154]

---

146 *Mülbert/Birke* (Fn. 17), S. 695, 715.

147 *Merkt* (Fn. 102), Rn. 527.

148 *Henn/Alexander* (Fn. 99), S. 611 f.

149 *Merkt* (Fn. 102), Rn. 465.

150 Vgl. z. B.: *Covington*, Cases and materials for a course in legal methods, 1969, S. 37 ff.

151 Zum „director as *Übermensch*" siehe: *Enriques*, Bad Apples, Bad Oranges: A Comment from Old Europe on Post-Enron Corporate Governance Reforms, 2003:38 Wake Forest Law Review, S. 911, 926/931.

152 Z. B. § 149 Del.Gen.Corp.L.

153 Bspw.: *Acquisitions v. Anderson, Clayton & Co., 519 A.2d 103 (1986).*

154 Vgl. § 317 (i) Cal.Corp.Code; § 145 (g) Del. Gen. Corp. L.; *Henn/Alexander* (Fn. 99), S. 1144 f.

6. Publizität

Auch in den USA ist die Unternehmenspublizität zum Schutz des Gläubigers von herausragender Bedeutung.[155]

„Shareholders" können entweder aus den Grundsätzen des Common Law oder aus gesetzlichen Regelungen ihr Recht auf Einsichtnahme in die Bücher der Gesellschaft durchsetzen.[156]

Das einzelstaatliche Gesellschaftsrecht wird durch bundesrechtliche Kapitalmarktvorschriften ergänzt. „Public corporations"[157] müssen das Federal securities law, also den Securities Act von 1933 sowie den Securities Exchange Act von 1934, berücksichtigen. Grundgedanke der Federal Securities Acts ist, dass der Schutz des privaten Investors am besten dadurch erreicht werde, dass bei der Ausgabe von aktienrechtlichen Wertpapieren alle relevanten Informationen der interessierten Öffentlichkeit zugänglich gemacht werde.[158] Kurz gesagt: Gläubigerschutz wird hier insbesondere durch Publizität erreicht. „Public corporations" und sog. „underwriters", also als Emissionsunternehmen eingeschaltete Investmentbanken, müssen daher detaillierte Informationen in einem „registration statement" beim S.E.C. (Securities and Exchange Commission) einreichen.[159] Dieses „registration statement" kann dann von der Öffentlichkeit eingesehen werden. Ausnahmen von den strengen Publizitätsvorschriften des Federal Securities Law werden bei „private placements" u. ä. gemacht, bei denen Wertpapiere an institutionelle Anleger, folglich nicht an den öffentlichen Kapitalmarkt ausgegeben werden.[160]

Das Federal Securities Law sieht sowohl zivilrechtliche als auch strafrechtliche Sanktionen für Verstöße gegen Publizitätsvorschriften vor. Genauso sanktioniert werden aber auch betrügerische Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Wertpapierausgabe durch die sog. „anti-fraud provisions".[161] Interessanterweise können zivilrechtliche Ansprüche sowohl vor den Bundesgerichten (Federal Courts) als auch vor den Gerichten der Einzelstaaten (State Jurisdiction) geltend gemacht werden.[162]

Zudem kennt auch das US-amerikanische System Offenlegungspflichten; u. a. ist ein „annual report" zu erstellen.[163]

---

155 Vgl. *Enriques/Macey* (Fn. 141), S. 1165, 1189, inbesondere zum Warengläubiger.
156 *Johncamp Realty, Inc. V. Sanders, 415 N.Y.S.2d 949 (1979)*; § 624 New York Bus.Corp.L.
157 Siehe dazu oben Abschnitt V. 1.
158 *Elsing/Van Alstine* (Fn. 97), Rn. 633/639.
159 Siehe z. B. § 7 Securities Act 1933. Vgl. *Henn/Alexander* (Fn. 99), S. 785 ff.
160 § 4 (2) Securities Act.
161 § 17 Securities Act 1933; *Henn/Alexander* (Fn. 99), S. 810.
162 § 22 Securities Act 1933.
163 Siehe dazu oben Abschnitt II. 8.

VI. Resümee

Der US-amerikanische (gesellschaftsrechtliche) Ansatz bezweckt die Stärkung der „shareholders" durch ein Maximum an Flexibilität, und damit zugleich das Wirtschaftswachstum.[164] Diese kapitalmarktorientierte Herangehensweise geht folglich noch einen Schritt weiter als das englische Recht. Das Nennwertkonzept, Mindestkapital- und Grundkapitalerfordernisse sind gänzlich aufgegeben worden. Stattdessen gibt es die Möglichkeit eines Haftungsdurchgriffs auf Gesellschafter sowie Geschäftsführer und insbesondere Selbstschutzmechanismen, derer sich der Gläubiger bedienen soll. *Der US-amerikanische Gläubiger* ist ein autonomes, rational agierendes Individuum, das nicht des staatlichen Schutzes bedarf, sondern sich vielmehr durch vertragliche Vereinbarung effektiv absichert.

Wie dargelegt, ähneln sich das englische und das US-amerikanische Gläubigerschutzprinzip in vielerlei Hinsicht. Dass im Zuge der Vergemeinschaftung der Europäischen Union das englische Recht sich an das kontinentaleuropäische Konzept angepasst hat, ist folgerecht.

VII. Stellungnahme

Bis heute sind die USA die stärkste Wirtschaftsmacht der Welt. Diese Vorreiterstellung haben sie nicht zuletzt durch ihre unternehmens- und kapitalmarktrechtlichen Regelungen, die einen flexiblen und liberalen Rahmen für Unternehmen schaffen.[165] Kosten und Zeitaufwand würden durch dieses Modell minimal gehalten.[166]

Auch auf EU-Ebene hat die sog. High Level Group of Company Law Experts, eine von der Europäischen Kommission beauftragte internationale Expertengruppe, für eine europäische Regelung der Insolvenzverschleppung, insbesondere die Haftung wegen „wrongful trading" des englischen Rechts (und auch die französische „action en comblement du passif") hervorgehoben.[167] Die Chancen einer stillen Sanierung würden durch die Anknüpfung der Haftung an das Verhalten der Geschäftsleiter bereits im Vorfeld der Insolvenz gefördert.[168] Eine Anlehnung des deutschen Rechts an „wrongful trading" wäre demnach erwägenswert. Zu berücksichtigen bleibt aber, dass ein Nebeneinander von englischer und deutscher Konzeption hinsichtlich der Insolvenzverschleppungshaftung zu Konkurrenzproblemen führen kann, wodurch dem Gläubigerschutz nicht gedient wäre.[169]

---

164 Vgl. *Enriques/Macey* (Fn. 141), S. 1165, 1173 f.

165 So auch *Enriques/Macey* (Fn. 141), S. 1165, 1166/1167.

166 U. a. *Kübler* (Fn. 98), S. 55.

167 Bericht der Hochrangigen Gruppe, 2002, S. 73.

168 Ausführlich zur „action en comblement du passif": *Zimmer* (Fn. 105), S. 281 ff.

169 Daher auch ablehnend: *Habersack/Verse* (Fn. 72), S. 174, 210, die das deutsche Konzept als „der wrongful trading-Haftung deutlich überlegen" bezeichnen.

Soll folglich der in Art. 15/16 der Kapitalrichtlinie normierte „Rocher de bronce", der das „deutsche" Kapitalschutzprinzip enthält, durch marktorientierte Regelungen nach angloamerikanischem Modell, wie beispielsweise den M. B. C. A., ersetzt werden?[170] Auch deutsche Autoren stellen das in Frage.[171]

Die aktuelle Diskussion zeigt, dass es der Reformen bedarf. Dennoch ist die Übernahme konkreter angloamerikanischer Regelungen mit Vorsicht in Betracht zu ziehen. Wie in den USA und in England auch, ist in Deutschland eine gewachsene gesellschaftsrechtliche Struktur vorhanden. Ein Überstülpen des amerikanischen, bzw. englischen marktorientierten Konzepts hätte ungewisse, wenn nicht sogar negative Folgen. Statt der vollständigen Aufgabe des gesetzlichen Kapitalschutzes sollten daher in Deutschland Aspekte, die man durch den Vergleich der jeweiligen Rechtsordnungen gewinnt, in das nationale Gesellschaftsrecht einfließen und dieses im Hinblick auf den internationalen Markt stärken.

Beispielsweise ist es erstrebenswert, die im US-amerikanischen Recht verankerte Transparenz durch Offenlegungspflichten in das deutsche Recht zu übernehmen.[172] Auch die Bilanzierung durch vorsichtige und konservative Bewertung ist reformbedürftig.[173]

Es ist demnach eine Reform, und nicht eine Revolution, für das deutsche Gläubigerschutzkonzept vonnöten, bei der die Vorzüge und Stärken des angloamerikanischen Systems berücksichtigt werden sollten.

VIII. Ausblick

Nach den Urteilen des EuGH in Sachen Centros, Überseering und Inspire Art[174] ist der „deutsche" gesetzliche Kapitalschutz ins Wanken geraten. Eine verstärkte Präsenz unterkapitalisierter Gesellschaften (namentlich von „private companies") ist zu erwarten.

Der Trend in Deutschland (und Europa) geht generell in Richtung eines kapitalmarktorientierten Wirtschaftssystems. Als Vorbild dient das angloamerikanische Modell.

---

170 So der Vorschlag von *Enriques/Macey* (Fn. 141), S. 1165.

171 Z. B. *Kübler*, Institutioneller Gläubigerschutz oder Kapitalmarkttransparenz?, ZHR 159 (1995), S. 550, 557 ff.; *derselbe* (Fn. 4), S. 550, 556 f.

172 So auch *Kakies*, Der Schutz der Minderheitsaktionäre und Gläubiger im faktischen Konzern unter besonderer Berücksichtigung der Sonderprüfung gemäß § 315 AktG, Diss. Berlin 2003, S. 216.

173 *Kübler* (Fn. 171), S. 550, 552 f.

174 „Centros" (Fn. 7); „Überseering": *EuGH*-Urteil vom 5. 11. 2002-Rs. C-208/00, EuGHE 2002 S. I-9919 ff.; „Inspire Art": *EuGH*-Urteil vom 30. 9. 2003-Rs. C-167/01.

Die Methodik-Beiträge der StudZR können online leider nicht zur Verfügung gestellt werden.
Die StudZR-Redaktion bittet diesbezüglich um Ihr Verständnis.

Der Name ist Programm

Die Lehrbücher dieser neuen Reihe des C.F. Müller Verlages wenden sich an denjenigen, der sich zum ersten Mal mit einem bestimmten Rechtsgebiet befassen muss.

Dank der komprimierten und klar gegliederten Darstellung ermöglichen sie dem Anfänger einen mühelosen Einstieg, geben ihm einen Überblick über die Problemlagen und erleichtern die Orientierung.

Die Autoren beschränken sich bei ihrer Darstellung auf das für die Prüfungen Wesentliche. Sie verdeutlichen Grundstrukturen und systematische Zusammenhänge, verzichten aber bewusst auf eine wissenschaftliche Vertiefung.

Die Bände enthalten zahlreiche Beispiele, Übersichten, Tabellen, Merksätze, Definitionen, teilweise auch Wiederholungsfragen und Klausurtipps.

Erbrecht
Von Prof. Dr. Karl-Heinz Gursky, Osnabrück. 4., neu bearbeitete Auflage 2004. XII, 146 S. € 15,90
ISBN 5-8114-3123-4

Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Mit 53 Fällen und Lösungen
Von Prof Dr. Hartmut Eisenmann, Pforzheim. 5., völlig neu bearbeitete Auflage 2004. XVIII, 361 S.
€ 19,90 ISBN 3-8114-3120-X

Prüfungsschemata Verwaltungsrecht
Grundlagen und Erläuterungen
Von Prof. Lutz Treder, Hamburg, und Prof. Wolfgang Rohr, Hamburg.
3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2004. XVIII, 258 S. € 19,90
ISBN 3-8114-3121-6
„... ein Werkzeug, das Gold wert ist ... uneingeschränkt empfehlenswert."
jurawelt.com 5/2003

Staats- und Verwaltungsrecht
Fallbearbeitung, Übersichten, Schemata
Von Prof. Dr. Volker Haug, Stuttgart.
5., überarbeitete Auflage 2004.
XVI, 264 S. € 18,90
ISBN 3-8114-3122-6
„Eine Bereicherung der Ausbildungsliteratur ..." JuS 5/2002

70331168

C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, Im Weiher 10, 69121 Heidelberg
Kundenbetreuung München: Bestell-Tel. 089/54852-8178
Fax 089/54852-8137. E-Mail: kundenbetreuung@hjr-verlag.de
www.cfmueller-campus.de

CFM
C.F. Müller
www.cfmueller-verlag.de