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

Geleitwort

Eine studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft von Studierenden für Studierende ist sicher nicht alltäglich. Sie ist Ausdruck von Mut, Entschlossenheit und Engagement. Dass dieses vom Experiment inzwischen zum Erfolg gereifte Unterfangen gerade in Heidelberg beheimatet ist, kann nicht überraschen.

Die Heidelberger Juristenfakultät ist seit nunmehr zehn Jahren eine der drei Fakultäten in Deutschland, die für einen verstärkten Praxisbezug und vor allem für eine anwaltsorientierte Juristenausbildung stehen. Nicht zuletzt deswegen hat das managermagazin in einer jüngsten Untersuchung (Heft 7/2005) die Bucerius Law School und die Universität Heidelberg als die Kämpfer „um den Ruf als beste Jura-Hochschule" bezeichnet.

Gewährleistet wird dieser gute Ruf durch eine herausragende und dem Neuen aufgeschlossene Fakultät, durch eine engagierte, in den Lehrbetrieb gut integrierte Anwaltschaft aus dem Rhein-Neckar-Dreieck und nicht zuletzt durch eine Studentenschaft, die, wie die StudZR zeigt, sich über das übliche Maß hinaus in den Ausbildungsprozess einbringt.

Dieser harmonische Dreiklang von Wissenschaftlern, Praktikern und Studierenden berechtigt zu den schönsten Hoffnungen, wenn es um den Ruf der Besten geht.

RA Dr. jur. Gerald Rittershaus

Honorarprofessor an der Universität Heidelberg und Stellvertretender Leiter des Zentrums für anwaltsorientierte Juristenausbildung an der Universität Heidelberg

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*

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Manfred Wissmann/Mark Adolphs
Direktanspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer bei der D & O Versicherung 489

Max Thümmel
Bedeutung und Schutz von traditionellem Wissen unter besonderer Berücksichtigung von geistigen Eigentumsrechten 505

Jan Kossmann
Non Performing Loans in Deutschland 535

Alexander Otto
Chancen und Risiken eines europäischen Strafverfahrensrechts – eine kritische Bestandsaufnahme 557

Methodik

Prof. Dr. Thomas Lobinger/Jens Daniel Rau
Übungsfall: „Der Bereicherungsausgleich bei unberechtigter Vermietung und Untervermietung“ 579

Dr. Matthias Weller
Übungsfall: „Die eBay-Versteigerung“ 593

Reaktionen von Lesern 625

Aufsätze

Manfred Wissmann/Mark Adolphs

Direktanspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer bei der D & O Versicherung

Abstract

Sollen die Prämien für eine D & O Versicherung vom Unternehmen als Betriebsausgaben abgesetzt werden, fordert die Finanzverwaltung (unter anderem), dass der Anspruch auf die Versicherungsleistung dem Unternehmen zusteht. Hieran orientiert sich die Praxis. Nun scheinen erste zivilgerichtliche Entscheidungen die in der Literatur vertretene Meinung zu bestätigen, dass Inhaber des Versicherungsanspruchs die versicherte Person ist. Die Autoren zeigen auf, dass die von der Finanzverwaltung gewünschte Gestaltung richtig, mindestens aber zulässig ist.

Zur Veranschaulichung der Problematik wird die D & O Versicherung vorgestellt (unten I.). Sodann wird die D & O in das System des Privatversicherungsrechts eingeordnet (unten II.). Die hierbei auftauchenden Fragestellungen werden anschließend erörtert (unten III.) und entsprechend gewürdigt (unten IV.). Zuletzt wird ein Ausblick auf die Änderungen im Aktienrecht durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts – UMAG – gewährt (unten V.).

* *Manfred Wissmann* ist Rechtsanwalt und Seniorpartner der Kanzlei *Rittershaus* in Mannheim. *Mark Adolphs* ist Rechtsreferendar in der Kanzlei *Rittershaus*.

I. Einführung in die D & O Versicherung

Die D & O Versicherung kommt aus dem angloamerikanischen Rechtskreis und war eine Reaktion auf die gesetzlichen Haftungsverschärfungen nach dem schwarzen Freitag von 1929.[1] Begrifflich kommt die „D & O" von „Directors and Officers Liability Insurance". Da im amerikanischen System des Gesellschaftsrechts die „Directors" sowohl Funktionen der Geschäftsleitung als auch der Kontrolle wahrnehmen[2], wurden auch für Deutschland von vornherein nur Versicherungen sowohl für Vorstand/Geschäftsführung als auch für Aufsichtsrat/Beirat angeboten. Dass sich die D & O Versicherung in den USA seit Beginn der 70er Jahre rasch durchsetzten konnte, ist vor allem den Besonderheiten des amerikanischen Rechtssystems und der Rechtspraxis zu verdanken. Hier besteht die Möglichkeit des Aktionärs, in eigenem Namen auf Schadensersatz an die Gesellschaft zu klagen, sog. *derivative suit*, was im deutschen Aktienrecht keine Entsprechung findet. Nach Maßgabe des § 147 AktG ist eine Minderheit von 10 % des vertretenen Grundkapitals bzw. eine qualifizierte Minderheit von 5 % befugt, einen besonderen Vertreter zu bestellen, der die Ansprüche der Gesellschaft gegen die Organe verfolgt.[3] Zudem haben in den USA die sog. *punitive damages* zu einer Verschärfung des persönlichen Haftungsrisikos geführt. Diese Faktoren, gepaart mit einer erhöhten Anspruchsmentalität der amerikanischen Öffentlichkeit (*deep pocket thinking*) sowie dem verbraucherfreundlichen Jurysystem, haben zum Verkaufserfolg der Deckung beigetragen.[4]

Die D & O Versicherung hat sich in Deutschland erst spät, Mitte der 90er Jahre verbreitet. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass das damalige Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (BAV, jetzt BaFin) die Genehmigung der AVB (Allgemeine Versicherungsbedingungen; es handelt sich um AGB, die üblicherweise in vorgegebener oder abgewandelter Form Gegenstand des Versicherungsvertrages werden) verweigerte, da es die Haftung für unternehmerische Fehlentscheidungen für nicht versicherbar hielt. Nachdem das Genehmigungserfordernis im Zuge der Rechtsangleichung innerhalb der EU seit dem 1. 7. 1994 weggefallen ist, war auch in Deutschland prinzipiell die Möglichkeit einer D & O Deckung gegeben.

Die deutsche Versicherungslandschaft stand der Einführung einer D & O Deckung jedoch mit Skepsis gegenüber. Das Haftungsrisiko wurde teils für nicht existent, teils für nicht versicherbar gehalten. Erst im Jahre 1995 verließ ein namhafter Versicherer

---

1 Zum gesamten geschichtlichen Hintergrund vgl. die umfassende Darstellung von *Ihlas*, Organhaftung und Haftpflichtversicherung, Diss. Darmstadt 1997, S. 33 ff.

2 So genanntes „monistisches" System, vgl. *Böckli*, Konvergenz: Annäherung des monistischen und des dualistischen Führungs- und Aufsichtssystems, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 202.

3 Näher dazu *Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten 3. Aufl. 2003, Rn. 209 ff. und 283 ff.

4 Vgl. auch *Thümmel/Sparberg*, Haftungsrisiken der Vorstände, Geschäftsführer, Aufsichtsräte und Beiräte sowie deren Versicherbarkeit, DB 1995, S. 1016.

den bis dahin geschlossenen Kreis der nationalen Versicherer[5] und bot eigenständig eine D & O Deckung an. Dem folgten weitere namhafte deutsche Erstversicherer.

Der Haftpflicht-Fachausschuss des Gesamtverbandes der deutschen Versicherungswirtschaft e. V. (GDV) richtete Anfang 1996 eine Arbeitsgruppe mit dem Auftrag ein, ein Standard-Bedingungswerk für die D & O Police zu entwerfen. Diese Musterbedingungen liegen als „Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern" (AVB-AVG)[6] in ihrer endgültigen Fassung seit Mitte 1997 vor; sie werden vom GDV unverändert zur Verwendung empfohlen. Die Praxis weicht zum Teil erheblich von diesen unverbindlichen Musterbedingungen ab.[7]

Der Abschluss einer D & O Versicherung ist mittlerweile Standard. Die Absicherung des Top-Managements auf diese Weise wird in den USA mittlerweile als Teil der Fürsorgepflicht des Unternehmens begriffen; das Nichtvorhandensein ausreichenden D & O Deckungsschutzes gilt als hinreichender Grund, eine Organstellung nicht anzunehmen.[8]

II. Einordnung der D & O Versicherung in das System des Versicherungsvertragsgesetzes/Inhalt des Versicherungsanspruchs

Die D & O Versicherung ist gesetzlich bislang nicht geregelt.[9] Die Einordnung in das System des Versicherungsvertragsrechts erfordert daher eine Analyse der AVB der Police:

Gemäß Ziffer 1.1 AVB-AVG gewährt der Versicherer Versicherungsschutz für den Fall, dass die versicherten Personen wegen einer in Ausübung ihrer Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung für einen Vermögensschaden vom Versicherungsnehmer oder einem Dritten auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Der Versicherer übernimmt danach das Haftungsrisiko der versicherten Personen in den genannten Fällen. Die Versicherten selbst sind aber nicht Partei des Versicherungsvertrages. Dieser wird allein zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer geschlossen, wobei der Versicherungsnehmer auch alleiniger Prämienschuldner ist.

Die D & O wird daher gemeinhin als eine Versicherung für fremde Rechnung im Sinne von §§ 74, 75 VVG angesehen.[10] Nach § 74 I VVG kann der Versicherungs-

5 Bzw. hier eher Versicherungsverweigerer.
6 Abgedruckt inkl. Erläuterungen bei *Thümmel* (Fn. 3), S. 202 ff.
7 Laut telefonischer Auskunft werden diese Musterbedingungen zurzeit gerade überarbeitet.
8 *Thümmel/Sparberg* (Fn. 4), S. 1016.
9 Vgl. *Beckmann/Matusche – Beckmann*, Versicherungsrechts – Handbuch 2004, § 28 Rn. 18.
10 Allgemeine Auffassung, vgl. nur: *Koch*, Die Rechtstellung der Gesellschaft und des Organmitglieds in der D & O Versicherung (I), GmbHR 2004 S. 18, 22; *von Westphalen*, Die D & O Versicherung und Direktanspruch der Gesellschaft gegenüber der Versicherung?, DB 2005 S. 431, 434 f.; *OLG München*, Urteil vom 15. 3. 2005 – nicht rechtskräftig – Az. 25 U 3940/04, VersR 2005, S. 540, 541; *Beckmann/Matusche – Beckmann* (Fn. 9), Rn. 1.

nehmer den Versicherungsvertrag mit dem Versicherer in eigenem Namen für einen anderen – den Versicherten – schließen. Der Versicherte muss im Versicherungsvertrag nicht namentlich bezeichnet werden. Nach § 75 I VVG stehen die Rechte aus dem Versicherungsvertrag dem Versicherten zu (materielle Anspruchsberechtigung), wobei der Versicherungsschein allein vom Versicherungsnehmer beansprucht werden kann. Die Verfügungsbefugnis über den Versicherungsanspruch ist an den Versicherungsschein gekoppelt. Formell anspruchsberechtigt ist der Versicherte nur, wenn der Versicherungsnehmer zustimmt, oder wenn der Versicherte im Besitz des Versicherungsscheins ist. Die Trennung von materieller und formeller Anspruchsberechtigung bewirkt ein gesetzliches Treuhandverhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherten, §§ 75 I, 76 I VVG.[11] Der Versicherungsnehmer ist berechtigt, den Anspruch des Versicherten auf die Versicherungsleistung in Prozessstandschaft geltend zu machen. Die Möglichkeit einer direkten Inanspruchnahme des Versicherers durch den Versicherungsnehmer ist nach den §§ 74, 75 VVG daher gegeben.

Die D & O Versicherung gewährt die Übernahme des Haftungsrisikos des Versicherten gegenüber dem Versicherungsnehmer sowie Dritten. Nach Ziffer 4.1 AVB-AVG ist der Versicherungsanspruch sowohl auf die gerichtliche und außergerichtliche Abwehr unbegründeter als auch auf die Befriedigung begründeter Schadensersatzansprüche gerichtet. Der sachliche Umfang des Versicherungsschutzes entspricht damit dem typischen Umfang einer Haftpflichtversicherung.[12] Die weiteren Bestimmungen der AVB-AVG entsprechen zudem den haftpflichtversicherungstypischen Besonderheiten, wie z. B. das Anerkenntnis- und Befriedigungsverbot des Versicherungsnehmers sowie der versicherten Person (Ziffer 7), wie aber auch die Verpflichtung des versicherten Organs, dem Versicherer die Prozessführung zu überlassen (Ziffer 4.5).

Die D & O stellt somit auch einen speziellen Fall der Vermögensschadenshaftpflichtversicherung dar, so dass die §§ 149 ff. VVG grundsätzlich Anwendung finden.[13] Soweit die §§ 149 ff. VVG anzuwenden sind, gehen sie den allgemeinen Vorschriften der §§ 74, 75 VVG als *leges speciales* vor. Höchst problematisch ist aber die Frage, wieweit der Anwendungsbereich der §§ 149 ff. VVG geht, wieweit also die §§ 74, 75 ff. VVG verdrängt werden.

II. Anspruchsberechtigung bei der D & O

Die D & O Versicherung bietet ausweislich Ziffer 1.1 I AVB-AVG Versicherungsschutz für Vermögensschäden des Versicherungsnehmers oder eines Dritten, die durch eine Pflichtverletzung des Versicherten verursacht werden. Die Ersatzpflicht erfasst daher sowohl das Verhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherten (Innenverhältnis), als auch das Verhältnis zwischen Versichertem und

11 *Säcker*, Streitfragen zur D & O Versicherung, VersR 2005, S. 10.
12 Vgl. auch *Koch* (Fn. 10), S. 20.
13 *Beckmann/Matusche – Beckmann* (Fn. 9) Rn. 18; *OLG München* (Fn. 10), S. 541.

Dritten (Außenverhältnis). Der Begriff des Vermögensschadens ist dabei nicht identisch mit demjenigen des Bürgerlichen Rechts; Vermögensschäden i. S. der D & O Versicherung sind gemäß Ziffer 1.1 II AVB-AVG nur diejenigen Schäden, die nicht Personen- oder Sachschäden oder deren Folgeschäden sind. Die D & O Versicherung ergänzt somit den Versicherungsschutz der Organe; die Betriebshaftpflichtversicherung deckt mangels anderweitiger Vereinbarung die von der D & O nicht versicherbaren Personen- und Sachschäden ab.[14]

Die D & O bietet daher Versicherungsschutz sowohl für die Haftung im Außen- als auch im Innenverhältnis. Die Frage der Anspruchsberechtigung hängt von der Reichweite der §§ 149 ff. VVG sowie der Frage ab, ob die Haftung im Außen- oder im Innenverhältnis eingetreten ist (dazu näher unten III. 2. b.).

Kommt es nun zu einem Versicherungsfall, so ist es naheliegend, dass der Versicherungsnehmer den Versicherer sofort auf Regulierung des Schadens in Anspruch nehmen möchte, ohne zuvor die Frage der Haftung des versicherten Organs in einem unter Umständen zeitaufwendigen Haftungs-Prozess klären zu müssen.

Ob ein solches Vorgehen aber mit dem Wesen der D & O Versicherung zu vereinbaren ist, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt.

1. Die herrschende Meinung – Kein Direktanspruch des Versicherungsnehmers

Die (bislang) herrschende Meinung in der Literatur billigt dem Versicherungsnehmer einen Direktanspruch auf Zahlung gegen den Versicherer nicht zu.

Die Frage der Anspruchsberechtigung sei danach zu beurteilen, wessen Interessen durch die Leistungen des Versicherers geschützt werden sollen. Bei der D & O Versicherung seien allein die Interessen der versicherten Person von Bedeutung, da der Inhalt des Versicherungsanspruchs auf eine Schadloshaltung des Versicherten von Schadensersatzansprüchen Dritter oder des Versicherungsnehmers gerichtet sei. Nehme der Versicherungsnehmer den Versicherten auf Schadensersatz in Anspruch, so sei es als bloßer Reflex der Interessenwahrung des Versicherten anzusehen, wenn der Versicherer die Versicherungsleistung durch Befriedigung des Versicherungsnehmers erbringe, und damit vermeintlich im Interesse des Versicherungsnehmers handle. Die D & O Versicherung sei eine Haftpflichtversicherung i. S. der §§ 149 ff. VVG. Nach § 149 VVG ist der Versicherer verpflichtet, den Versicherungsnehmer/Versicherten gegenüber dem Geschädigten von seiner Haftung freizustellen. Der Versicherungsanspruch wird in § 150 VVG dahingehend konkretisiert, dass der Versicherer sowohl die Abwehr unbegründeter als auch die Befriedigung begründeter Ansprüche im Rahmen seiner Leistungspflicht (Deckungssumme) schuldet. Im Zusammenhang mit § 154 VVG werde deutlich, dass es dem Versicherer frei stehe, die Ansprüche des Geschädigten zu befriedigen oder diese gerichtlich abzuwehren. Der Versicherungsanspruch nach § 149 VVG stehe bei der D & O Versicherung aber

14 Vgl. auch *Koch* (Fn. 10), S. 20.

dem Versicherten, nicht hingegen dem Versicherungsnehmer zu. Der Versicherungsnehmer nehme als Geschädigter im Rahmen des § 149 VVG die Stellung eines außenstehenden Dritten ein. Wegen des haftpflichttypischen Trennungsprinzips könne der Versicherungsnehmer aber nicht zugleich Anspruchsinhaber und Empfänger der Versicherungsleistung sein. Die Zubilligung eines auf Befriedigung gerichteten Direktanspruchs des Versicherungsnehmers sei zudem unvereinbar mit dem im Haftpflichtrecht geltenden Trennungsprinzip, wonach die Haftungsfrage und die Deckungsfrage in getrennten Prozessen zu klären seien. Die Nichtbeachtung des Trennungsprinzips bei Zubilligung eines Direktanspruchs des Versicherungsnehmers ziehe eine ungerechtfertigte Schlechterstellung des Versicherers nach sich, da dies zum Verlust des Wahlrechts führe.[15] Der Versicherer könne im Falle eines Direktanspruchs des Versicherungsnehmers schließlich nicht mehr von seinem Recht auf Abwehr des Schadensersatzverlangens Gebrauch machen. Wäre die Haftungsfrage zudem im Deckungsprozess als Vorfrage zu beurteilen, so könnte das Organ als Zeuge des Versicherungsnehmers auftreten, was zu einer Verringerung der Erfolgschancen des Versicherers im Prozess führen würde. Wegen der Beweislastumkehr des § 93 II S. 2 AktG müsse schließlich der Versicherer die Nichthaftung des versicherten Organs darlegen und beweisen. Zwar obliege ihm dies auch in einem getrennten Haftungsprozess; jedoch wäre die Abwehrbereitschaft des Organs erheblich vermindert, da es nicht als Partei an dem Prozess beteiligt wäre. Es bestünde dann die Gefahr einer „freundlichen Klage", die darauf gerichtet sei, Unternehmensverluste durch kollusives Zusammenwirken von Versichertem und Versicherungsnehmer auf den Versicherer abzuwälzen. Dieser Art von „Kaskomentalität" gelte es durch die Verneinung eines Direktanspruchs entgegenzutreten.[16]

Durch die Einordnung der D & O Versicherung als Versicherung für fremde Rechnung i. S. der §§ 74 ff. VVG[17] werde zudem klargestellt, dass das versicherte Interesse dasjenige der versicherten Person, nicht jedoch dasjenige des Versicherungsnehmers sei. Die materielle Anspruchsberechtigung sei nach § 75 I S. 1 VVG ohnehin dem Versicherten zugewiesen. Doch auch die formelle Anspruchsberechtigung gehe bei der D & O Versicherung auf den Versicherten über, da die §§ 75 II, 76 VVG durch die §§ 149 ff. VVG verdrängt würden.[18] Das Trennungsprinzip im Haftpflichtrecht lasse eine Vereinigung von Anspruchsberechtigung und Anspruchsverpflichtung in der Hand einer Person nicht zu. Der Versicherer wäre seines Wahlrechts beraubt und müsste eine Verringerung seiner Erfolgschancen im Deckungsprozess befürchten. Durch die D & O Versicherung werde aber allein das versicherte Organ gegen die Inanspruchnahme durch Dritte sowie des Versicherungsnehmers geschützt. Interessen des Versicherungsnehmers seien daher belanglos. Allein das Interesse des versicherten Organs an einem Schutz seines Privatvermögens vor dem Zugriff von Dritten oder

15 So im Ergebnis *OLG München* (Fn. 10), S. 541.

16 *Von Westphalen* (Fn. 10), S. 431.

17 Vgl. *Koch* (Fn. 10), S. 22; *Ihlas* (Fn. 1), S. 191 ff.; *von Westphalen* (Fn. 10), S. 434 f.; sowie *OLG München* (Fn. 10), S. 541.

18 *Von Westphalen* (Fn. 10), S. 432; *Koch* (Fn. 10), S. 24.

des Versicherungsnehmers sei Gegenstand des Versicherungsvertrages und vom Versicherer zu schützen.[19] Zudem diene das Interesse des Versicherten an einer Abwehr der Ansprüche auch der Wahrung seines Images. Dem stehe nach der in der Literatur geäußerter Auffassung auch nicht entgegen, dass steuerrechtlich das Interesse des Versicherungsnehmers als vorrangig angesehen werde. Der Erlass des Finanzministeriums Niedersachsen[20] sowie die ständige Praxis der Finanzbehörden, die Prämienzahlungen durch den Versicherungsnehmer steuerrechtlich als Betriebsausgaben zu behandeln, habe auf die Bewertung der Interessenlage anhand des Bürgerlichen Rechts allenfalls einen geringen Einfluss.[21] Zudem sei die Frage der Innenhaftung nicht (unmittelbar) Gegenstand des Erlasses, so dass diesem in versicherungsrechtlicher Hinsicht für die Frage der maßgeblichen Interessenlage keine Bedeutung beigemessen werden könne.[22]

An dieser Stelle muss festgehalten werden, dass dieser Hinweis auf die „steuerrechtliche Sicht" in der Praxis das eigentliche Problem darstellt. Die Gesellschaft, welche die Prämien zahlt, möchte sie natürlich als Betriebsausgaben absetzen können. Eine Prämienzahlung durch den Versicherungsnehmer käme aber nicht in Betracht, wenn diese als Teil der Bezüge des Vorstandes oder des Geschäftsführers bzw. als Aufwendungsersatz des Aufsichtsrates angesehen werden müssten. In der steuerrechtlichen Argumentation zu Betriebsausgaben wird zumeist darauf abgestellt, dass der Abschluss einer D & O Versicherung im überwiegenden Eigeninteresse der Gesellschaft liege, da diese durch den Abschluss der Police vor dem Risiko der Insolvenz des Organs geschützt werde.[23] Eine persönliche Verpflichtung des Organs zum Schadensersatz ist in vielen Haftungstatbeständen vorgesehen. Zu nennen sind nur die Vorschriften der §§ 43 GmbHG, 93 AktG, welche jeweils in Abs. I den erforderlichen Sorgfaltsmaßstab darlegen, und bei einer Verletzung desselben nach Abs. II eine Ersatzpflicht des Leitungsorgans begründen. Gemäß § 93 II 2 AktG muss der Vorstand (oder nach § 116 AktG i. V. mit § 93 II 2 AktG der Aufsichtsrat) den Entlastungsbeweis führen. Nach allgemeiner Auffassung gilt die Beweisregel des § 93 II 2 AktG für die Haftung des Geschäftsführers der GmbH im Rahmen des § 43 GmbHG entsprechend. Die persönliche Schadensersatzpflicht begründet daher ein reales Risiko der Leistungsunfähigkeit des ersatzpflichtigen Organs. Die individuelle Leistungsgrenze ist an für sich bei jeder Person unterschiedlich. Sie wird aber in der Praxis durchaus überschritten.[24] Das Interesse des Versicherungsnehmers ist daher darauf gerichtet, auch beim Ausfall des Organs Ersatz zu erlangen. Die steuerlichen Anforderungen an Betriebsausgaben werden im Erlass des Finanzministeriums Niedersachsen zu-

19 *OLG München* (Fn. 10), S. 541.

20 Vom 25. Januar 2002, DStR 2002, 678 = DB 2002, 399.

21 So im Ergebnis *von Westphalen* (Fn. 10), S. 432.

22 *Koch* (Fn. 10), S. 22; *von Westphalen* (Fn. 10), S. 432.

23 Vgl. *Kiethe*, Persönliche Haftung von Organen der AG und der GmbH – Risikovermeidung durch D & O Versicherung?, BB 2003, S. 537, 539, eingehend auch *Notthoff*, Rechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Directors & Officerss Versicherung, NJW 2003, S. 1350, 1354 ff.

24 Vgl. hierzu auch die Beispiele in nachstehender Fn. 31.

sammengefasst (und in der Praxis regelmäßig eingehalten). Dann aber ist das Eigeninteresse der Gesellschaft maßgeblich dafür, dass die Prämienzahlungen kein steuerpflichtiges Einkommen des Organs darstellen, da sich der durch den Abschluss der D & O Versicherung für das Organ ergebende Vorteil lediglich als Begleiterscheinung betriebsfunktionaler Zielsetzungen erweist.[25]

Die hier referierte Literaturauffassung kommt dennoch zu dem Ergebnis, dass die steuerrechtliche Interessenbewertung nicht auf das Versicherungsrecht durchschlage, so dass der Schutz des Versicherungsnehmers vor der Insolvenz des haftenden Organs lediglich als Reflex neben das versicherte Organinteresse trete.[26] So soll es aus versicherungsrechtlicher Sicht belanglos sein, dass der Versicherungsnehmer die Prämien zahle. Aus dem Wahlrecht des Versicherers wird gefolgert, dass ein direkter Zahlungsanspruch des Versicherungsnehmers nicht in Betracht kommen kann, da dieser das Wahlrecht vereiteln würde.[27] Der Versicherungsnehmer nehme im Haftpflichtprozess die Stellung eines geschädigten Dritten i. S. des § 149 VVG ein. Bei der Haftpflichtversicherung sei es aber nicht möglich, zugleich Geschädigter und Versicherungsnehmer zu sein. Dies würde es dem Versicherungsnehmer ermöglichen, im Zusammenwirken mit dem Versicherten dem mit dem Versicherungsnehmer identischen Geschädigten zu einem Direktanspruch zu verhelfen.[28]

Deshalb würden die §§ 75 II, 76 VVG durch die besonderen Bestimmungen über die Haftpflichtversicherung nach §§ 149 ff. VVG verdrängt. Ein Direktanspruch scheide wegen des Wahlrechts des Versicherers aus. Der Abwehranspruch des Versicherten gegen eine Inanspruchnahme bestehe schließlich nicht nur gegenüber einem Dritten, sondern auch gegenüber dem Versicherungsnehmer. Die Haftungsfrage gehe mit einem Ansehensverlust einher. Um den Versicherten vor diesen Folgen zu schützen, müsse es dem Versicherer möglich sein, den Versicherten im Haftungsprozess zu verteidigen. Der Versicherungsnehmer habe dies hinzunehmen, da es nicht auf dessen Eigeninteresse, sondern – wie gezeigt – auf die Interessen der versicherten Person ankomme. Mangels Anwendbarkeit des § 3 PflVG sei ein Direktanspruch nicht gegeben.

Jedoch könne in den AVB die Möglichkeit einer direkten Inanspruchnahme des Versicherers durch den Versicherungsnehmer vereinbart werden.

Im Ergebnis verneint die herrschende Auffassung im Einklang mit der neueren Rechtsprechung grundsätzlich einen Direktanspruch des Versicherungsnehmers, geht jedoch von der Möglichkeit einer abweichenden vertraglichen Gestaltung aus. Zentrale Argumente sind die vorrangig zu berücksichtigenden Interessen des Versicherten an einer Anspruchsabwehr im Haftungsprozess, sowie das Wahlrecht des Versicherers. Zudem sei eine Schlechterstellung des Versicherers bei einer Zusam-

---

25 Vgl. dazu auch *Notthoff* (Fn. 23), S. 1355, zum ganzen Problemkreis umfassend *Dreher*, Der Abschluss von D & O Versicherungen und die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung, ZHR 165 (2001), S. 302 ff.

26 *Koch* (Fn. 10), S. 23; *Westphalen* (Fn. 10), S. 434.

27 *Koch*, ebd.; *Westphalen*, ebd.

28 *LG Marburg* vom 3. 6. 2004 DB 2005, S. 437 f.

menlegung von Haftungs- und Deckungsprozess zu befürchten. Das Trennungsprinzip müsse deshalb (mangels anderweitiger vertraglicher Gestaltung) zwingend beachtet werden.

2. Die Gegenauffassung und eigene Folgerungen der Verfasser

a) Vorüberlegungen

Die Gegenauffassung kommt mit überzeugenden Argumenten zum Ergebnis, dass ein Direktanspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer nicht ausgeschlossen ist. So wird bestritten, dass die D & O Versicherung im Bereich der Innenhaftung als Haftpflichtversicherung anzusehen sei (dazu unten b.). Auch die von der herrschenden Meinung vorgenommene Gewichtung und Einordnung des maßgeblichen Interesses begegnet durchgreifenden Bedenken. Es ist nicht einzusehen, warum die Interessen der Gesellschaft völlig hinter den (vermeintlichen) Interessen des Versicherten sowie den Interessen des Versicherers zurückstehen sollen. Der herrschenden Meinung gelingt es nicht, die durch das Steuerrecht vorgezeichnete Interessenlage beim Abschluss des Versicherungsvertrages in ihr Gegenteil zu verkehren. Die Interessen des Versicherten an einer Anspruchsabwehr gegenüber dem Versicherungsnehmer werden von der herrschenden Meinung überbewertet. Zudem werden einseitig die Interessen des Versicherers auf Kosten des Versicherungsnehmers begünstigt, ohne dass dem Versicherten dadurch ein Vorteil zu teil würde.

Im Einzelnen:

Ob dem Versicherten überhaupt ein (schutzwürdiges) Interesse an einer Anspruchsabwehr zuzuerkennen ist, erscheint unter mehreren Gesichtspunkten fraglich. In der Literatur wird berichtet[29] – was auch den eigenen Erfahrungen des Verfassers aus der Praxis entspricht – dass größere Unternehmen regelmäßig eine so genannte „Umbrella-Versicherung" abschließen, wonach sämtliche Tochtergesellschaften vom Versicherungsschutz umfasst sind. Dieser Umstand wird aber häufig den davon begünstigten Geschäftsleitern (und auch oft den Aufsichtsräten/Beiräten) gar nicht offenbart. Im Einzelfall entscheidet das Unternehmen, ob bzw. inwieweit die Versicherung in Anspruch genommen wird. Weiterhin kann es auch im Interesse des Versicherten sein, dass die Gesellschaft möglichst schnell für sein haftungsbegründendes Fehlverhalten entschädigt wird. Dies ist beispielsweise dann anzunehmen, wenn die versicherte Person beim Versicherungsnehmer trotz des Pflichtenverstoßes verbleibt, weil (leicht) fahrlässige Pflichtenverstöße (im deutschen Haftungsrecht), wie gezeigt, sehr schnell vorkommen können[30]. Dies hat aber nicht zwangsläufig eine Trennung zwischen Versichertem und Versicherungsnehmer zur Folge.

Ob bei bestehender Haftung ein Ansehensverlust der versicherten Person zu befürchten ist, kommt zudem auf die Art des Pflichtenverstoßes an. In gravierenden Fällen mag ein solcher Ansehensverlust zu befürchten sein; dann ist jedoch zumeist auch ein erheblicher Schaden auf Seiten der Versicherungsnehmer eingetreten. Die

29 Vgl. *Lange*, Praxisfragen zur D & O Versicherung Teil 1, DStR 2002, S. 1628

30 Vgl. nur die umfassende Darstellung der Haftungsrisiken bei *Thümmel* (Fn. 3).

schnelle Regulierung des Schadens kann aber für den Versicherungsnehmer existentielle Bedeutung haben. Die herrschende Meinung berücksichtigt dies nicht, da sie allein auf die Interessen des Versicherten abstellt.

Die Gesellschaft hat zudem ein eigenes Interesse an der Versicherung. So wird in der Literatur zutreffend darauf hingewiesen, dass sich der Versicherungsnehmer (in erster Linie) gegen den Forderungsausfall bei Insolvenz der versicherten Person absichern wolle.[31] Weiterhin sichert sich die Gesellschaft aber auch gegen das Risiko ab, durch ein haftungsbegründendes Fehlverhalten des Organs selbst in die Insolvenz getrieben zu werden. Dass hinter dieses Interesse der Abwehranspruch des Versicherten zurückstehen muss, zeigt sich schon daran, dass dieser profitiert, wenn der Anspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer direkt auf Deckung, und nicht auf dem Umweg über den Versicherer im Haftungsprozess geltend gemacht werden kann.

Der Versicherte ist nicht Partei des Deckungsprozesses, weswegen ihm die Schmach, in einen Haftungsprozess hineingezogen zu werden, erspart bleibt. Zudem kann er sich schließlich – sollte er in diesem Prozess als Zeuge vernommen werden – auch im Deckungsprozess gegen den drohenden Gesichtsverlust verteidigen, da die Haftungsfrage schließlich als Vorfrage zu klären wäre. Der Versicherer wird hierdurch auch nicht benachteiligt. Denn in beiden Konstellationen müsste er ohnehin die Beweisregel des § 93 II S. 2 AktG entkräften.

§ 93 II S. 2 AktG beinhaltet eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des Organs (Vorstand, über § 116 AktG auch der Aufsichtsrat, sowie der Geschäftsführer bei der GmbH iRd Haftung nach § 43 II GmbHG, § 93 II S. 2 AktG analog[32]). Die Gesellschaft muss lediglich ein bestimmtes Verhalten des Organs benennen können, das bei ihr zu einem Schaden geführt hat. Die Gesellschaft ist darlegungs- und beweispflichtig für das Verhalten des Organs, den Schaden sowie den Ursachenzusammenhang. Die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens, sowie das Verschulden werden hingegen zu Lasten des Organs vermutet.[33]

Dass die Abwehrhaltung des Versicherten in einem Direktprozess geringer ausfällt als beim klassischen Trennungsprinzip, ist nicht zu erwarten. Wenn tatsächlich ein Gesichtsverlust der versicherten Person in Frage steht, so wird er sich im Deckungs-

31 Vgl. *Säcker* (Fn. 11), S. 11 f., Einzelentscheidungen aus der Rechtsprechung zeigen auch nur zu deutlich auf, mit welchen Beträgen zu rechnen ist. So befasst sich das LG Bielefeld im Urteil vom 16. 11. 1999, ZIP 2000, 20, mit einem Fehlbetrag von DM 1 000 000 000,00, wobei gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden Schadenersatz in Höhe von („nur") DM 5 000 000,00 geltend gemacht wurde. Oder im Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 29. 11. 1999, AG 2000, 237 = DB 1999, 2462, war ein Schadenersatzanspruch in Höhe von DM 20 000 000,00 im Gespräch, wobei der Aufsichtsrat auf „nur" DM 9 000 000,00 in Anspruch genommen wurde. Allein die wenigen Praxisfälle zeigen auf, dass die individuelle Haftungsgrenze des Organs wie auch die Haftungsgrenze der Gesellschaft schnell überschritten werden kann.

32 So Urteil des BGH vom 4. 11. 2002, *BGHZ* 152, 280 = NJW 2003, 358.

33 *Thümmel* (Fn. 3), S. 105.

prozess ohnehin auf die Seite des Versicherers schlagen. Steht ein solcher Gesichtsverlust (mangels groben Verschuldens) nicht im Raum, so bestehen ebenfalls keine Nachteile des Versicherers: die Gefahr, dass der Versicherungsnehmer mit dem Versicherten kollusiv zusammenwirkt, um einen in Wirklichkeit nicht bestehenden Haftungsfall vorzutäuschen, besteht auch in getrennten Prozessen. Zudem darf nicht verkannt werden, dass auch ein erhebliches Missbrauchsrisiko des Versicherers durch dessen Befugnis zur Übernahme der Rechtsverteidigung des Versicherten entsteht (Ziffer 4.5 AVB-AVG). Nach einer in der Literatur vertretenen (zutreffenden) Ansicht birgt diese Übernahmemöglichkeit erhebliche Gefahren in sich – zu Lasten des Versicherungsnehmers und des Versicherten. Durch den aufgezwungenen Anwalt entstünden erhebliche Interessenkonflikte. Zwar sei die versicherte Person Partei des Anwaltsvertrages, sodass ihr die Treue des Anwalts gebühre; letztlich sei aber die faktische Treuebindung des Anwalts gegenüber dem Versicherer ausschlaggebend, wenn dieser vom Versicherer in gleichgelagerten Fällen immer zur Prozessvertretung herangezogen werde. Es bestehe die Gefahr, dass bei erkannter Unmöglichkeit der Anspruchsabwehr dieser das Verhalten des Versicherten als vorsätzlich darstellt, um so die Leistungsfreiheit des Versicherers herbeizuführen, Ziffer 5.1 AVB – AVG[34].

Es besteht also nicht nur bei einem Direktanspruch ein Missbrauchsrisiko, sondern auch und gerade bei Einhaltung des Trennungsprinzips, weswegen die Mißbrauchsgefahr allein keine tragfähige Begründung für die Ablehnung des Direktanspruchs liefern kann. Das Mißbrauchsrisiko in Gestalt des kollusiven Zusammenwirkens von Versichertem und Versicherungsnehmer ist zudem bereits durch die Vereinbarung eines Selbstbehalts erheblich entschärft. Ein solcher ist in Ziffer 4.3 II AVB-AVG vorgesehen. Zudem fordert der Corporate Governance Kodex in Ziffer 3.8 (zumindest bei börsennotierten Unternehmen) die Vereinbarung eines Selbstbehalts.

Festzuhalten bleibt deshalb, dass allein der Versicherer vom Trennungsprinzip profitiert, da dieses ihm die Möglichkeit verschafft, die Auszahlung der Deckungssumme bis zum rechtskräftigen Abschluss des Haftpflichtprozesses hinauszuzögern. Dieses Ergebnis widerspricht jedoch den AVB-AVG, nach denen der Versicherer die Rechtsverfolgungs- und Rechtsverteidigungskosten von der Versicherungssumme abzuziehen berechtigt ist (Ziffer 4). Da die Abwehr von Ansprüchen ebenso wie deren Befriedigung zum Leistungsumfang des Versicherers zählt, werden die Kosten der Rechtsverteidigung selbstverständlich von der Deckungssumme abgezogen. Der Versicherer ist somit in der Lage, die Versicherungssumme durch die gerichtliche Abwehr des (begründeten) Versicherungsanspruchs zu kürzen. Dies ist jedoch nur dann einzusehen, wenn die Rechtsverteidigung dem Interesse der Gesellschaft entspricht, weil das Organ oder die Gesellschaft im Außenhaftungsprozess von dem geschädigten Dritten in Anspruch genommen werden und der Versicherer die Kosten der Rechtsverteidigung zur Abwehr des Anspruchs übernimmt. Ansonsten müsste es der Versicherungsnehmer hinnehmen, dass die gegen sein Deckungsinter-

34 Zum Ganzen *Kiethe* (Fn. 23), BB 2003, 541.

esse gerichtete Rechtsverteidigung zu einer gravierenden Kürzung seines Deckungsanspruchs führt – ein Ergebnis, dass schwerlich mit dem auf den Abschluss einer D & O Versicherung gerichteten Interesse des Versicherungsnehmers zu vereinbaren ist.

Das Trennungsprinzip ist zudem nicht zwingend, wie ein Vergleich zu § 3 PflVG offenbart. Zudem hat auch die (ältere) Rechtsprechung (in anders gelagerten Fällen) den Direktanspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer anerkannt[35]. Das Trennungsprinzip wurde für diejenigen Fälle entwickelt, in denen Haftpflichtanspruch und Deckungsanspruch nicht in einer Hand vereint waren. Dies ist bei der D & O Versicherung in Fällen der reinen Innenhaftung aber gerade anders. Das Trennungsprinzip kann daher nicht zur Ablehnung eines Direktanspruchs des VN herangezogen werden.

b) Ausgangspunkt – Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis

Richtigerweise nimmt die D & O Versicherung im Rahmen des Versicherungsvertragsrechts eine Zwitterstellung ein. Sie ist eine echte Haftpflichtversicherung i. S. der §§ 149 ff. VVG, soweit es um Außenhaftungsansprüche geht. Dann stimmen – wie auch sonst in anderen Fällen der Haftpflichtversicherung – die Interessen des Versicherers und des Versicherungsnehmers sowie der versicherten Person überein. Sie teilen dasselbe Abwehrinteresse, zugleich kann der Versicherer sein Deckungsinteresse im Rahmen des Haftpflichtprozesses verteidigen.

In den Fällen der Innenhaftung stellt die D & O Versicherung hingegen keine Haftpflichtversicherung i. S. der §§ 149 ff. VVG dar. In der Literatur wird angenommen, dass es sich bei der D & O Versicherung in den Fällen der Innenhaftung um eine Eigenschadensversicherung handle[36], so dass eine durch das Trennungsprinzip bedingte Aufteilung in Haftpflicht- und Deckungsprozess wegfalle. Diese Auffassung ist zutreffend; sie berücksichtigt in angemessener Weise die unterschiedlichen Interessenlagen bei möglichen Haftungsfällen. Wie gezeigt, steht bei der Frage der Einordnung in das Versicherungsvertragsrecht das Interesse des Versicherungsnehmers im Vordergrund. Dass es sich bei der D & O Versicherung dennoch – richtigerweise – um eine Versicherung für fremde Rechnung i. S. der §§ 74 ff. VVG handelt, steht der Qualifizierung als Eigenschadensversicherung in den Innenhaftungsfällen nicht entgegen: Bei der Einordnung einer Versicherung spielt das versicherte Interesse die entscheidende Rolle.[37] Versicherung für fremde Rechnung bedeutet, dass der Versicherungsnehmer einen Versicherungsvertrag abschließt, der das Interesse eines anderen deckt. Dabei muss es jedoch nicht ausschließlich um die Interessen des Versicherten gehen; vielmehr können in demselben Versicherungsvertrag verschiedene Interessen versichert sein. Versicherung für fremde Rechnung bedeutet danach, dass der Versicherungsnehmer (auch) fremde Interessen versichert. Bei den sog. Misch-

35 *OLG München* VersR 1994, 422; *BGH* DB 1975, 1021.
36 Vgl. *Ihlas* (Fn. 1), S. 244.
37 Vgl. auch *Schimikowski*, Versicherungsvertragsrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 78 ff.

versicherungen versichert der Versicherungsnehmer sowohl eigene als auch fremde Interessen[38]. Nur soweit das fremde Interesse berührt wird, sind die §§ 74 ff. VVG anzuwenden. Werden die fremden Interessen durch den Versicherungsfall hingegen nicht tangiert, sind allein die Interessen des Versicherungsnehmers maßgeblich. Es ist nicht ersichtlich, wieso eine Versicherung nicht zugleich Eigenversicherung (Versicherung in eigenem Interesse) sowie Fremdversicherung (Versicherung in fremdem Interesse) sein kann. Die §§ 74, 75 VVG stehen dem jedenfalls nicht entgegen. Diesen Vorschriften lässt sich ohnehin nur entnehmen, dass der Anspruch aus dem Versicherungsvertrag dem Versicherten zusteht, soweit dessen versichertes Interesse betroffen ist. Ist dies nicht der Fall, weil Interessen des Versicherungsnehmers allein oder vorrangig zu berücksichtigen sind, so ist es nicht einzusehen, warum die Anspruchsberechtigung nicht beim Versicherungsnehmer liegen soll.

Die D & O Versicherung ist daher eine Mischversicherung in der beschriebenen Form. Soweit das Fremdinteresse durch den Versicherungsfall tangiert wird, sind die §§ 74 ff. VVG anwendbar. Die materielle Anspruchsberechtigung verbleibt gemäß § 75 I VVG bei der versicherten Person. Das formelle Verfügungsrecht über den Versicherungsanspruch nach §§ 75 II, 76 VVG kann wegen §§ 149 ff. VVG von der Gesellschaft nicht geltend gemacht werden, da die Anspruchsabwehr (gerichtet nach außen) vorrangig ist. Jedoch wird es hierbei selten zu Streitigkeiten unter den Beteiligten kommen, da die Interessen bei einer Abwehr von Außenhaftungsansprüchen parallel verlaufen. Geht es um den Schaden eines außenstehenden Dritten, so bietet die D & O Police demnach Haftpflichtschutz. Das Interesse des schädigenden Organs an einer Abwehr des Anspruchs steht im Vordergrund. Soweit das OLG München in seiner Entscheidung anführt, dass es faktisch nur um Innenhaftungsansprüche gehe, weil nahezu alle Außenhaftungsfälle auf einem Pflichtenverstoß im Innenverhältnis beruhen würden (weswegen die D & O Versicherung sowohl bei der Innenhaftung als auch bei der Außenhaftung echte Haftpflichtversicherung i. S. v. §§ 149 ff. VVG sei), so ist dies wegen der Eigenart des deutschen Haftungsrechts zwar zutreffend; jedoch liegt trotzdem ein Außenhaftungsfall vor, da dieser für die Innenhaftung des Organs konstitutive Wirkung entfaltet. Das Abwehrinteresse des Organs ist daher primär nach außen gerichtet. In diesen Fällen ist die Einhaltung des Trennungsprinzips aufgrund des Gleichlaufs der Interessen der Parteien des Versicherungsvertrages sowie des Versicherten sinnvoll.

In den Fällen, in denen der Versicherungsnehmer die versicherte Person von der Außenhaftung freistellt (wenn der Versicherungsnehmer wegen § 31 BGB vom geschädigten Dritten direkt in Anspruch genommen wird), ist er ohnehin berechtigt, den Anspruch direkt gegen den Versicherer geltend zu machen. Ziffer 1.2 AVB-AVG enthält die sog. *company reimbursement* Klausel, nach der, abweichend von Ziffer 11. 1 AVB-AVG, der Versicherungsnehmer berechtigt ist, den Anspruch gegen den Versicherer geltend zu machen.

In den Fällen der reinen Innenhaftung, wenn es also an einem geschädigten außenstehenden Dritten fehlt, kommt es nicht mehr auf das Interesse des Organs an, da dann

38 *Schimikowski*, ebd.; so auch *Dreher* (Fn. 25), S. 320.

das Interesse des Versicherungsnehmers an einer Schadloshaltung dominiert. Bei den Innenhaftungsfällen ist nicht das Interesse des Organs (Abwehr von Schadensersatzansprüchen), sondern das Interesse des Versicherungsnehmers (Ausgleich des erlittenen Schadens) das versicherte Interesse, sodass der Abwehranspruch des Organs gegenüber dem Deckungsverlangen des Versicherungsnehmers zurücktritt. Ein Wahlrecht i. S. der §§ 149 ff. VVG steht dem Versicherer – mangels schutzwürdigen Interesses – nicht zu. Der Versicherungsnehmer kann somit direkt gegen den Versicherer auf Deckung klagen.

IV. Schlussfolgerungen und Gesamtergebnis

In den Fällen der reinen Innenhaftung steht dem Versicherungsnehmer gegen den Versicherer ein Direktanspruch zu; die Frage der Haftung des versicherten Organs ist im Deckungsprozess als Vorfrage zu klären. Die Möglichkeit, diesen Direktanspruch vertraglich auszuschließen bzw. – wie in vielen Fällen – die Anspruchsberechtigung allein beim Organ zu belassen, steht der Vertragsgestaltung selbstverständlich offen. Die meisten Bestimmungen des VVG sind ohnehin disponibel; diejenigen, welche zwingenden oder halbzwingenden Charakter haben, können in den Fällen des § 187 VVG i. V. mit Art. 10 EGVVG mit Ausnahme derjenigen Vorschriften, welche die Nichtigkeit des Vertrags vorsehen, ebenfalls vertraglich abbedungen werden.[39] Die D & O Versicherung wird in den meisten Fällen ohnehin nur von solchen Gesellschaften abgeschlossen, welche die Voraussetzungen des Art. 10 EGVVG erfüllen.[40]

V. Änderungen des Aktienrechts durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)/Ausblick

Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts geht zurück auf einen als „10-Punkte Plan" bezeichnetes Programm der Bundesregierung zur Stärkung des Anlegerschutzes und der Unternehmensintegrität vom 28. August 2002.[41] Das UMAG wurde am 17. November 2004 von der Bundesregierung verabschiedet.[42] Am 16. Juni 2005 hat der Bundestag das UMAG in zweiter und dritter Lesung verabschiedet.[43] Am 18. Juli 2005 hat das Gesetz den Bundesrat passiert

39 Vgl. *Schimikowski* (Fn. 37), Rn. 10 ff.
40 Vgl. *Ihlas* (Fn. 1), S. 57 f.
41 Vgl. *Köhler/Meyer/Mauelshagen*, Umsetzungsstand des 10 – Punkte Programms der Bundesregierung zur Stärkung des Anlegerschutzes und der Unternehmensintegrität, BB 2004, S. 2623.
42 Vgl. *ebd.*, S. 2624.
43 Vgl. BMJ Pressemitteilung vom 16. 6. 2005 veröffentlicht unter http://www.bmj.bund.de.

und es wird am 1. November 2005 in Kraft treten. Es bringt Neuerungen und Veränderungen der Rahmenbedingungen der börsennotierten Aktiengesellschaften. Dabei sind drei Regelungsbereiche zu erwähnen:

1. Die Haftungsklage

Die Haftungsklage, also die bereits oben unter I. angesprochene Schadensersatzklage der Gesellschaft gegen den Vorstand oder Aufsichtsrat wegen Pflichtverletzungen, wird in ihrer Durchsetzung vereinfacht und damit der Anlegerschutz gestärkt, aber auch das Risiko der Inanspruchnahme für die Organe vergrößert. Nach dem neuen § 148 AktG kann eine Minderheit von 1 % des Grundkapitals oder zusammen 100 000 EUR ein Klagezulassungsverfahren anstrengen. Hat das Verfahren Erfolg, so kann das Minderheitenquorum die in § 147 I S. 1 AktG bezeichneten Rechte der Gesellschaft in eigenem Namen geltend machen.

Eine weitere Neuerung wird die Fassung eines neuen § 93 I S. 2 AktG sein. Hier wird die sog. *business judgement rule* in positives Recht gegossen. Danach gibt es einen Raum unternehmerischen Handelns, der auch im Falle des Scheiterns nicht der gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft gehandelt zu haben.[44]

2. Die Anfechtungsklage

Ein weiterer Schwerpunkt des UMAG liegt auf Änderungen des Beschlussanfechtungsrechts. Das Minderheitenrecht der Beschlussanfechtung hat sich gerade bei wichtigen unternehmerischen Entscheidungen als Blockademittel mit erheblichem Erpressungspotential offenbart.[45] Mit dem UMAG führt der Gesetzgeber daher für Kapitalerhöhungsbeschlüsse ein gerichtliches Freigabeverfahren ein. In diesem Verfahren kann die Gesellschaft beantragen, den Beschluss trotz anhängiger Anfechtungsklage in das Handelsregister eintragen zu lassen und auszuführen. Ein erfolgreiches Hauptverfahren führt dann nicht mehr zur Rückgängigmachung des Beschlusses, sondern lediglich zu Schadensersatzansprüchen des Betroffenen.

3. Teilnahme an der Hauptversammlung und Stimmrecht der Aktionäre

Zuletzt sei noch auf die Neuerungen im System der Anmeldung und Legitimation von Aktionären zur Teilnahme an der Hauptversammlung sowie bei der Stimmrechtsausübung hingewiesen. Das System wird komplett modernisiert.

---

44 Vgl. *Köhler/Meyer/Mauelshagen* (Fn. 41), S. 2624; ähnlich bereits bisher der BGH in der sog. ARAG-Entscheidung vom 21. 4. 1997, *BGHZ* 135, 244.

45 Vgl. *Seibert*, BB – Gesetzgebungsreport, BB 2005, S. 1457.

4. Fazit

Ob sich die bevorstehenden Änderungen des Aktienrechts durch das UMAG auf die hier behandelte Problematik auswirken werden, kann nur zurückhaltend beurteilt werden. Wahrscheinlich ist jedoch eine zunehmende Verbreitung der D & O Deckung im Hinblick auf das neue Klagezulassungsverfahren nach § 148 AktG n. F.

Max Thümmel*

Bedeutung und Schutz von traditionellem Wissen unter besonderer Berücksichtigung von geistigen Eigentumsrechten

Abstract

Der vorliegende Beitrag im internationalen Patentrecht befasst sich mit der Bedeutung und dem Schutz von traditionellem Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften. Dieses Wissen ist insb. gefährdet durch die sog. Biopiraterie, also das Berauben der Verwertungsmöglichkeiten der eigentlichen Wissensträger. Konzerne verwerten dieses Wissen kommerziell, ohne dass die eigentlichen Eigentümer einen Anteil daran haben. Zudem wird den Gemeinschaften die Möglichkeit einer eigenen Verwertung genommen. Biopiraterie wird v. a. durch die Diskrepanz der verschiedenen Patentrechtsysteme ermöglicht. Seit längerem herrscht ein intensiver Streit darüber, wie man traditionelles Wissen dagegen schützen kann. Die Arbeit soll den Missstand des bisherigen Schutzes aufzeigen, die einzelnen Lösungsansätze darstellen und die Rolle des Patentrechts kritisch hinterfragen. Zudem wird ein weiterer Lösungsweg aufgezeigt.

* Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln im 6. Fachsemester und arbeitet als studentische Hilfskraft am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln (Prof. Dr. *Henssler*). Die vorliegende Arbeit wurde betreut von Prof. Dr. *Heinemann*, Dipl.-Ök., Ordinarius des Lehrstuhls für deutsches Recht an der Université de Lausanne.

I. Einleitung

1. Aktualität des Themas

Traditionelles Wissen ist in der bisherigen Diskussion in Deutschland nur sehr unzureichend behandelt worden. Auch bei der Diskussion um mögliche Verbesserungen blieb der Schutz von traditionellem Wissen weitgehend unberücksichtigt. Jedoch besteht heute mehr denn je der Bedarf für eine klare Regelung. Insbesondere in der englischsprachigen Literatur wird daher bereits intensiv über internationalen Patentrechtsschutz von traditionellem Wissen diskutiert. Die vorliegende Arbeit soll zunächst eine Einführung in die Thematik des traditionellen Wissen liefern und dann die Probleme, die mit diesem speziellen Wissen international einhergehen, weiter ausführen.

2. Problemaufriss

Die Bedeutung von traditionellem Wissen ist zwar in Industrieländern nicht weiter bekannt, jedoch ist es v. a. für Pharmakonzerne bereits seit längerem interessant. So kommt es auch, dass ein Großteil der heute entwickelten Medikamente ursprünglich auf traditionellem Wissen beruht. Dadurch besteht aber zugleich die Gefahr der Ausbeutung der eigentlichen Wissensträger, der Gemeinschaften, in denen dieses wertvolle Wissen über viele Generationen weitergegeben wird. Hier kommt dem Patentrecht in zweierlei Hinsicht eine entscheidende Rolle zu: Zum einen wird es insb. von Großkonzernen benutzt, um das traditionelle Wissen durch ein Patent für einen gewissen Zeitraum ausschließlich nutzen zu können. Dadurch besteht die Gefahr, dass die ursprünglichen Besitzer dieses Wissens in ihrer Verwendung erheblich eingeschränkt werden. Andererseits stellt sich auch die Frage, wie das bestehende Recht dieses Wissen schützen kann. Gerade diese Problematik ist bisher noch weitgehend ungeklärt und umstritten[1], was hier skizziert werden soll. Vereinzelt wird sogar die Existenz eines Problems gänzlich bestritten.[2] Die Arbeit erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, eine solche ist aufgrund der Komplexität der Problematik und auch des Wissens an sich nicht möglich. Vielmehr soll im Folgenden ein Problembewusstsein geschaffen, Lösungsansätze aufgezeigt und diskutiert werden und mit eigenen Schlussfolgerungen abgeschlossen werden.

3. Gang der Bearbeitung

Zunächst soll eine Begriffsanalyse erfolgen, um zu klären was traditionelles Wissen überhaupt darstellt. Danach wird auf die Bedeutung des Wissens für die Gemeinschaf-

1 Siehe nur *Kongolo/Shyllon*, Panorama of the Most Controversial IP Issues in Developing Countries, E. I.P. R. 2004, S. 258, 260.

2 So *Heath*, Bedeutet TRIPS wirklich eine Schlechterstellung von Entwicklungsländern?, GRUR Int. 1996, S. 1169, 1177.

ten, aus denen es entstammt, und für die Industriekonzerne der Industrieländer eingegangen. Dieser Abschnitt spielt dann bereits in den nächsten hinein, in dem es um den Schwerpunkt der Bearbeitung, um den bisherigen und möglichen Schutz von traditionellem Wissen geht. Zunächst werden die bestehenden Schutzmöglichkeiten durchleuchtet und anschließend die Frage diskutiert, wie ein zukünftiger Schutz von traditionellem Wissen aussehen kann. Als letztes schließt sich eine Schlussbetrachtung an.

II. Bedeutung und Schutz von traditionellem Wissen im Einzelnen

1. Was ist traditionelles Wissen?

Zunächst muss klar werden, was traditionelles Wissen beinhaltet, um zu wissen, worauf sich die vorliegende Bearbeitung bezieht. Eine exakte Definition ist aufgrund der vielfältigen Erscheinungsformen des traditionellen Wissens jedoch äußerst problematisch und wird unterschiedlich beurteilt.[3] Die Konvention über biologische Vielfalt (CBD)[4] beschreibt traditionelles Wissen in Art. 8 (j) als „Wissen, Innovationen und Praktiken indigener und lokaler Gemeinschaften, in denen sich deren Lebensstil verkörpert." Im Kontext des gesamten Artikels wird deutlich, dass hiermit das Wissen gemeint ist, das durch Erfahrung entwickelt und gewonnen wurde und über Jahrhunderte der örtlichen Kultur und Umwelt angepasst sowie mündlich von Generation zu Generation weitergegeben wurde.[5] Eine genauere, praktikablere Definition bleibt die Konvention jedoch schuldig.[6] Die World Intellectual Property Organisation (WIPO) benutzt im Gegensatz dazu eine weitere Terminologie und schließt in den Begriff des traditionellen Wissens auch literarische, künstlerische oder wissenschaftliche Werke, Aufführungen, Marken, Namen und Symbole mit ein, die aus geistiger Tätigkeit im industriellen, wissenschaftlichen, literarischen oder künstlerischen Bereich hervorgehen.[7] Durch diese Aufzählung wird freilich auch die Art von Tradition in den Bereich des traditionellen Wissens einbezogen, die landläufig eher dem Begriff Folklore zugerechnet wird.[8] Der Terminus Folklore wird jedoch

3 Siehe ausführlich zu den einzelnen Streitständen um die Begrifflichkeiten von traditionellem Wissen bei *von Hahn*, Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften zwischen geistigen Eigentumsrechten und der public domain, Diss. Heidelberg 2004, S. 5 ff.

4 Die Konvention über Biologische Vielfalt wurde 1992 auf dem Weltgipfel in Rio de Janeiro, Brasilien verabschiedet. Der Text ist unter http://www.biodiv.org/convention/articles.asp abrufbar.

5 Vgl. *Götting*, Biodiversität und Patentrecht, GRUR Int. 2004, S. 731, 732 mit Verweis auf den englischen Originalwortlaut.

6 So auch *Dutfield*, Developing and Implementing National Systems for Protecting Traditional Knowledge: Experiences in Selected Developing Countries; in: United Nations Conference on Trade and Development – Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions, 2004, S. 141.

7 *Götting* (Fn. 4), S. 732.

8 *Blakeney*, The Protection of Traditional Knowledge under Intellectual Property Law, E. I.P. R. 2000, S. 251, 254.

heutzutage als nicht mehr zeitgemäß angesehen, um traditionelles Wissen, Traditionen und Werte zu beschreiben, da er zu eng und zu negativ besetzt sei.[9] Daher wird eine solche weite Ausdehnung des Begriffs „traditionelles Wissen" der WIPO weitgehend abgelehnt.[10]

Eine allgemeingültige Definition von traditionellem Wissen kann aufgrund der Vielseitigkeit und der Existenz verschiedenster Formen weltweit nicht erreicht werden. Auch die Formen der Weitergabe von einer Generation an die nächste divergiert mitunter sehr.[11]

Wenn man etwas eingrenzt, schließt man auch immer etwas aus, sodass die Gefahr besteht, etwas unberücksichtigt zu lassen. Daher erscheint es sinnvoller, wesensbestimmende Merkmale anzuführen, die traditionellem Wissen zugrunde liegen. Traditionelles Wissen ist meistens das Wissen einer ganzen Gemeinschaft, welches über Generationen hinweg insb. mündlich überliefert und – wenn überhaupt – nur sukzessive verändert wird.[12] Das Wissen reicht regelmäßig so weit zurück, wie auch die Gruppe existiert. Dies ist jedoch zumeist nur schwer festzustellen, sodass Ursprung und Entwicklung der Formen traditionellen Wissens weitgehend ungeklärt sind.[13] Zwar kann traditionelles Wissen auch das Wissen einzelner Gruppen in Industrieländern erfassen. Jedoch konzentriert sich die Diskussion faktisch auf den Schutz traditioneller Wirtschaftsformen indigener oder lokaler Gemeinschaften in Gebieten mit großer biologischer Vielfalt, also insb. den Entwicklungsländern, da sie in engem Zusammenhang mit Schutz- und Nutzungsmöglichkeiten biologischer Vielfalt geführt wird.[14] Die weiteren Ausführungen der Bearbeitung beziehen sich daher weniger auf den Aspekt der Folklore, sondern vielmehr auf die Verwertbarkeit und die Bedeutung dieses traditionellen Wissens – also auch indigenen Wissens – für indigene und lokale Gemeinschaften in Entwicklungsländern.

Im Gegensatz zu der westlichen Wissenschaft – die sich heutzutage eher auf Spezialfälle konzentriert, ist traditionelles Wissen ganzheitlicher Natur und steht in einer engen Verbindung mit der jeweiligen Umgebung.[15] Dieses spezielle Wissen ist mithin dynamisch zu verstehen und kann nicht in einem zeitlichen Rahmen festgemacht werden. „Traditionell" meint in diesem Zusammenhang daher nicht alt oder rückschrittig, sondern die Art, in der traditionelles Wissen erworben und verwendet wird.[16]

---

9 *Gibson*, Intellectual Property Systems, Traditional Knowledge and the Legal Authority of Community, E. I.P. R. 2004, S. 280.

10 Vgl. *Blakeney* (Fn. 8), S. 252.

11 *Anaya*, Indigenous Peoples in International Law, 2004, S. 8 f.

12 *Blakeney* (Fn. 8), S. 251.

13 *Anaya* (Fn. 11), S. 8 f.

14 *Von Hahn* (Fn. 3), S. 7.

15 *Götting* (Fn. 5), S. 732.

16 *Ekpere*, Sui Generis Legislation and Protection of Community Rights in Africa; in: United Nations Conference on Trade and Development – Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions, 2004, S. 235.

Um den Begriff des traditionellen Wissens dennoch näher zu bestimmen, wird von *Mugabe* vorgeschlagen, indigenes und traditionelles Wissen zu unterscheiden.[17] Eine solche solle mittels der Bestimmung des Besitzers des jeweiligen Wissens erfolgen. Indigene Gemeinschaften – als Besitzer indigenen Wissens – könnten im Gegensatz zu anderen, „nur" traditionellen Gemeinschaften mit überliefertem Wissen zudem noch den Anspruch erheben, das von ihnen bewohnte Territorium zuerst besiedelt zu haben. Daraus ergebe sich ein spezieller Schutzanspruch indigener Gemeinschaften als „Ureinwohner".[18] Der Begriff „indigen" beinhalte daher verschiedene Rechtfertigungsansätze für deren besonderen Schutz, die in diesem besonderen Maße nicht auf sonstige lokale Gemeinschaften zutreffen. Demgegenüber bedeute die Bezeichnung „lokal" weniger: Lokale Gemeinschaften haben nicht ein Selbstverständnis als ursprüngliche Völker, denen ein besonderes Selbstbestimmungsrecht zusteht. Diese Unterscheidung zwischen „indigen" und „lokal" wird zwar durch den Wortlaut der Konvention über Biologische Vielfalt unterstrichen, in der von "indigenen und lokalen Gemeinschaften mit traditionellen Lebensformen" die Rede ist. Diese Unterscheidung wird aber v. a. von afrikanischen Staaten abgelehnt, da sie kein sinnvolles Unterscheidungskriterium darstelle.[19] Dies stimmt insofern, als dass in Afrika grds. die Gesamtbevölkerung – mit Ausnahmen von Minderheiten – indigen ist. Jedoch kann eine Unterscheidung wie die vorliegende nach indigen und „bloß" traditionell auch für eine Abgrenzung zwischen afrikanischen indigenen Gruppen und der dominierenden Bevölkerung dienen. Eine solche Differenzierung ist daher nicht obsolet, sondern sachgerecht. Es stellt sich aber nichtsdestotrotz die Frage, ob nicht die Gemeinsamkeiten zwischen indigenen und lokalen Gemeinschaften mit ihren entsprechenden traditionellen Wirtschaftsformen überwiegen. Eine künstliche Abgrenzung könnte auch eine Schwächung der einzelnen Teile zur Folge haben. Beide Formen des gleichwertigen Wissens und deren Träger sollen im Folgenden Gegenstand der Untersuchung sein. Daher soll der Begriff „lokale Gemeinschaften mit traditionellem Wissen" als Überschrift dienen, also vielmehr zusätzliche Verwendung finden, indem er indigenes Wissen in seinen Wortlaut einbezieht. Mit einem solchen Terminologiegebrauch wird auch das indigene Wissen in die nachfolgende Untersuchung miteinbezogen.

Traditionelles Wissen ist weiterhin ein Teil der Biodiversität, die sich (noch) auf der Welt befindet. Schützt man die Erscheinungsformen, so wird auch die biologische Vielfalt – zumindest teilweise – bewahrt.

2. Bedeutung von traditionellem Wissen

a) Bedeutung des traditionellen Wissens für lokale und indigene Gemeinschaften

Traditionelles Wissen beinhaltet das Wissen indigener und anderer lokaler Gemein-

17 *Dutfield* (Fn. 6), S. 143.
18 *Ebd.*
19 *Wynberg*, Bioprospecting Delivers Limited Benefits in South Africa, E. I.P. R. 2004, S. 239, 241.

schaften über die Natur der Welt, ihre ökologischen Konzepte und ihr System, Ressourcen zu verwalten. Es ist eine fundamentale Komponente von kultureller Anpassung an natürliche Bedingungen.[20] Zudem stellt es einen Stützpfeiler kultureller Identität und Vielfalt und das „Rohmaterial" menschlicher Kreativität dar. Weltweit gibt es ungefähr noch ca. 300 Millionen Menschen indigener Völker.[21] Dies macht zwar nur 5 % der Gesamtbevölkerung aus. Jedoch konstituieren diese 5 % auch den größten Anteil an der auf der Welt noch vorhandenen kulturellen Vielfalt.[22] Diese These wird durch die Tatsache gestützt, dass ungefähr 4000–5000 Sprachen der ca. 6000 auf der Welt existierenden Sprachen von Menschen indigener Bevölkerung gesprochen werden.[23] Traditionelles Wissen umfasst u. a. das Wissen über die Heilwirkung von Pflanzen, welches über Jahrhunderte sukzessive erweitert wurde. So haben viele Gemeinschaften ein kohärentes System traditioneller Medizin aufgebaut, dessen potentielle Effektivität heutzutage weithin anerkannt ist.[24]

Die Wahrung und Weitergabe des traditionellen Wissens ist von zentraler Bedeutung für die Mitglieder der Gemeinschaft und deren kultureller Integrität.[25] Würde dieses Wissen nicht mehr von der älteren an die jüngere Generation weitergegeben, könnte dies zu der Zerstörung des kulturellen Zusammenhalts und zum Verlust des jeweils eigenen Dialekts, der jeweils eigenen Sprache führen. Zum einen können sich dann die älteren Mitglieder der Gemeinschaft nicht mehr mit den jüngeren Bewohnern verständigen; zum anderen verlieren aber auch die Jüngeren bei einer fehlenden Weitergabe der Traditionen das Interesse an der Kultur und den Kontakt zu der kulturellen Tradition der Gemeinschaft. Mit dem Aussterben von Sprachen geht daher unweigerlich wertvolles Wissen verloren.

b) Bedeutung des traditionellen Wissens für Konzerne

Für Konzerne – die typischerweise in den Industrieländern angesiedelt sind – ist es generell erstrebenswert, dass traditionelles Wissen, so möglich, frei verfügbar ist.[26] Diese Regel ist jedoch nicht allgemeingültig, sondern unterliegt einigen Ausnahmen bei dem Schutz von traditionellem Wissen.

Traditionelles Wissen hat für Pharmakonzerne deshalb derart an Bedeutung gewonnen, weil diese erkannt haben, dass die Wahrscheinlichkeit, eine medizinisch rele-

---

20 *Oviedo, Gonzales* und *Maffi*, The Importance of Traditional Ecological Knowledge and Ways to Protect It; in: United Nations Conference on Trade and Development – Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions, 2004, S. 71.

21 *Ebd.*

22 *Ebd.*, S. 73.

23 *Ebd.*, S. 74.

24 *Liu*, IPR Protection for New Traditional Knowledge: With a Case Study of Traditional Chinese Medicine, E. I.P. R. 2004, S. 194, 196.

25 *Von Hahn* (Fn. 3), S. 9.

26 *Roberts*, Protecting Traditional Knowledge: An Industrial View; in: United Nations Conference on Trade and Development – Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions, 2004, S. 93.

vante Pflanze ausfindig zu machen, erheblich steigt, wenn indigenes Wissen (aus-) genutzt wird.[27] Hinter dieser Erkenntnis steckt die an und für sich logische Tatsache, dass Länder mit hoher biologischer Vielfalt nicht nur die Biodiversität, sondern eben auch das Wissen über ihre Ressourcen und – unter anderem – deren Verwendung bzw. medizinische Verwertbarkeit besitzen. Ohne das traditionelle Wissen der Bevölkerung wüssten viele Pharma- und Agrounternehmen nichts über die Wirkstoffe der Pflanzen. Ein bedeutender Anteil der heutigen Medikamente sind Arzneimittel aus Naturstoffen, die in den meisten Fällen nur „entdeckt" wurden, weil diese bereits in der Volksmedizin bekannt waren.[28] Die Bedeutung von biologischer Vielfalt und traditionellem Wissen im Speziellen für die Pharmaindustrie zeigt eine Studie der Weltbank: Der Umsatz von Arzneimitteln, die von indigenen Völkern entdeckt wurden, stieg im Jahr 1990 weltweit auf 43 Milliarden Dollar – ohne dass die indigenen Völker einen nennenswerten Anteil an den Gewinnen hatten.[29] Die Interessen der Entwicklungsländer und Industrieländer in Bezug auf traditionelles Wissens verlaufen mithin konträr zueinander: Entwicklungsländer wollen ihre Tradition und die Tradition ihrer Gemeinschaften schützen, um auch ihre kulturelle Identität zu bewahren. Weiter entwickelte Länder hingegen sehen bei traditionellem Wissen v. a. den Nutzen für ihre Industriekonzerne und damit die kommerzielle Verwertungsmöglichkeit von traditionellem Wissen auf dem Weltmarkt. Diese Interessengegensätze werden dadurch verstärkt, dass sich die Entwicklungsländer von den Industrieländern ausgebeutet fühlen, wenn Industriekonzerne auf überliefertes Wissen in anderen Ländern Patente anmelden und dies dort zur kommerziellen Nutzung verwerten.[30] Die ursprünglichen Inhaber dieses Wissens bleiben dabei nämlich weitgehend außen vor.[31] Weitere wirtschaftliche und politische Brisanz kommt diesem Phänomen – welches landläufig als „Biopiraterie" bezeichnet wird – durch das unbestreitbare – auch und v. a. kommerziell nutzbare – Potential von Ressourcen in den Entwicklungsländern zu. Mehreren Studien zufolge sind ca. 80 bis 90 Prozent der genetischen Ressourcen in den Entwicklungsländern zu finden.[32] Dies stellt in Zeiten mangelnder Produktneuheiten einen unschätzbaren Reichtum für Pharmakonzerne dar, zeigt aber auf der anderen Seite auch, in welch einem hoch entwickelten System von Interdependenzen mit ihrer Umgebung indigene und lokale Gemeinschaften leben.

Diese Spannung zwischen Industrieländern und Entwicklungsländern wird an dem Beispiel von Merck Pharma und INBio deutlich. Merck Pharma ist ein international operierender US-Pharmakonzern, der mit INBio, dem Nationalen Institut für Biodiversität von Costa Rica, 1991 ein Abkommen getroffen hat, welches weltweit für Aufsehen gesorgt hat.[33] In diesem Abkommen ist vorgesehen, dass Merck gegen eine

27 *Shiva*, Biopiraterie, Kolonialismus im 21. Jahrhundert – Eine Einführung, 2002, S. 12.
28 *Thaler*, Biopiraterie und Indigener Widerstand. Mit Beispielen aus Mexiko, 2003, S. 24.
29 *Shiva* (Fn. 27), S. 12.
30 *Götting* (Fn. 5), S. 733.
31 *Ebd.*
32 *Ebd.*
33 Vgl. nur *Shiva* (Fn. 27), S. 86.

einmalige Zahlung von 1 Million US-$ im Gegenzug das Exklusivrecht erhält, bestimmte Pflanzenproben zu analysieren und behalten zu dürfen, die von Mitarbeiter/innen des INBio in den Regenwald-Nationalparks von Costa Rica gesammelt wurden.[34] Merck hat seinen jährlichen Gewinn von 4 Milliarden US-$ zu einem signifikanten Teil den Ergebnissen dieser Prospektierungsrechte aus diesem vertraglichen Kontakt zu verdanken. Im Gegenzug wurde 1 Million US-$ an die Naturschutzorganisation gezahlt und damit nicht an die lokalen Gemeinschaften oder die Regierung von Costa Rica. Dieses Abkommen wurde deswegen auch weltweit kritisiert.[35]

Der vorliegende Vertrag könnte theoretisch für einen gerechten Ausgleich zwischen den divergierenden Interessen der beiden Parteien stehen. Dies war jedoch a priori ausgeschlossen, da die Interessen der wahren Wissensträger, der Mitglieder indigener und lokaler Gemeinschaften nicht berücksichtigt wurden. Die Vertragsgegenstände gehören weder dem speziellen Interessenkreis INBio noch dem Pharmakonzern Merck Pharma, sondern eben den Gemeinschaften Costa Ricas, die in den Vertrag nicht eingebunden wurden. Zum anderen zeigt es auch den hohen wirtschaftlichen Nutzen, der aus einer Zurverfügungungstellung von Exklusivrechten für die Verwertbarkeit traditionellen Wissens resultieren kann und die große Verwundbarkeit von traditionellem Wissen durch ein solches Ungleichgewicht von Geldzahlung und Wert der Lieferung. Die gegensätzlichen Interessen der lokalen Gemeinschaften und der Industrie westlicher Länder konnten bisher mithin auch nicht in diesem Vertrag vereint werden.

3. Schutzbedürftigkeit und Schutz von traditionellem Wissen

Im Weiteren soll die Frage untersucht werden, ob und wenn ja wie traditionelles Wissen geschützt wird bzw. geschützt werden sollte. Es wird also nach der Schützenswürdigkeit auf den Ist-Zustand auf dem Gebiet des bestehenden nationalen und internationalen Patentrechts eingegangen. Dieser Teil stellt einen Schwerpunkt der Betrachtung dar und soll mit eigenen Lösungsansätzen abgeschlossen werden.

a) Schutzbedürftigkeit von traditionellem Wissen

aa) Verbesserung der Lebensumstände

Die Schützenswürdigkeit ergibt sich zum einen aus der lebensnotwendigen Bedeutung von traditionellem Wissen für seine Wissensträger.[36] Ohne traditionelles Wissen als Zusammenhalt würden viele lokale Gemeinschaften schnell zerfallen: Zum einen bietet traditionelles Wissen der gesamten Gemeinschaft eine eigene kulturelle Identität, sodass sowohl jüngere als auch ältere Mitglieder ein Zusammengehörigkeitsempfinden entwickeln.[37] Auch ältere Mitglieder, die u. U. einen eigenen Dialekt sprechen,

34 *Ebd.*
35 *Ebd.*
36 Siehe hierzu oben Abschnitt II. 2. a).
37 *Ebd.*

der außerhalb der Gemeinde nicht mehr verstanden wird, werden in das Gemeinschaftsleben miteinbezogen und von Jüngeren versorgt. Ohne eine ausreichend ausgeprägte gemeinsame kulturelle Identität ziehen immer mehr junge Menschen in urbane Ballungsgebiete, sodass die Gemeinschaften auf dem Land zerfallen. Desweiteren ermöglicht die Weitergabe traditionellen Wissens, welches über einen langen Zeitraum immer wieder optimiert wurde, den Menschen eine bestmögliche Anpassung an die bestehenden natürlichen Lebensumstände in ihrer Umgebung, bspw. bei dem Anbau von Pflanzen oder der Herstellung von Heilmitteln. Aber nicht nur die Lebensqualität der einzelnen Gemeinschaften wird durch die Anwendung von traditionellem Wissen signifikant verbessert, sondern auch andere ziehen erheblichen Nutzen daraus. So schätzt die Weltgesundheitsorganisation (WHO), dass 80 Prozent der Weltbevölkerung von Medizin, die durch traditionelles Wissen gewonnen wird, abhängig ist und dass es somit für das Überleben großer Bevölkerungsteile notwendig ist.[38] Durch erfolgsbringende Methoden[39], die aus traditionellem Wissen gewonnen wurden, ist traditionelles Wissen heutzutage als eine wichtige Möglichkeit der Informationsgewinnung für nachhaltige Entwicklung und Armutsreduzierung weitgehend anerkannt.[40] Zwar wird dieses Wissen heute aufgrund seiner eminenten Bedeutung von vielen zunehmend als wichtig erachtet. Daraus folgt jedoch auch eine Gefahr für die Existenz von traditionellem Wissen. Menschliche kulturelle Vielfältigkeit geht immer mehr zurück, während im Gegenzug die Welt sukzessive in biologischer und kultureller Hinsicht durch Nutzung und Veränderung immer uniformer wird. Laut der „Inter-Commission Task Force on Indigenous Peoples" der World Conservation Union (IUCN) sterben jährlich mehr Kulturen als deren Zugehörige aus.[41] Nach derselben Studie wird innerhalb eines Jahrhunderts die Hälfte der zurzeit existierenden Sprachen – also das kulturelle Erbe vieler Bevölkerungsgruppen und deren Verständnis des Lebens – aussterben.[42] Solch ein skizziertes Szenario ist nur durch einen signifikanten Rückgang von traditionellem Wissen – welches den Gemeinschaften Zusammenhalt bietet und Generationen verbindet – erklärbar. Traditionelles Wissen ist heutzutage durch viele Einflüsse gefährdet[43], wodurch die Verwundbarkeit und die Dringlichkeit der Implementierung eines adäquaten Schutzes von traditionellem Wissen, deren Wissensträgern und ihrer Gemeinschaften deutlich wird.

bb) Nutzen für die nationale Wirtschaft

Traditionelles Wissen ist vielseitig einsetzbar und kann sowohl Entwicklungsländern als auch den Industrieländern zu wirtschaftlichem Aufschwung verhelfen. Durch

38 *Dutfield* (Fn. 6), S. 142.

39 Z. B. shifting cultivation als besondere Anbaumethode, die einen rohstofferhaltenden Anbau bei der Feldarbeit ermöglicht und in den 70er Jahren populär wurde.

40 Vgl. *Drahos*, Indigenous Knowledge, Intellectual Property and Biopiracy: Is a Global Bio-Collecting Society the Answer?, E. I.P. R. 2000, S. 246 f.

41 Nachweise bei *Dutfield* (Fn. 6), S. 143.

42 *Ebd.*

43 Darunter sind die Auswirkungen der (kulturellen) Globalisierung, Genozid, unkontrollierte Grenzaggressionen, Einschüchterung von Regierungsseite und ungerechte Landvergabe.

seinen Nutzen kann traditionelles Wissen von den entsprechenden Wissensträgern – jedenfalls in der Theorie – auch kommerziell vermarktet werden, sodass traditionelles Wissen regelmäßig auch einen wichtigen Faktor für ökonomisches Prosperieren darstellt.[44] Dass dies in der Praxis eher nicht der Fall ist, hat zum einen das Beispiel Merck Pharma und INBio gezeigt, in deren Vertrag die eigentlichen Wissensträger nicht einbezogen wurden, zum anderen wird dies noch an anderen Beispielen verdeutlicht.

Jedoch wird hier bereits evident, dass traditionelles Wissen, wird es adäquat geschützt, nicht nur seinen genuinen „Besitzern" helfen kann, sondern auch dem ganzen Land. Traditionelles Wissen hat demzufolge das Potential, die Armut, die in vielen Entwicklungsländern herrscht, zu lindern und die drückenden Disparitäten der Welt – seien es regionale oder kulturelle – zu verkleinern.

cc) Eindämmen der Biopiraterie

Zu guter Letzt besteht die Schutzbedürftigkeit von traditionellem Wissen in seiner Verwundbarkeit vor kommerzieller Ausbeutung Dritter, die nicht selbst Wissensträger – und damit die wahren Berechtigten – sind und die aus einem anderen Kulturkreis stammen. Das Ausbeuten indigener und lokaler Gemeinschaften und v. a. ihres Wissens wird als „Biopiraterie" bezeichnet.[45] Der Terminus „Biopiraterie" ist in Anspielung an den Begriff „intellectual piracy", also dem Vorwurf des Plagiierens der Industrieländer gegenüber den Entwicklungsländern, entstanden.[46] Der Vorwurf ist in diesem Fall genau gegensätzlicher Richtung: Industrieländern wird vorgeworfen, biologische Ressourcen und v. a. das traditionelle Wissen von Gemeinschaften aus Entwicklungsländern durch eine Monopolisierung mittels Patentierungen auszubeuten, um diese dann aufgrund eines exklusiven Verwertungsrechts kommerziell nutzen zu können. Die Gemeinschaften werden mithin um einen Teil ihres Eigentums „beraubt". Dieses Verwerten geschieht nämlich zumeist weder ohne irgendeine gleichwertige Kompensation, noch unter Einbeziehung der Gemeinschaften, aus denen das traditionelle Wissen entstammt.[47] Dadurch wird den Wissensträgern zum einen der ihnen zustehende Anteil an dem Gewinn der kommerziellen Verwertung, den die entsprechenden Konzerne der Industrieländer erzielen, vorenthalten; zum anderen wird den Gemeinschaften durch die Patentierung der Biomasse bzw. des dazugehörigen Wissens eine weitere Möglichkeit verwehrt: Ein Patent gewährt seinem Inhaber das ausschließliche Recht, die patentierte Erfindung wirtschaftlich auszuwerten.[48] Da jedoch lokale Gemeinschaften zumeist ihr traditionelles Wissen nicht patentieren lassen wollen bzw. überhaupt nicht patentieren lassen können, sondern dies oftmals durch Dritte geschieht, werden die originären Wissensträger der Möglichkeit einer eigenen kommerziellen Nutzung – und da-

44 *Dutfield* (Fn. 6), S. 143.
45 Ausführlich bei *Shiva* (Fn. 27), S. 5 ff.
46 *Dutfield*, (Fn. 6) S. 144.
47 *Ebd.*, S. 145.
48 *Osterrieth*, Patentrecht, 2. Auflage (2004) S. 6.

mit auch einer umfassenden Kontrolle über ihr Wissen – beraubt. Diese Folgen widersprechen jedoch deutlich dem Erfinderprinzips des Patentrechts, welches z. B. in Art. 60 des Europäischen Patentübereinkommens (EPÜ)[49] verankert ist. Danach hat regelmäßig nur der Erfinder – also derjenige, der die Sache „erschafft" – ein Anrecht auf eine Patentierung und damit auf die ausschließliche Nutzung der Erfindung.[50] Bei der oben geschilderten Situation sind die wahren „Erfinder" des traditionellen Wissen – also die lokalen und indigenen Gemeinschaften, in denen das Wissen über mehrere Generationen übermittelt wurde – außen vor gelassen und durch Patente selbst bedrängt. Das Erfindungsprinzip als ein grundlegendes Prinzip des Patentrechts wird folglich vorliegend dadurch ausgehöhlt, dass ein anderer als der wahre Erfinder die Vorteile eines Patents genießt und desweiteren den wahren „Erschaffern" des Produkts die ihnen zustehende umfängliche Nutzung verbietet. Ein solches Ergebnis kann nicht hingenommen werden, will man die Grundintention des Patentsrechts aufrechterhalten. Die adäquate Gewährleistung eines effektiven Schutzes gegen eine derartige Ausbeutung der lokalen und indigenen Gemeinschaften der Entwicklungsländer, die zumeist zu den Ärmsten der Armen gehören, muss auch Aufgabe des Rechts sein.

b) Schutz von traditionalem Wissen

aa) Beispiel: Neem Baum

Der Neem ist ein in Indien heimischer Baum, der seit Jahrhunderten als Biopestizid und Heilmittel verwendet wird.[51] In einigen Regionen ist er sogar heilig.[52] Zudem wird die Rinde des Baums wegen ihrer heilkräftigen und antibakteriellen Eigenschaften als Zahnbürste verwendet.[53] Neem-Produkte werden in Indien seit 40 Jahren benutzt und verkauft, sowohl von dörflichen Industrien als auch von privaten Unternehmern.[54] Aufgrund der wachsenden Vorbehalte in den westlichen Ländern gegen chemische Produkte, insb. Pestizide, ist der Neem für Industriekonzerne derart interessant geworden, dass seit 1985 amerikanische und japanische Firmen mehr als ein Dutzend US-Patente auf Formeln für stabile Lösungen und Extrakte auf der Grundlage von Neem und für eine Zahnpasta aus Neem haben.[55]

---

49 Das Europäische Patentübereinkommen wurde am 5. 10. 1973 in München von 14 europäischen Staaten mit der entsprechenden Ausführungsordnung (AOEPÜ) unterzeichnet, wodurch ein gemeinsames Recht zur Patenterteilung für die Mitgliedstaaten geschaffen wurde. Die Bundesrepublik Deutschland hat dem Übereinkommen durch das Gesetz über internationale Patentübereinkommen vom 21. 6. 1976 zugestimmt. Es ist für die Bundesrepublik am 7. 10. 1977 in Kraft getreten. Der Text ist online unter http://www.european-patent-office.org/legal/epc/d/ma1.html erhältlich.

50 Näheres dazu bei *Heinemann*, Einführung ins Patentrecht, Beck-Texte im dtv zum Patentrecht, 2004, S. XVIII.

51 Das Beispiel ist eingehend bei *Shiva* (Fn. 27), S. 80 beschrieben.

52 *Ebd.*

53 *Ebd.*

54 *Ebd.*

55 *Ebd.*

Insbesondere ein US-amerikanisches Patent der Firma *WR Grace & Co.* ist von vielen Seiten stark kritisiert worden. Diese Firma hat mit Extrakten des Neembaums eine veränderte Lösung gewonnen, die aufgrund ihrer längeren Haltbarkeit sowohl für die Pestizid-Industrie als auch für Landwirte wertvoller ist als die traditionelle Nutzung.[56] WR Grace & Co. hat neben dem US-Patent auch Patente in 14 europäischen Ländern erlangt. Kritisiert wurde die Patentierung v. a. deswegen, weil die fragliche Nutzung des Neembaums in Indien seit Jahrzehnten bekannt ist und lokale Gemeinschaften die lagerungsfähige Zusammensetzung für ein Neem-basiertes Pestizid bereits entdeckt hatten. Da dieses bereits der Öffentlichkeit zugänglich sei, würde auch der „inventive step" fehlen, der zu der Patentierung erforderlich sei. Eine Erfindung würde mithin nicht vorliegen, eine Patentierung wäre damit unmöglich.

Die Rechtfertigung der Firma bestand zum großen Teil in der Behauptung, dass das modernisierte Extraktionsverfahren die eigentliche Innovation darstelle.

An diesem Beispiel werden die Unterschiede zwischen US-amerikanischem und europäischen Patentrecht evident: Maßgeblich für die Erteilung eines Patents ist die Neuheit der Sache, also die Definition des Standes der Technik. Nur das, was nicht zum aktuellen Stand der Technik zugerechnet werden kann, ist auch patentierbar.[57] Nach Art. 54 I EPÜ (entspricht § 3 PatG) gehört zum Stand der Technik alles das, was der Öffentlichkeit durch schriftliche oder mündliche Beschreibung, durch Benutzung oder in sonstiger Weise zugänglich gemacht worden ist.[58] Unter diesen absoluten Neuheitsbegriff[59] fällt also auch mündlich überliefertes Wissen und demnach auch traditionelles Wissen im Sinne dieser Bearbeitung. Eine Patentierung von Wissen, das in gewachsenen Gemeinschaften bereits seit langem bekannt ist, ist mithin regelmäßig nicht möglich. Daher kam die Einspruchsabteilung des Europäischen Patentamts, die die Patente gewährt hat, nach einer mehrjährigen Prüfung zu dem Ergebnis, dass die Kriterien für die Patentierbarkeit der Erfindung nicht gegeben waren und widerrief konsequenterweise das Patent.[60]

Demgegenüber ist das US-amerikanische Patentrecht anders, mehr auf nationalen Interessen fußend, aufgebaut. Eine Patentierung wegen Neuheitsschädlichkeit – wie sie vorliegend ja in Betracht kommt – ist danach nur dann ausgeschlossen, wenn die Erfindung in den USA (!) vorher bekannt war oder benutzt wurde oder wenn sie in einem anderen Land patentiert oder die relevanten Elemente schriftlich veröffentlicht wurden (35 U.S.C. § 102). Es wird demnach ein relativer Neuheitsbegriff bevorzugt. Mündlich überliefertes Wissen und damit auch traditionelles Wissen kann nach diesem Verständnis a priori nicht zum Stand der Technik gehören und kann demnach

56 *Ebd.*

57 *Osterrieth* (Fn. 48), S. 104.

58 Vgl. *Götting* (Fn. 5), S. 735.

59 Vgl. *Osterrieth* (Fn. 48), S. 105.

60 Siehe hierzu Decision revoking the European Patent (Application No. 90 250 319.2–2117/ Patent No. 0 436 257) Ref. 30 159, vom 13. 2. 2001, einschließlich Reason for decision (Form 2916); siehe dazu auch *Thurau*, Der „Baum der Freiheit" als Widerstands-Symbol, Süddeutsche Zeitung Nr. 112, 16. 5. 2000, S. V2/11.

immer Gegenstand von Patentierungen durch unberechtigte Dritte sein, solange nicht bereits ein anderes Patent oder eine schriftliche Fixierung besteht. Durch diese diskriminierende Differenzierung wird die Biopiraterie in den USA folglich eher noch gefördert als verhindert, was jedoch aufgrund der Verletzlichkeit von traditionellem Wissen das eigentliche Ziel jeden Patentrechts sein sollte.

Nach diesem Beispiel stellt sich die Frage nach der Rolle des Patentrechts hinsichtlich eines effektiven Schutzes des traditionellen Wissens.

bb) Rolle des Patentrechts bei dem Schutz von traditionellem Wissen

Das Beispiel des Neembaums zeigt auf, dass traditionelles Wissen eigentlich eines zweifachen Schutzes bedarf: einerseits Schutz *durch* Patente der berechtigten Gemeinschaften und andererseits Schutz *gegen* Patente Dritter.

(1) Schutz durch Patente: Kompatibilität von geistigen Eigentumsrechten und traditionellem Wissen

Im Folgenden sollen die Möglichkeiten des Schutzes von traditionellem Wissen durch das bestehende System geistiger Eigentumsrechte untersucht werden. Ein solcher Schutz durch Patente bedeutet für die betroffenen indigenen und lokalen Gemeinschaften dabei in erster Linie Kontrolle über die Nutzung ihres Wissens.[61] Als eine Kontrollmöglichkeit von traditionellem Wissen kommen geistige Eigentumsrechte in Betracht, da sie als Monopolrechte die Entscheidung über die Nutzung des geschützten geistigen Eigentums ausschließlich dem Rechtsinhaber gewähren. Daher stellt sich zunächst ganz grundsätzlich die Frage der Vereinbarkeit von geistigen Eigentumsrechten und traditionellem Wissen. Anschließend wird auf etwaige internationale Schutzmechanismen einzugehen sein.

Geistige Eigentumsrechte streben ein ständiges Gleichgewicht zwischen den Erfindern des geistigen Eigentums und der Gesellschaft an: Zum einen wird durch die Vergabe von Exklusivrechten für die kommerzielle Verwertung für einen gewissen Zeitraum ein Anreiz für Forschung und Erfindertum als Motor der Entwicklung geschaffen; zugleich muss jedoch auch darauf geachtet werden, dass die Entwicklung von Wissenschaft, Technik und der gesamten Gesellschaft durch diese Verschließung nicht unnötig gebremst wird. Um dies zu vermeiden wird grds. auch nur solches Wissen patentiert, das gänzlich neu entwickeltes Wissen, also noch nicht allgemein bekannt ist und damit der so genannte „public domain" zugerechnet werden kann.[62] Traditionelles Wissen ist grds. – zumindest in den jeweiligen Gemeinschaften bzw. Regionen – bereits seit einer langen Zeit bekannt und gebraucht.[63] Dieser Umstand

61 So auch *Stenton*, Biopiracy withing the Pharmaceutical Industry: A Stark Illusion of how Abusive, Manipulative and Perverse the Patenting Process can be towards Countries of the South, E. I.P. R. 2004, S. 17, 20.

62 Vgl. *Ramsauer*, Geistiges Eigentum und kulturelle Vielfalt – Eine Untersuchung zum immaterialgüterrechtlichen Schutz autochthoner Schöpfungen, Diss. 2005, erscheint demnächst.

63 *Kumar*, Protecting Traditional Knowledge: Systems and Experiences in Sri Lanka; in: United Nations Conference on Trade and Development – Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions, 2004, S. 300.

lässt die Vermutung aufkommen, dass die geistigen Eigentumsrechte, wie sie heutzutage existieren, nicht auf traditionelles Wissen zu passen scheinen. Diese Vermutung verdient jedoch eine nähere Betrachtung, um voreilige Schlüsse zu vermeiden. Daher werden die Voraussetzungen einer Patentierbarkeit von traditionellem Wissen im weiteren Verlauf näher untersucht.

(a) Erfindung: Die Anwendbarkeit geistiger Eigentumsrechte auf traditionelles Wissen ist nicht bereits deswegen ausgeschlossen, weil für eine Patentierung regelmäßig eine Erfindung vorliegen muss. Der Begriff der Erfindung wird in Art. 52 I EPÜ (entspricht § 1 I PatG) vorausgesetzt, ohne jedoch gesetzlich definiert zu sein. Nach dem Verständnis des Bundesgerichtshofs ist unter einer Erfindung eine Lehre zum technischen Handeln zu verstehen, wobei technisches Handeln ein „planmäßiges Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur unmittelbaren Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolges" bedeutet.[64] Eine Entdeckung ist keine Erfindung und damit vom Patentschutz ausgeschlossen.[65] Nur ihre konkrete Anwendung zur Lösung eines bestimmten Problems ist dem Patentschutz u. U. zugänglich.[66] Die Nutzung traditionellen Wissens bezieht sich auf die Verwertung bestimmter Eigenschaften natürlicher Ressourcen, die zum Herbeiführen eines spezifischen Erfolges gezielt eingesetzt werden.[67] Es geht also nicht um die Entdeckung eines in der Natur schon immer bestehenden Stoffes, sondern um die Verwendung spezifischen Wissens zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges. Eine denkbare Erfindung wäre mithin die konkrete Nutzbarmachung einer bestimmten Wirkung einer Pflanze. Traditionelles Wissen kann demzufolge grds. eine Erfindung im Sinne des Patentrechts darstellen.[68]

(b) Neuheit: Wie bereits ausgeführt, bestehen in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedliche Ansichten des Begriffs „Neuheit", abhängig davon, wie man den „Stand der Technik" definiert.[69] Traditionelles Wissen ist jedenfalls nach der ratio legis des § 54 I EPÜ regelmäßig nicht neu, da es zumeist als mündlich überliefertes Wissen bereits über mehrere Generationen hinweg besteht. Dies lässt jedoch nicht zwangsläufig auch auf eine Neuheitsschädlichkeit des traditionellen Wissens per se schließen. Neu ist Wissen dann nicht, wenn es der Öffentlichkeit bekannt ist.[70] Wenn also die Wissensträger derart von anderen Bevölkerungsteilen abgeschlossen leben,

64 *BGHZ* 52, 74 (82).
65 *Osterrieth* (Fn. 48), S. 55.
66 *Ebd.*
67 *Stenton* (Fn. 61), S. 19.
68 *Ebd.*; a. A. *Spranger*, Völker, „Biopiraterie" und internationales Patentrecht, GRUR 2001, S. 89, 92.
69 Vgl. hierzu Art. 54 I EPÜ für das europäische Patentrecht (entspricht § 3 PatG) und 35 U.S.C. § 102 für die amerikanische Rechtsordnung. Die beiden Normen beruhen auf einem unterschiedlichen Verständnis des Schutzes geistigen Eigentums durch Patente. Siehe zur Veranschaulichung eingehend die Ausführungen zum Beispiel des Neembaums oben Abschnitt II. 3. b) aa).
70 *Osterrieth* (Fn. 48), S. 104.

dass die Allgemeinheit keine Möglichkeit der Kenntnisnahme besitzt, kann traditionelles Wissen dennoch neu sein. Der Öffentlichkeit zugänglich gemacht ist etwas nämlich erst dann, wenn über eine beschränkte Anzahl Personen hinaus davon Kenntnis erlangt wurde bzw. erlangt werden könnte.[71] Eine solche völlige Abgeschiedenheit jedes einzelnen Mitglieds ist jedoch eher selten anzunehmen. Daher wird im Regelfall das Wissen über die Gemeinschaft der Wissensträger hinaus zugänglich und bekannt sein, sodass es sich in der „public domain" befindet.[72] Ein dort befindliches Wissen ist jedoch nicht mehr neu und damit einer Patentierung nicht zugänglich.[73]

(c) Erfinderische Tätigkeit: Zudem erfordert eine Patentierung von bestimmtem Wissen eine erfinderische Tätigkeit.[74] Das Vorliegen ist anhand des Standes der Technik zu ermitteln und jeweils im Einzelfall zu prüfen. Erforderlich ist ein gewisser Abstand zum bestehenden Stand der Technik. Überdies darf sich die Erfindung für den Fachmann nicht in nahe liegender Weise aus dieser ergeben.[75] Eine klare Aussage lässt sich für traditionelles Wissen aufgrund der Einzelfallbetrachtung nicht per se treffen.

(d) Gewerbliche Anwendbarkeit: Gemäß Art. 57 EPÜ – bzw. § 5 PatG im deutschen Recht – gilt eine Erfindung als gewerblich anwendbar, „wenn ihr Gegenstand auf irgendeinem gewerblichen Gebiet einschließlich der Landwirtschaft hergestellt oder benutzt werden kann". Ob die Patentierbarkeit von traditionellem Wissen an diesem Merkmal scheitert, ist noch nicht abschließend geklärt.[76] Fest steht zumindest, dass eine solche kommerzielle Sichtweise nicht die Intention von den eigentlichen Wissensträgern ist.[77] Letztlich ist der Begriff der gewerblichen Anwendbarkeit wohl eher weit auszulegen, sodass eine Patentierbarkeit von traditionellem Wissen hierdurch nicht ausgeschlossen ist.[78]

(e) Wesen der geistigen Eigentumsrechte: Ein Erzeugnispatent, welches einen umfassenden Schutz der Wissensträger gewährleisten könnte, ist nur insoweit möglich, als sich die Erfindung auf einen bestimmten Stoff bezieht.[79] Der Stoff alleine müsste dafür alle oben aufgeführten Voraussetzungen einer Patentierbarkeit erfüllen. Dies

---

71 *Ullmann*, in: Benkard, Patentgesetz, § 3, Rn 53.

72 siehe dazu oben Abschnitt II. 1. b) aa) (1).

73 Im deutschen Recht gewährt § 3 IV PatG zwar nach der Offenbarung der Erfindung noch eine sechsmonatige Anmeldefrist; danach ist aber eine Patenterteilung ausgeschlossen. Nach US-amerikanischen Recht ist eine Erteilung des Patents nach § 102 des U.S. Patent Acts nicht mehr möglich, wenn es länger als ein Jahr vor dem Patentantrag in den Vereinigten Staaten oder einem anderen Staat veröffentlicht wurde.

74 Art. 56 EPÜ, im deutschen Recht § 4 PatG.

75 Vgl. Art. 56 EPÜ, § 4 PatG.

76 Dafür *von Hahn* (Fn. 3), S. 167; dagegen *Shiva* (Fn. 27), S. 86.

77 Vgl. *Thaler* (Fn. 28), S. 40.

78 *Ebd.*

79 *Ebd.*, S. 41; *von Hahn* (Fn. 3), S. 168.

ist jedoch bei dem Schutz traditionellen Wissens fragwürdig, da oftmals die natürliche Ressource an sich nicht neu ist. Nur ein solcher Stoffschutz würde die Vielzahl der Verwendungsmöglichkeiten der indigenen und lokalen Gemeinschaften hinsichtlich ihres Wissens umfassend schützen. Ansonsten besteht allenfalls ein nur minder effektiver Schutz von traditionellem Wissen, der zu keiner signifikanten Besserstellung der Wissensträger führt.

Zudem steht nur dem Erfinder – sozusagen als „Lohn für seine Mühen" – das Recht auf das Patent zu.[80] Als Erfinder kommen grds. nur natürliche Personen in Betracht. Mit diesem grundlegenden Prinzip des Patentrechts zeigt sich eine weitere Inkompatibilität mit dem Schutz traditionellen Wissens. Zwar kann mehreren Personen, wenn sie etwas gemeinsam erfunden haben, als Miterfinder das Recht zustehen.[81] Jedoch entsteht traditionelles Wissen meistens nicht durch die Leistung nur einzelner Personen, sondern ist kollektiv gehaltenes Wissen, welches der Gemeinschaft insgesamt zuzurechnen ist und nach ihrem Empfinden auch zugerechnet werden soll. Zwar wird auch bei den indigenen und lokalen Gemeinschaften der entscheidende Schritt zu einer neuen Erfindung von nur einzelnen Mitgliedern der Gemeinschaft getätigt, sodass ein oder mehrere Erfinder grundsätzlich existieren. Jedoch verbietet das Wesen des traditionellen Wissens eine solche unsachgemäße Differenzierung zwischen den einzelnen Mitgliedern der Gemeinschaft: Das neu gewonnene Wissen wird von der Gemeinschaft selbst zumeist als der ganzen Gruppe gehörendes Wissen angesehen und auch entsprechend angewandt. Zudem ist das traditionelle Wissen dynamisch und unterliegt mithin ständigen Änderungen, sodass Übergange und Veränderungen fließend sind. Dies alles kann dazu führen, dass der ursprüngliche Eigentümer des Wissens nicht mehr bekannt ist und sich die Gemeinschaft nunmehr als „Eigentümer" des Wissens fühlt. Man könnte jedoch auf die Idee kommen, dass demzufolge die gesamte Gemeinschaft als Miterfinder zu qualifizieren ist. Zwar ist allen Mitgliedern der Gemeinschaft das Wissen bekannt, jedoch ist eine solche Qualifikation als Erfinder nicht möglich. Dazu fehlt es an der selbstständigen, geistigen Mitarbeit des einzelnen für die Entstehung des Wissens.[82] Aufgrund des Wesens des traditionellen Wissens wäre es daher günstig, den entsprechenden Gemeinschaften eine kollektive Rechtsinhaberschaft zuzusprechen. Dies könnte sowohl der Art des speziellen Wissens, als auch dem subjektiven Empfinden der Gruppe gerecht werden. Jedoch verbietet diese Handhabung das momentan geltende Patentrecht als individuelles Recht.

(f) Unvereinbarkeit von traditionellem Wissen und Patenten: Wie oben aufgezeigt, eignen sich bestehende geistige Eigentumsrechte nicht, um einen effektiven Schutz von traditionellem Wissen zu gewährleisten. Für eine Patentierbarkeit fehlt es zumeist an der Neuheit des Wissens, zumindest sprechen erhebliche praktische Hindernisse dagegen. Auch das Vorliegen anderer Voraussetzungen – wie z. B. die

80 Vgl. § 6 PatG.
81 *Ilzhöfer*, Patent-, Marken- und Urheberrecht, S. 41.
82 So auch *Blakeney* (Fn. 8), S. 254.

gewerbliche Anwendbarkeit – erscheint fraglich. Überdies sprechen praktische Erwägungen gegen eine Patentierbarkeit: Die Erlangung eines Patents ist regelmäßig kostspielig. Zudem ist technischer Sachverstand für einen ordnungsgemäßen Antrag notwendig. Beides ist in vielen Gemeinschaften nicht ausreichend vorhanden oder wird in anderen Bereichen dringender eingesetzt. Vielmehr ist das geltende Patentrecht aufgrund seines Beharrens auf individueller Rechtsinhaberschaft mit dem Wesen des traditionellen Wissens nicht vereinbar. Ein effektiver Schutz durch Patente erscheint demnach de lege lata mehr als fraglich.

(2) Schutz gegen Patente

Jedoch könnte traditionelles Wissen *gegen* Patente, als auch gegen andere Arten der Ausbeutung durch internationale Abkommen geschützt sein. Darauf wird im Nachfolgenden eingegangen.

(a) TRIPS-Übereinkommen: Das so genannte TRIPS-Übereinkommen (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights) wurde 1995 bei der Marrakesh-Runde der GATT-Verhandlungen[83] zur Liberalisierung des Welthandels verabschiedet und enthält Regelungen über den Handel mit geistigem Eigentum.[84] Dieses Abkommen verpflichtet die Entwicklungsstaaten, ihre nationalen Systeme zum Schutz gewerblicher Rechte im Rahmen abgestufter Übergangsfristen auf das von den Industrieländern geforderte Niveau anzuheben und auszuweiten.[85] (Umstritten ist, ob das TRIPS-Übereinkommen dadurch den Entwicklungsländern eher hilft oder schadet. Dies ist jedoch nicht Gegenstand dieser Ausführungen, sondern die Frage, ob TRIPS traditionelles Wissen schützen kann bzw. schützt[86]). Durch die Schaffung des TRIPS sollte dem Umstand begegnet werden, dass viele Entwicklungsländer allenfalls einen minimalen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in ihren nationalen Rechtsordnungen verankert hatten.[87] Zugleich wurden bereits bestehende Schutzrechte durch bestimmte Drittweltstaaten immer häufiger verletzt, was die Schaffung spezifischer Vorgaben ebenfalls notwendig machte.[88]

Als Leitprinzip bestimmt dieses Übereinkommen für den Bereich des geistige Eigentumsrechts, dass Patentschutz für Produkte und Verfahren in allen Bereichen der

83 Das GATT (General Agreement on Trade and Tariffs) wurde 1995 von der Welthandelsorganisation WTO (World Trade Organisation) abgelöst.

84 *Thaler* (Fn. 28), S. 39.

85 *Ebd.*, S. 38.

86 Siehe hierzu ausführlich *Heath*, Bedeutet TRIPS wirklich eine Schlechterstellung von Entwicklungsländern?, GRUR Int. 1996, S. 1169 ff.; *Hilpert*, TRIPS und das Interesse der Entwicklungsländer am Schutz von Immaterialgüterrecht in ökonomischer Sicht, in GRUR Int. 1998, S: 91 ff., *Pacon*, Was bringt TRIPS den Entwicklungsländern?, GRUR Int. 1995, S. 875 ff., *Kunz-Hallstein*, Die Reform des internationalen Patentschutzes im Interesse der Entwicklungsländer, GRUR Int. 1979, S. 369 ff.

87 *Levy*, Implementing TRIPS – A Test of Political Will, Law and Policy in International Business 2000, S. 789.

88 *Senti*, WTO: System und Funktionsweise der Welthandelsordnung, 2000, Rn. 1294.

Technologie gewährleistet sein muss.[89] Art. 26 I S. 1 TRIPS bestimmt dann konsequenterweise auch, dass – vorbehaltlich der Absätze 2 und 3 – vorzusehen ist, dass Patente für Erfindungen auf allen Gebieten der Technik erhältlich sind. Demnach regelt das TRIPS-Übereinkommen den Gegenstand des Patentrechts denkbar weit: Alle Erfindungen sind hiernach geschützt, egal welchem Technologiebereich sie entstammen.[90] In Art. 27 II TRIPS ist als Ausnahme von der umfassenden Patenterteilung die Möglichkeit eines Patentausschlusses vorgesehen, wenn die Verwertung eines Verfahrens gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten verstoßen, bzw. zu einer ernsten Schädigung der Umwelt führen würde. Desweiteren bestimmt Art. 27 III lit. b) S. 1 TRIPS, dass Pflanzen und Tiere, mit Ausnahme von Mikroorganismen, ebenfalls von der Patentierbarkeit ausgeschlossen werden können. In einem solchen Fall muss jedoch der Schutz durch einen vergleichbaren Mechanismus gewährleistet sein, Art. 27 III lit. b) S. 2 TRIPS. Satz 2 bestimmt diesbezüglich ferner, dass hierfür Patente, ein wirksames sui generis-System oder eine Kombination aus beidem in Betracht kommen. In diesem Punkt liegt auch das Problem des TRIPS-Übereinkommens für den Schutz traditionellen Wissens: Die Formulierung „mit Ausnahme von Mikroorganismen" bedeutet, dass die Mitglieder des WTO-Abkommens definitiv dazu verpflichtet werden, Patentschutz bereit zu stellen für Mikroorganismen, sowie mikrobiologische und nichtbiologische Verfahren. Zwar sind sie nicht zur Patentierung verpflichtet, aber eben dazu, auf der Ebene von Pflanzensorten zumindest einen ähnlichen Schutz bereitzustellen.[91] An dieser Stelle wird wieder die Inkompatibilität von Patenten und traditionellem Wissen deutlich: Eine Patentierung kann nur durch die Reduktion komplexer Organismen auf ihre Einzelteile, sowie durch eine rein kommerzielle Betrachtungsweise erreicht werden.[92] Das TRIPS-Übereinkommen fördert die Patentierung von traditionellem Wissen, was v. a. durch US-Patente, die auch Monopolrechte auf Lebensformen zulassen, von Großunternehmen ausgenutzt wird.[93] Ein effektiver Schutz von traditionellem Wissen durch das TRIPS-Übereinkommen wird folglich nicht erreicht.[94] Vielmehr besteht durch dieses die Möglichkeit einer weiteren Ausbeutung von wertvollem traditionellem Wissen.

(b) Konvention über Biologische Vielfalt: Das Hauptanliegen der Konvention über Biologische Vielfalt (Convention on Biological Diversity – CBD) ist der Erhalt von Biodiversität, Art. 1 CBD. Sie wurde am 5. Juni 1992 in Rio de Janeiro von mehr als 150 Staaten verabschiedet, ohne dass jedoch ein wirklicher Kompromiss zwischen den Ländern des Nordens und denen des Südens hinsichtlich Zugang, Ausbeutung

89 *Subramian/Watal*, Can TRIPS serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO?, Journal of International Economic Law 2000, S. 403, 405.

90 Art. 27 I S. 1 TRIPS.

91 *Shiva* (Fn. 27), S. 39 ff.; *Seiler*, TRIPS und die Patentierung lebender Materie, Kritische Ökologie 1998/99, S. 3.

92 *Thaler* (Fn. 28), S. 40.

93 *Ebd.*

94 Vgl. stellvertretend *Stenton* (Fn. 57), S. 25.

und Schutz der auf der Welt vorhandenen genetischen Ressourcen erzielt werden konnte.[95] Bisher haben 164 Staaten die Konvention unterzeichnet.[96] Zu ihnen gehören auch die USA, die sie am 4. Juni 1993 mit einigen Vorbehalten unterzeichnet haben, ohne sie jedoch bisher ratifiziert zu haben.[97]

Um die Zielsetzung des Art. 1 zu erreichen, enthält die Konvention eine Reihe von Verpflichtungen und Rechten für die Mitgliedsstaaten, also sowohl für Entwicklungs- als auch Industrieländer. Das Novum der Konvention besteht darin, dass der Schutz der biologischen Vielfalt erstmals ausdrücklich als Regelungsgegenstand in einen völkerrechtlichen Vertrag aufgenommen wurde.[98] Unter anderem ist ein Finanzierungsmechanismus angedacht, mittels dessen den Entwicklungsländern finanzielle Hilfsmittel zum Zwecke des Schutzes von biologischer Vielfalt, zu der ja auch traditionelles Wissen gehört, zur Verfügung gestellt werden sollen, Art. 21 CBD.[99] Ein weiterer Eckpfeiler der Konzeption der Konvention ist die explizite Anerkennung der souveränen Rechte der Mitgliedsstaaten über ihre natürlichen Ressourcen, wie z. B. ihre Autorität über den Zugang zu genetischen Ressourcen durch ihre nationale Gesetzgebung zu bestimmen, Art. 15 (1) CBD.[100] Trotz des überwältigenden Zuspruchs gegenüber der Konvention – u. a. haben alle Mitglieder der Europäischen Union sie ratifiziert – hat sie bisher noch keinen spürbaren Einfluss auf den internationalen Handel in Bezug auf Biodiversität und traditionelles Wissen im Besonderen nehmen können.[101] Dies liegt unter anderem daran, dass die Verpflichtungen der einzelnen Mitgliedsstaaten sehr vage gehalten sind und keinen verpflichtenden Charakter besitzen. Insbesondere der Wortlaut der Art. 7–9, welche eine Vielzahl von Konservierungsmethoden enthalten, ist sehr allgemein formuliert und verpflicht die Mitgliedsstaaten nur zu Maßnahmen „soweit möglich und angebracht".[102]

(c) Bisher nur fragmentartiger Schutz von traditionellem Wissen: Wie oben dargestellt, besteht momentan kein adäquater und konsequenter Schutz von traditionellem Wissen. Es kann höchstens ein fragmentartiger Schutz für ein derart kritisches Problem wie das der Biopiraterie erreicht werden.[103] Dies liegt zum einen an der Gegensätzlichkeit von geistigen Eigentumsrechten und traditionellem Wissen. Zum anderen ist es auch nicht durch internationale Abkommen möglich, traditionelles Wissen zu schützen. Durch einige Maßnahmen – z. B. durch US-amerikanisches Patentrecht und in Teilen auch durch das TRIPS-Übereinkommen – wird die Ausbeutung traditionellen Wissens sogar noch gefördert anstatt sie einzudämmen. Diese Unzuläng-

95 Näheres dazu bei *Straus*, The Rio Biodiversity Convention and Intellectual Property, IIC 1993, 602 f.
96 *Stenton* (Fn. 61), S. 26.
97 *Ebd.*, S. 27.
98 *Götting* (Fn. 5), S. 733.
99 Vgl. auch *Straus* (Fn. 95), S. 605.
100 Ferner *Gibson* (Fn. 9), S. 281.
101 *Stenton* (Fn. 61), S. 26.
102 *Straus* (Fn. 95), S. 606.
103 So auch jüngst *Gibson* (Fn. 9), S. 281.

lichkeiten lassen die Frage aufkommen, wie sonst traditionelles Wissen geschützt werden könnte.

cc) Neue Bestrebungen auf dem Gebiet des Schutzes traditionellen Wissens: Der bisherige Gang der Bearbeitung hat dargelegt, dass indigene und lokale Gemeinschaften in Bezug auf ihr traditionelles Wissen bislang weitgehend schutzlos gestellt sind. Dieser fehlende Schutz wird generell als Defizit bzw. Regelungslücke wahrgenommen und ein adäquater Schutz gefordert.[104] Um einen solchen zu erreichen, werden im Schrifttum grds. zwei Vorschläge verfolgt: Die Verbesserung des bestehenden Systems und die Einführung eines gänzlich neuen sui generis-System zum Schutz von traditionellem Wissen. Beide sollen im weiteren Verlauf näher betrachtet und mit einer eigenen Stellungnahme abgeschlossen werden.

(1) Verbesserung des bestehenden Systems: Zunächst wird vorgeschlagen, das bisherige Schutzsystem zu verändern und mehr auf die Bedürfnisse lokaler und indigener Gemeinschaften einzugehen. Auf der Tagung der Arbeitsgruppe für internationale Patentklassifizierungen im Juni 2003 in Genf wurde das Bedürfnis für weitere Klassifizierungsschemata im Patentrecht gesehen, die dahingehend traditionelles Wissen schützen sollen, als Erfindungen, die auf diesem Wissen beruhen, diese Ursprünge anzuerkennen und auszuweisen.[105] Durch dieses Erfordernis einer so genannte „disclosure of origin" soll das geltende internationale Patentrecht verbessert werden, um traditionelles Wissen und genetische Ressourcen vor illegitimen Patentforderungen zu schützen.[106] Als Ergebnis der Konferenz wurde die „Draft Technical Study on Disclosure Requirements Related to Genetic Resources and Traditional Knowledge" erstellt, die die Möglichkeit eines Erfordernisses des „disclosure of origin" untersucht, um den regelkonformen Transfer von traditionellem Wissen in Patentierbares zu gewährleisten.[107]

Auch von anderer Seite wird angedacht, den Ursprung der Erfindung anzugeben, um die ursprünglichen Wissensträger vor einer Ausbeutung zu schützen.[108] Dies soll durch eine Einführung von einer sichtbaren Kennzeichnung von auf traditionellem Wissen basierenden Erfindungen geschehen.[109] Dem stehen jedoch v. a. praktische Bedenken entgegen: Eine derartige Kennzeichnung kann nur auf stofflich fixierte Gegenstände erfolgen. Zudem ist durch das generelle Befürworten einer solchen Auszeichnung noch nicht geklärt, was genau durch so ein Siegel versehen werden

104 *Ebd.*, S. 285.

105 *Ebd.*

106 *Straus*, Angabe des Ursprungs genetischer Ressourcen als Problem des Patentrechts, GRUR Int. 2004, S. 792, 793.

107 Siehe zur Draft Technical Study on Disclosure Requirements Related to Genetic Resources and Traditional Knowledge www.wipo.int/documents/en/meetings/2003/igc/pdf/grtkf_ic_5_10.pdf.

108 Jüngst von *Goplalakrishnan*, TRIPs and Protection of Traditional Knowledge of Genetic Resources: New Challenges to the Patent System, E. I.P. R. 2005, 11 ff.

109 *Gibson* (Fn. 9), S. 284.

darf und ab welchen Veränderungen ein solches nicht mehr vergeben werden kann. Ein solcher Vorschlag könnte mithin nur einen lückenhaften Schutz gewähren.

Auf der sechsten Tagung des WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore ("IGC") wurde endlich die Beteiligung der Gemeinschaften bei internationalen Verhandlungen bzgl. des Schutzes traditionellen Wissens in den Mittelpunkt gerückt.[110] Diskutierte Strategien beinhalteten die Ermunterung der Mitgliedstaaten, Vertreter von lokalen und indigenen Gemeinschaften in nationalen Delegationen ein Mitspracherecht einzuräumen. Zudem wurde die finanzielle Unterstützung von Nichtregierungsorganisationen (NGOs) – die sich mit der Unterstützung der Gemeinschaften beschäftigen –, die direkte Finanzierung von Gemeinschaftsvertretern, eine Kooperation mit dem Permanent Forum on Indigenous Peoples der Vereinten Nationen und die ständige Konsultierung von NGOs und Gemeinschaftsvertretern angedacht.[111] Diese Vorschläge werden jedoch vielfach als nicht weit genug gehend eingestuft, um eine signifikante Besserstellung der Wissensträger gegenüber der bisherigen Situation zu gewährleisten.[112]

Um die Defizite auf dem Gebiet des internationalen Rechts auszufüllen, wird überdies vorgeschlagen, aus dem bisherigen System ein international bindendes Rechtsinstrument zu entwickeln.[113] Dieses könnte zu der wichtigen Harmonisierung der Ansätze des Schutzes von traditionellem Wissen führen. Jedoch besteht bisher noch kein Konsens für diesen Vorschlag. Die Staaten müssten sich dazu verpflichten, an die Vorgaben gebunden zu sein, um einen wirklich legitimierten Schutz der Gemeinschaftsressourcen zu erreichen. Dafür sind aber noch viele Mitgliedsstaaten der WIPO nicht bereit. Für rechtlich zwingende Strukturen setzen sich dafür viele Vertreter lokaler und indigener Gemeinschaften ein, die befürchten, dass ansonsten ein wirklicher Einsatz der Staaten der Weltgemeinschaft und damit eine realistische Chance auf einen effektiven Schutz nicht erreicht werden kann.[114]

(2) Sui generis-Schutz für traditionelles Wissen

Andere befürworten für den Schutz von traditionellem Wissen ein sui generis- System, also ein System, welches losgelöst von den bisher bestehenden Instrumenten des Patentrechts speziell auf das traditionelle Wissen zugeschnitten ist, um so den jewei-

---

110 6. Tagung des WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, 15.-19. März, Genf, WIP/GRTKF/IC6/10. Siehe dazu Internetseite der WIPO http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2004/igc/pdf/grtkf_ic_6_6.pdf, Abfrage vom 18. Dezember 2004.

111 *Gibson* (Fn. 9), S. 286.

112 *Ebd.*, S. 287.

113 WIPO/GRTKF/IC6/6; www.wipo.int/documents/en/meetings/2004/igc/pdf/grtkf_ic_6_6.pdf.

114 Als Beispiel zu nennen sind die Vertreter des *Saami* Rates, die für bindende Strukturen und eine Kooperation des IGCs mit Organen der Vereinten Nationen eintreten; näheres bei dem Bericht der sechsten Tagung des IGC am 14. April 2004, WIPO/GRTKF/IC/6/14, www.wipo.int/documents/en/meetings/2004/igc/pdf/grtkf_ic_6_14.pdf.

ligen Besonderheiten gerecht zu werden.[115] Jedoch ist noch weitgehend ungeklärt, wie ein solches System de lege ferenda aussehen sollte. Denkbar wäre, dass man den lokalen und indigenen Gemeinschaften als den Wissensträgern ein absolutes Recht zuordnet.

(a) Schutz von traditionellem Wissen durch ein absolutes Recht: Die Tatsache, dass traditionelles Wissen regelmäßig nicht durch geistige Eigentumsrechte geschützt werden kann, hat zur Kritik an geistigen Eigentumsrechten geführt.[116] Daher werden teilweise eigene, kollektive Rechte der lokalen und indigenen Gemeinschaften an ihrem traditionellen Wissen gefordert, die einen ähnlichen Schutz wie die geistigen Eigentumsrechte bieten sollen.[117] Ein solcher Schutz müsste ebenfalls durch ein absolutes Recht erfolgen, will man einen gleichwertigen umfassenden Schutz gegen jedermann erreichen, so wie es ein Patent dem Erfinder gegenüber gewährleistet. Durch solch eine Konstruktion werden freilich die Grenzen des konventionellen Patentrechts überschritten – welches nur Exklusivrechte einiger, aber nicht eines ganzen Kollektivs gewährt –, sodass ein sui generis-Schutz entstehen würde.

Fraglich erscheint jedoch, ob die bestehenden Schwächen des konventionellen Patentrechts hinsichtlich eines adäquaten Schutzes von traditionellem Wissen durch eine derartige Konstellation bereits überwunden werden können. Nachfolgend werden daher die Möglichkeiten der Schaffung eines absoluten Rechts, welches der ganzen Gemeinschaft zugewiesen würde, eruiert.

Mit Patenten wird bestimmtes Wissen für einen begrenzten Zeitraum monopolisiert und so dem Erfinder die Möglichkeit der ausschließlichen Nutzung eingeräumt. Die rechtsdogmatische Herleitung kann durch die Anreiztheorie, die Belohnungstheorie und die Offenbarungstheorie vollzogen werden.[118] Die Anreiztheorie sieht in dem Patent einen Anreiz für Forschung und Entwicklung, die Belohnungstheorie sieht das Patent als eine Belohnung für die Anstrengungen des Erfinders und die Offenbarungstheorie betrachtet das Patent wegen des Erfordernisses der Offenlegung der Erfindung als einen Mechanismus, den Patentinhaber zur Veröffentlichung der Erfindung zu veranlassen.[119] Das Wesen des traditionellen Wissens ist jedoch anders gelagert: Traditionelles Wissen wird zumeist über mehrere Jahrhunderte weitergegeben und entwickelt sich dynamisch, indem es immer wieder an die jeweiligen Umstände angepasst wird. Damit ist es keine Innovation im üblichen Sinne; vielmehr soll Gegenstand eines möglichen Rechts auch das oftmals alte, überlieferte Wissen sein. Der Gedanke des Anreizes zur Schaffung von Innovationen läuft mithin vorliegend leer. Auch bedarf es keiner Monopolisierung von traditionellem Wissen durch ein absolutes Recht, um das traditionelle Wissen offen zu legen, da es bereits in den betreffenden lokalen oder indigenen Gemeinschaften be-

115 Vgl. *Ekpere* (Fn. 16), S. 236 m. w. N.
116 Vgl. dazu eingehend *Shiva* (Fn. 27), S. 88.
117 *Ebd.*, *Gibson* (Fn. 9), S. 287.
118 Näheres zu den Theorien umfassend bei *Osterrieth* (Fn. 48), S. 4 f.
119 *Ebd.*

kannt ist. Allenfalls könnte der Gedanke der Belohnung herangezogen werden: Die Wissensträger sollen für ihre Mühen belohnt werden, nicht für die Schaffung des Wissens, sondern vielmehr für seine Erhaltung. Zudem könnte ein absolutes Recht durch den Gedanken gerechtfertigt werden, dass die Bedeutung des traditionellen Wissens für das Bestehen und die kulturelle Identität der Gemeinschaften ein derartiges Schutzrecht erfordere. Diese Überlegungen lassen jedoch nicht den zwingenden Schluss auf die Einführung eines absoluten Schutzrechtes zu, sondern bieten auch Gestaltungsmöglichkeiten für andere Maßnahmen.[120]

(b) Schutzgegenstand: Traditionelles Wissen: Die Erteilung eines absoluten Rechts kann nur zu einem effektiven Schutz führen, wenn der Schutzgegenstand näher bestimmt ist. Eine genaue Definition von traditionellem Wissen ist jedoch aufgrund seiner Komplexität nicht ohne weiteres möglich und die existierenden Überlegungen sind zu weit bzw. zu wenig konkret, um den Schutzgegenstand exakt bestimmen zu können.[121] Zudem würden durch eine genauere Definition dieses Wissens wichtige Facetten aus dem Schutz herausfallen, sodass ein umfassender Schutz – wie er ja eigentlich angestrebt wird – nicht mehr möglich wäre. Überdies sind mögliche Kriterien nur schwer eindeutig bzw. oft erst ex post zu bestimmen. Rechtssicherheit könnte jedoch ggf. qua einheitlicher Auslegung dieser unbestimmten Begriffe durch die Spruchpraxis entsprechender Organe hergestellt werden, sodass bestehende Abgrenzungsschwierigkeiten aufgehoben würden. Jedoch stellt sich auch hier die Frage, ob so ein adäquater weltweiter Schutz – der aufgrund der Globalität der Ausbeutung traditionellen Wissens erforderlich wäre – erreicht würde. Dies erscheint in Ermangelung einer fehlenden Institution mit einem adäquaten Regelungsmechanismus, der für eine Vielzahl von Staaten weltweit bindend wäre, jedenfalls momentan fraglich.

(c) Rechtsträger: lokale und indigene Gemeinschaften: Die Eigenschaft der Rechtsträger ist bei der Zuweisung von exklusiven Verwertungsrechten von zentraler Bedeutung: Nicht jedermann soll ein Recht sui generis an traditionellem Wissen erlangen können, sondern es soll nur den wirklichen Wissensträgern zustehen. Es müsste also in der Regel ein kollektives Recht der Gemeinschaft sein. Jedoch muss das sui generis System auch insofern flexibel sein, als es die Möglichkeit eines individuellen Rechts bietet, wenn die Gemeinschaft z. B. einem Schamanen das Recht exklusiv zuweisen möchte. Dann muss aber auch eine rechtswirksame Vertretung der Gemeinschaft gewährleistet sein. Entscheidend dafür muss letztlich immer die Entscheidung der Gemeinschaft sein.

Wenn ein kollektives Recht vergeben werden soll, muss auch konsequenterweise eine Definition der Rechtsträger – also der lokalen und indigenen Gemeinschaften – bestehen. Da es vorliegend um ein konkretes Recht geht, muss aber auch für denjenigen, gegen den ein solches geltend gemacht wird, klar sein, wer dies innehat. Zudem muss eine Definition den Geltungsbereich des Rechts einschränken, da es kein

120 So letztlich auch *von Hahn* (Fn. 3), S. 318.
121 Wie oben in Abschnitt II. 1. erläutert.

uferloses Recht sein soll. Hier bestehen aber ganz vergleichbare Bedenken wie bei der Definition des traditionellen Wissens an sich. Denkbar wäre zwar, dass eine genaue Definition den Verantwortlichen auf regionaler und nationaler Ebene überlassen wird. Jedoch ist ein internationaler Schutz gegen das internationale Problem der Ausbeutung traditionellen Wissens so nur schwer zu erreichen. Eine genaue Definition müsste also durch die jeweiligen Vertragsstaaten erfolgen, was auch bei der Definition von traditionellem Wissen denkbar wäre. Ob so allerdings die nötige Rechtsklarheit geschaffen werden kann, ist fraglich.

(d) Schutzumfang eines Sui generis-Schutzes: Durch ein kollektives Recht sui generis für traditionelles Wissen würde – im Grundgedanken ganz ähnlich den existierenden geistigen Eigentumsrechten – den Rechtsträgern ein Ausschließlichkeitsrecht zustehen, da nur ein solches den größtmöglichen Schutz gewährleistet. Jedoch erscheint es problematisch, ob nicht auch ein derartiges Monopol sui generis der Natur des traditionellen Wissens widerspricht. Zunächst kann man einem solchen Exklusivrecht entgegenhalten, dass die Gemeinschaften so etwas nicht kennen und es auch nicht ihrer Intention entspricht.[122] Diese Betrachtungsweise greift jedoch zu kurz: Die Gemeinschaften sollen gerade durch etwas Neuartiges geschützt werden, was die momentane Rechtslage verbessert. Zudem wird durch eine Monopolisierung des Wissens den Rechtsträgern ein exklusives Verwertungsrecht eingeräumt, was ihnen die nötige Kontrolle über ihr Wissen verschaffen sollte. Eine Inwertsetzung von Bestandteilen traditioneller Wirtschaftsformen – insb. im Bereich der Biotechnologie und Pharmazeutika – wird bereits heute schon von lokalen und indigenen Gemeinschaften angestrebt. Zudem ist es den Wissensträgern qua absoluten Rechts möglich, ihr Wissen auch effektiv zu kontrollieren und somit eine Nutzung zu verhindern, die ihrer kulturellen Vorstellung widerspricht.

Jedoch könnte eine Monopolisierung dennoch ein Problem für die Wissensträger darstellen: Traditionelles Wissen kann oft nicht eindeutig zugeordnet werden. Zum einen kann sich Wissen in verschiedenen Gemeinschaften ähnlich entwickeln, wenn vergleichbare Lebensumstände bestehen. Ein Recht an solchem Wissen müsste demzufolge jeder dieser Gruppen gleichermaßen zustehen. Neben praktischen Bedenken besteht dadurch die Gefahr, dass die Gruppen keine umfassenden Kontrollmöglichkeiten über ihr Wissen besitzen und sich in Konkurrenz zueinander unterbieten und die Nutzung durch Dritte dadurch wieder erleichtert wird. Dieses Problem wird weiterhin durch die Unklarheiten bei der Begriffsklärung von traditionellem Wissen und lokalen und indigenen Gemeinschaften verstärkt.

Zudem ist die Dauer eines solchen Rechts noch weitgehend umstritten[123]: Teilweise wird gefordert, dass das Recht den Rechtsträgern auf unbeschränkte Zeit zuzuweisen ist. Dies ist jedoch im Einklang zum bisher bestehenden Patentrechtssystem nur schwer zu rechtfertigen. Geistige Eigentumsrechte gewähren dem Erfinder ein entsprechendes Nutzungsrecht auch nur für eine bestimmte Zeit. Man könnte zwar

122 Vgl. *von Hahn* (Fn. 3), S. 321.
123 *Ebd.*, S. 322.

argumentieren, dass hier gerade der sui-generis Charakter des absoluten Rechts zum Tragen kommen könne, der über das konventionelle Patentrecht hinausgeht. Jedoch muss auch ein neu zu schaffendes Rechtssystem an dem herkömmlichen gemessen werden, um Wertungswidersprüche in dem Schutz geistigen Eigentums zu vermeiden. Warum gerade indigene und lokale Gemeinschaften ihr Recht ohne zeitliche Begrenzung besitzen dürfen, ist rechtsdogmatisch und auch sonst nur schwer begründbar.

(e) Unvereinbarkeit bleibt bestehen: Eine Verbesserung des bisherigen Schutzes bleibt trotz der neuen Bestrebungen fragwürdig. Es bestehen eine Reihe guter Ansätze, die jedoch alle im Ergebnis höchstens eine unzureichende Verbesserung des Schutzes erreichen würden. Die Unvereinbarkeit von geistigen Eigentumsrechten mit traditionellem Wissen bleibt bestehen. Daher erscheint zunächst das Erschaffen eines gänzlich neuen Systems vorzugswürdig, welches über das bestehende Patentrecht hinausgeht und auf traditionelles Wissen zugeschnitten ist. Ein solcher Schutz könnte allenfalls durch ein kollektives Exklusivrecht umfassenden Schutz bieten. Wie aufgezeigt, ist aber auch ein absolutes Recht zur Verwirklichung eines sui generis-Schutzes im Ergebnis nur schwer realisierbar. Dieser Schaffung stehen zunächst die fehlende Definition von traditionellem Wissen, als auch die der lokalen und indigenen Gemeinschaften entgegen. Beide stellen sich als schwierig dar. Auch die Reichweite des Schutzumfangs ist mit dem Wesen des traditionellen Wissens und seiner Wissensträger nur schwer zu bestimmen. Zudem wird oft eine unbeschränkte Dauer des zu schaffenden Rechts gefordert, die sich jedoch nicht rechtfertigen lässt.

Damit ist aber nicht a priori die Kombination von beiden Strömungen ausgeschlossen. Denkbar wäre beispielsweise, dass einige sui generis-Elemente in das bisherige System aufgenommen werden, um zumindest die aussichtslos erscheinende Lage für die Gemeinschaften etwas zu verbessern. Z. B. schlagen *Kongolo* und *Shyllon* [124] vor, eine Datenbank für traditionelles Wissen zu erstellen, um die Situation besser analysieren zu können. Jedoch bleibt auch hier die Frage offen, wer eine solche kontrollieren soll.[125]

Bleibt noch die Möglichkeit einer vertraglichen Lösung der Länder mit verbindlichen Regelungen. Diese hier genauer zu erörtern, würde jedoch den Rahmen der Bearbeitung sprengen. Zu beachten ist bei diesem Instrumentarium aber die Parität der Vertragspartner. Es darf unter keinen Umständen zu einer neuen Art der Ausbeutung, dann zu einer vertraglich legitimen Ausbeutung, wie es viele in dem Beispiel Merck – INBio sehen, kommen. Es müsste mithin eine Kontrollinstanz eingerichtet werden, die die Vertragsverhandlungen und die tatsächliche Durchführung genauestens überwacht und der genügend Vertrauen entgegen gebracht werden kann. Ob sich die Staaten aber auf eine solche Lösungsart des Schutzes in naher Zukunft einigen können, ist bereits durch das bisherige Verhalten der Vereinigten

124 *Kongolo/Shyllon* (Fn. 1), S. 258 f.

125 Denkbar wäre bspw. ein speziell dafür eingerichtetes Ad-hoc Komitee, welches einer internationalen Organisation – z. B. der WIPO – unterstellt ist.

Staaten mehr als zweifelhaft. Damit wird ein wohl bekanntes Problem deutlich: Die Staaten haben die Möglichkeit einer Veränderung durch eine gemeinsame Bemühung, jedoch bestehen zu gegensätzliche Interessen, um eine wirkliche Verbesserung v. a. der Lage der wirklich Bedürftigen herbeizuführen.

(3) „Public domain" – die mögliche Lösung

Nach der hier vertretenen Auffassung sind weder eine Verbesserung des bisher geltenden Patentrechts, noch die Erschaffung eines sui generis-Schutzes im Moment in der Lage, traditionelles Wissen umfassend und adäquat zu schützen. Ein solcher Schutz wäre immer auch mit Beschränkungen und Gefahren für die Wissensträger verbunden. Daher stellt sich die Frage, ob man nicht vielmehr akzeptieren sollte, dass ein solcher Schutz zurzeit (noch) nicht möglich ist und man mehr auf das Wesen des Wissens eingehen sollte: Traditionelles Wissen fällt im Regelfall in die so genannte „public domain". Es ist also von geistigen Eigentumsrechten nicht geschützt und frei verfügbar, weshalb ein Schutz nur in Ausnahmen zu erreichen ist. Geistige Eigentumsrechte würden diesem Gedanken zuwider laufen, da sie die „public domain" beschränken würden. Dies heißt jedoch nicht, dass traditionelles Wissen als Bestandteil völlig schutzlos gestellt sein muss.

Der Begriff bestimmt sich – wie oben bereits gesehen[126] – zunächst durch eine negative Abgrenzung: „Public domain" ist derjenige Teil des gesamten Wissens, welcher nicht durch geistige Eigentumsrechte geschützt ist bzw. geschützt werden kann.[127] Daher bedingen sich der Umfang von geistigen Eigentumsrechten und der „public domain": Folge einer etwaigen Ausweitung von geistigen Eigentumsrechten ist die Verkleinerung der „public domain". Eine eigenständige Bedeutung erlangt die „public domain" des Weiteren durch die Notwendigkeit ihrer Existenz: Ohne diesen Bereich an frei nutzbarem Wissen wäre der Einzelne an jeglicher Art alltäglicher Tätigkeiten gehindert und eine Weiterentwicklung nicht ohne weiteres möglich. Die „public domain" ist demnach kein Bereich, der keinen Schutz verdient, sondern vielmehr eine notwendige Einrichtung, die dem übrigen System das Funktionieren ermöglicht. v. a. das alltägliche Wissen, aber auch Entdeckungen, wissenschaftliche Theorien und mathematische Methoden sind vom Patentschutz ausgenommen und befinden sich demnach in der „public domain".[128] Zudem fällt nach Ablauf des Schutzrechts grds. das vormals geschützte Wissen in die „public domain" und steht dann der Allgemeinheit unbeschränkt zur Verfügung.[129]

Wenn man den „public domain"-Charakter von traditionellem Wissen anerkennt, bleibt Wissen folglich frei nutzbar. Die Verfügbarkeit für die Allgemeinheit muss jedoch nicht heißen, dass lokale und indigene Gemeinschaften gänzlich schutzlos und ohne einen Ausgleich gestellt werden müssen. Anknüpfend an Art. 21 CBD wäre denkbar, den Wissensträgern eine gewisse finanzielle Teilhabe an dem traditio-

126 Siehe dazu oben Abschnitt II. 3. b) bb) (1) (b).
127 Osterrieth (Fn. 48), S. 7.
128 *Ebd.*
129 *Ebd.*; dies gilt freilich nicht für Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse.

nellen Wissen zu ermöglichen. Ein solcher Anteil dürfte sich freilich nicht aus der konkreten Nutzung von bestimmtem Wissen ergeben. Eine solche Berechnung würde einem direkten Vorteilsausgleich gleichkommen, der jedoch dem Prinzip der freien Verfügbarkeit in der „public domain" widersprechen würde.[130] Vielmehr müsste die Abgabe der Nutzer an die Wissensträger einen abstrakten Charakter von einer nachvollziehbaren Verwertung haben. Diese indirekte Beteiligung könnte dann den lokalen und indigenen Gemeinschaften zufließen und hier v. a. solchen, die von einem Aussterben besonders bedroht sind. Freilich würde dies auf eine Subventionierung traditioneller Wirtschaftsformen hinauslaufen. Hier zeigt sich jedoch die Bedeutung der faktischen Beschränkung der vorliegenden Untersuchung auf die Entwicklungsländer: Traditionelle Wirtschaftsformen in Industrieländern werden im Grundsatz bereits subventioniert und bedürfen solch einer zusätzlichen finanziellen Unterstützung nicht.

Eine Ausgleichszahlung für die Nutzung von traditionellem Wissen in der „public domain", die dann eben keine direkte Leistung an die Wissensträger darstellen würde, müsste an eine zentrale Stelle geleistet werden. In Betracht kommen hier sowohl internationale als auch nationale Einrichtungen. Beides kann Vorteile für eine Verteilung bedeuten: Internationale Organisationen besitzen zumeist schon die nötigen Kapazitäten und die Erfahrung, eine Verteilung der Gelder vorzunehmen. Zudem könnte hierdurch das Problem der Vorteilsannahme reduziert werden. Aber auch die Zuständigkeit nationaler Regierungen wäre denkbar. Entscheidend ist jedoch v. a., dass Vertreter der Gemeinschaften und auch lokale NGOs in die Verteilungsprozesse miteinbezogen werden. Sie würden zum einen als weitere Kontrollmöglichkeit fungieren und wissen v. a. wo und wie die Mittel eingesetzt werden sollten.

Die vorgestellte Variante zu den vorher besprochenen Lösungsansätzen verfolgt einen anderen Ansatz und orientiert sich eher an einer Verbesserung der Situation der lokalen und indigenen Wissensträger. Jedoch bleiben einige Bedenken gegenüber diesem Vorschlag bestehen: Grundlegende Fragen, wie wer die Leistungen in welcher Höhe in den Fond einbringen soll, bleiben noch unbeantwortet. Auch ob ein Anspruch auf die Leistungen bestehen soll bzw. ob die Leistungen einklagbar sein sollten, bleibt offen. Um ein wirkliches Funktionieren zu gewährleisten, sollten jedoch die Leistungszahlungen m.E. so verbindlich wie möglich gestaltet werden, da man als „Gegenleistung" wertvolles Wissen erhält. Jedoch bleiben auch bei dieser Lösung die bei der Untersuchung eines sui generis-Schutzes erörterten Schwierigkeiten der Definierbarkeit von den Wissensträgern und ihrem Wissen bestehen. Allerdings steht hier kein absolutes Recht in Frage, sodass die Definitionsprobleme leichter zu lösen sein dürften. Die Abgabe an einen zentralen Fond bei der Nutzung von traditionellem Wissen kann weit formuliert werden. Zudem könnte der Kreis der Begünstigten bedürfnisorientiert eingegrenzt werden, sodass neben den Kriterien „indigen" oder „traditionell" auch andere relevant sein könnten.

130 *Von Hahn* (Fn. 3), S. 358.

Ein weiteres Problem besteht darin, dass in der Realität traditionelles Wissen, obwohl es sich nach der hier vertretenen Auffassung in der „public domain" befindet, in einigen Staaten patentiert und damit zugleich auch missbraucht werden kann. Ein solches Patent wird in einem solchen Fall mithin fälschlicherweise erteilt. Dem könnte man jedoch entgegenwirken – falls kein Einlenken der betroffenen Staaten erfolgt –, indem man neben einem internationalem Fond, langfristig auch eine internationale Datenbank etabliert, die traditionelles Wissen dokumentiert. Derart schriftlich fixiertes Wissen wäre mithin vor einer Patentierung Dritter auch in den Ländern geschützt, deren Patentrechtssystem ein relativer Neuheitsbegriff zugrunde liegt, sodass zumindest das bestehende Wissen in der „public domain" zum Austausch gesichert ist.[131]

(4) Ergebnis: Gezielte Förderung von traditionellem Wissen durch die Einrichtung eines internationalen Fonds

Der gerade skizzierte Vorschlag scheint im Gegensatz zu den vorher diskutierten Ansätzen einen eher schwachen Schutz darzustellen, da den Wissensträgern kein Recht zustehen würde: Traditionelles Wissen würde schutzlos in der „public domain" verbleiben. Positiv formuliert bedeutet dies jedoch auch, dass traditionelles Wissen einen notwendigen Bestandteil des frei nutzbaren Wissenspool darstellt, welches nur aus diesem zur Nutzung genommen werden darf, wenn man dafür auch etwas abgeben muss, was mittelbar zumindest den genuinen Wissensträgern zukommt. Man muss jedoch zugeben, dass dieser Vorschlag zunächst „nur" ein allgemeines Aneignungsverbot statuiert und die weiteren Maßnahmen z. T. noch ungeklärt sind. Jedoch könnte trotz und wegen des „public domain"-Charakters von traditionellem Wissen ein gewisser Schutz erreicht werden. Traditionelles Wissen würde nicht durch ein eigenes Recht geschützt werden; jedoch wären aber auch nicht die Schwierigkeiten, die bei der Konstruierung eines solchen bestünden, gegeben. Der Schutz bestünde hier vielmehr in einer gezielten Förderung traditioneller Lebens- und Wirtschaftsformen, die eine unabdingbare Voraussetzung für Überleben und Weiterentwicklung für das Wissen und seine Wissensträger ist. Diese Förderung könnte mittels eines internationalen Fonds stattfinden; der Zugang zu den eingezahlten Leistungen von den Wissensträgern könnte als Recht formuliert werden, sodass den Gemeinschaften letztendlich doch der Schutz durch ein Recht zustehen würde.

III. Schlussbetrachtung: Traditionelles Wissen in der Verfügung traditionell Wissender

Die vorliegende Bearbeitung hat die Bedeutung von traditionellem Wissen sowohl für die Gemeinschaften, aus denen dieses Wissen entstammt, als auch für Unternehmen der Industrieländer aufgezeigt. Darin zeigt sich aber auch die Verwundbarkeit

131 Dies kann zwar umgangen werden, indem man das Produkt etwas verändert. Aber immerhin könnte das eigentliche traditionelle Wissen der Gemeinschaften dann nicht mehr durch Unberechtigte patentiert werden.

dieses Wissens. Der dringend notwendige umfassende Schutz dieses Wissens kann momentan nicht gewährleistet werden. Vielmehr wird das System, welches eigentlich Schutz gewähren sollte, z. T. für die gegenteilige Absicht benutzt, um das Wissen von seinen Trägern zu lösen. Positiv bleibt jedoch zu vermerken, dass das entsprechende Problembewusstsein in der Literatur langsam entsteht und eine Diskussion – die ohne Frage noch lange dauern muss – in die richtige Richtung liegt ebenfalls vor. Ein Schutz des Wissens in der „public domain" durch die Einrichtung eines internationalen Fonds würde jedoch bereits etwas Abhilfe schaffen und das Vertrauen der Gemeinschaften wenigstens zum Teil wiederherstellen.

Entscheidend ist und bleibt jedenfalls, dass die lokalen und indigenen Gemeinschaften in jede Überlegungen bzgl. traditionellen Wissens miteinbezogen werden, da sie als die genuinen Wissensträger, die schon seit mehreren Jahrhunderten mit ihrem Wissen agieren und es pflegen, wohl am besten über dieses Bescheid wissen.

„Gesamturteil, das nur **hervorragend** lauten kann."

WM 26/2005

Neue Reihe: Ius Communitatis

IUS COMMUNITATIS

Stefan Grundmann

Europäisches Gesellschaftsrecht

C.F. Müller

Rundum novelliert:

Europäisches Gesellschaftsrecht

Eine systematische Darstellung – unter Einbeziehung des europäischen Kapitalmarktrechts
Von Professor Dr. Dr. Stefan Grundmann, Berlin.
2004. XLVIII, 557 Seiten. Gebunden. € 98,-.
ISBN 3-8114-5128-6

Im Europäischen Gesellschaftsrecht fanden im Jahr 2003 fundamentale Veränderungen statt: Umstellung des Bilanzrechts auf internationale Standards (IFRS), Prospekt-Richtlinie, Übernahme-Richtlinie, Marktmissbrauchs-Richtlinie, etc. Hinzu kommt, dass die großen EuGH-Urteile (Centros, Überseering) der grenzüberschreitenden Mobilität zum Durchbruch verholfen haben. Das Rechtsgebiet ist damit größtenteils neu.

Die systematische Darstellung bezieht neben dem Gesellschaftsrecht auch das Kapitalmarktrecht, das Körperschaftssteuerrecht und das Unternehmensinsolvenzrecht mit ein und erörtert die jeweiligen Hauptprobleme und Leitprinzipien. Eine verlässliche, praktikable und einzigartige Darstellung des Geltenden mit hohem wissenschaftlichen Anspruch.

Das Buch ist vornehmlich für den Praktiker geschrieben, der verlässlich binnenmarktweit im Unternehmensrecht informiert werden will, eignet sich aber auch für den Referendar und fortgeschrittenen Studenten, der sich im Europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht spezialisieren möchte.

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

CFM C.F. Müller
www.cfmueller-verlag.de

80112508

Jan Kossmann*

Non Performing Loans in Deutschland

Abstract

Das OLG Frankfurt a. M. hat mit seiner Entscheidung vom 25. Mai 2004 (8 U 84/04), über die Abtretbarkeit von Non Performing Loans nicht nur in der juristischen Fachliteratur, sondern auch in der Tagespresse für großes Aufsehen gesorgt. In dieser Entscheidung hat das OLG Frankfurt a. M. festgestellt, dass aus dem Bankgeheimnis stets ein stillschweigendes Abtretungsverbot folge. Der Markt für Non Performing Loans in Deutschland steht noch am Beginn seiner Entwicklung und hat trotzdem bereits heute eine große wirtschaftliche Bedeutung. Die weitere Entwicklung könnte durch ein „generelles" Abtretungsverbot negativ beeinflusst werden. Ziel dieser Arbeit ist es zum einen, die Behauptung des OLG Frankfurt a. M. einer kritischen Bewertung zu unterziehen und zum anderen, die rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte von Non Performing Loans in Deutschland in einem breiteren Rahmen zu untersuchen.

* Der Verfasser studiert seit dem Wintersemester 2002/2003 Rechtswissenschaften an der Philipps-Universität Marburg und ist studentische Hilfskraft am Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht bei Frau Prof. Dr. *Katja Langenbucher*. Der vorliegende Text wurde ursprünglich als Seminararbeit im Rahmen des im Wintersemester 2004/2005 von Frau Prof. Dr. *Langenbucher* und Herrn Prof. Dr. *Matthias Casper* angebotenen Gemeinschaftsseminars „Europäisierung des Bankrechts" abgegeben. Frau Prof. Dr. *Langenbucher* möchte ich an dieser Stelle nochmals für die Betreuung der Arbeit herzlich danken.

I. Grundlagen

1. Begriff

Zunächst bedarf es der Bestimmung, was unter dem Begriff der Non Performing Loans (NPLs), auch Distressed Loans, Distressed Debts oder auf deutsch Not leidende Kredite genannt, zu verstehen ist. In der Praxis werden unter dem Begriff der NPLs unterschiedliche Arten von Darlehensforderungen erfasst.[1] Dabei sind grundsätzlich zwei Arten von NPLs zu unterscheiden. Solche im engeren Sinne sind Darlehensforderungen, bei denen sich der Schuldner im Verzug befindet, angemahnt wurde und der zugrunde liegende Darlehensvertrag daraufhin gekündigt wurde.[2] Unter NPLs im weiteren Sinne werden dagegen Darlehensforderungen verstanden, deren zugrunde liegendes Darlehensverhältnis noch nicht gekündigt ist, aber nach § 490 I BGB oder nach § 490 III i. V. m. § 314 BGB gekündigt werden könnte.[3] Dies kann zum einen bei wiederholtem Zahlungsverzug der Fall sein (§§ 490 III, 314 BGB)[4] oder wenn eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers (Event of Default) die Rückzahlung des Darlehens gefährdet (§ 490 I BGB).[5] Bei letzterem ist zu beachten, dass bei der Beurteilung der Gefährdung die mögliche Verwertung der Sicherheiten einzubeziehen ist. Eine Kündigung ist also erst zulässig, wenn trotz der gestellten Sicherheiten eine Rückerstattung voraussichtlich nicht gewährleistet ist.[6] Zusätzlich ist nach deutschem Recht die Kündigung in der Regel erst nach Ablauf einer durch Mahnung gesetzten angemessenen Frist möglich.[7]

Zum Teil werden aber auch schon solche Darlehensforderungen unter den Begriff der NPLs gefasst, bei denen die Voraussetzungen des § 490 I BGB zwar nicht oder noch nicht vorliegen, der Darlehensnehmer aber zu der entsprechenden Risikogruppe des darlehensgewährenden Instituts gehört.[8]

---

1 *Hofmann/Walter*, Die Veräußerung Not leidender Kredite – aktives Risikomanagement der Bank im Spannungsverhältnis zwischen Bankgeheimnis und Datenschutz, WM 2004, S. 1566, 1568.

2 *Rinze/Heda*, Non-Performing Loan und Verbriefungs-Transaktionen: Bankgeheimnis, Datenschutz, § 203 StGB und Abtretung, WM 2004, S. 1557, 1557.

3 *Toth-Feher/Schick*, Distressed Opportunities – Rechtliche Probleme beim Erwerb notleidender Forderungen von Banken, ZIP 2004, S. 491, 491; *Hofmann/Walter* (Fn. 2), S. 1568.

4 *Gößmann*, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis (2003 ff.), Rn. 1/595; *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage (2004), Rz. 2.394; *Palandt – Heinrichs*, 63. Aufl. 2004, § 490 Rn. 19.

5 Nr. 19 Abs. 3 AGB-Banken und Nr. 26 Abs. 2 AGB-Sparkassen.

6 *Toth-Feher/Schick* (Fn. 4), S. 491; *Palandt – Heinrichs* (Fn. 4), § 490 Rn. 6.

7 Nr. 19 Abs. 3 AGB-Banken und Nr. 26 Abs. 2 AGB-Sparkassen; *Wittig*, Kritische und notleidende Kreditengagements – Änderungen auf Grund der Schuldrechtsreform, NZI 2002, S. 633, 634 ff.

8 *Rinze/Heda* (Fn. 3), S. 1557.

2. Wirtschaftliche Dimension

Im Folgenden soll kurz auf die wirtschaftliche Bedeutung von NPLs im deutschen Kreditgeschäft und den daraus resultierenden Markt eingegangen werden. Aufgrund der unterschiedlichen Definitionen von NPLs und der Nichtveröffentlichung der genauen Daten durch die Institute, kann das wirtschaftliche Volumen des deutschen Marktes für Problemkredite nur geschätzt werden. Diese Schätzungen liegen bei bis zu 400 Mrd. Euro.[9] Zum Beispiel geht der Ostdeutsche Sparkassen- und Giroverband davon aus, dass 10 % des Kreditbestandes seiner Mitgliedssparkassen Not leidend ist.[10] Die Unternehmensberatung Ernst & Young geht für die Kredite der deutschen Banken von 5 % aus.[11]

Trotz dieser Dimensionen beginnt sich ein Markt für NPLs in Deutschland gerade erst zu entwickeln. In den achtziger Jahren entstand zunächst in den USA ein Markt für NPLs als Folge einer Immobilien- und Bankenkrise.[12] Anfang der neunziger Jahre entwickelte sich auch in Europa ein Markt für NPLs, insbesondere in Frankreich und Italien.[13] In Deutschland fanden größere Transaktionen erstmalig 2003 statt.[14] Im Sommer 2003 wurde ein Portfolio Not leidender Kredite der insolventen Gontard & Metallbank im Nominalwert von gut 200 Mil. Euro durch einen Insolvenzverwalter an eine Tochtergesellschaft der Fondsgesellschaft Lone Star veräußert. Ein Teil der betroffenen Darlehensschuldner hat gegen diese Veräußerung geklagt. Hierauf wird im Rahmen der rechtlichen Grenzen des Handels mit NPLs in Abschnitt D näher eingegangen.

3. Motivation für die Veräußerung Not leidender Kredite

a) Allgemeine Ursachen

Nachdem festgestellt wurde, dass ein enormes Volumen an NPLs vorhanden ist, soll nun auf die Motivation für den Handel mit diesen eingegangen werden. Denn auf den ersten Blick erscheint das Bedürfnis der Veräußerung von Not leidenden Krediten etwas verwunderlich. Schließlich handelt es sich bei Kreditausfällen gerade um das dem Kreditgeschäft immanente Risiko, welches eigentlich durch die Erträge dieser Geschäfte ausgeglichen bzw. übertroffen werden sollte.[15] In Deutschland finanzieren sich insbesondere mittelständische Unternehmen überwiegend durch Bankkredite.[16] Für die Kreditinstitute werfen diese Geschäfte jedoch wenig bis gar keinen

9 Handelsblatt vom 29. 6. 2004.
10 Die SparkassenZeitung vom 4. 6. 2004.
11 *Rinze/Heda* (Fn. 3), S. 1557.
12 *Ebd.*, S. 1557; *Hofmann/Walter* (Fn. 2), S. 1566.
13 *Rinze/Heda* (Fn. 3), S. 1557; *Bomhard/Kessler/Dettmeier*, Wirtschafts- und steuerrechtliche Gestaltungsfragen bei der Ausplazierung Not leidender Immobilienkredite, BB 2004, S. 2085, 2085.
14 *Rinze/Heda* (Fn. 3), S. 1557.
15 *Hofmann/Walter* (Fn. 2), S. 1567.
16 *Ebd.*, S. 1567.

Gewinn ab, unter anderen auch deshalb, weil die Betreuung von Problemkrediten besonders personalintensiv und damit auch sehr teuer ist.[17] Daher werden die Kreditgeschäfte durch andere profitablere Geschäftsfelder quersubventioniert.[18] Starke Rückgänge auf diesen ehemals profitablen Geschäftsfeldern in den letzten Jahren, wie zum Beispiel dem Investmentbanking, haben die Banken unter Handlungsdruck gesetzt und zu einer zurückhaltenderen Kreditvergabepraxis geführt. Diese Zurückhaltung hat bisher jedoch noch nicht zu einer positiven Eigenkapitalrendite der Banken geführt.[19] Daher ist es für die Banken von höchstem Interesse, die Kreditrisiken in Zukunft richtig zu bepreisen, ihr Risikomanagement zu verbessern und Kredite handelbar zu machen.[20]

Der Erwerber hingegen erhält die Chance, Wertzuwächse aus der Realisierung der Sicherheiten zu erzielen.[21] Dies ist vor allem deshalb möglich, weil er zu dem Darlehensnehmer keine weiterführende Geschäftsbeziehung unterhält, so dass er bei der Rückforderung oder der Verwertung „aggressiver" vorgehen kann als das darlehensgewährende Kreditinstitut, welches in der Regel ein Interesse an einer weiteren Geschäftsbeziehung hat.

b) Rechtliche Ursachen

Neben dieser allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung haben auch rechtliche und aufsichtsrechtliche Veränderungen starken Einfluss auf das Bedürfnis der Kreditinstitute NPLs zu veräußern. Im Folgenden sollen zwei der bedeutendsten Veränderungen genauer betrachtet werden.

aa) Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft der Kreditinstitute

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) versucht, Einfluss auf die Kreditvergabe zu nehmen, um der entstehenden Gefahr einer Finanzkrise, wie in den 80er Jahren in den USA und 90er Jahren in Japan, entgegenzuwirken. Sie hat in ihrem Rundschreiben 34/2002 „Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft der Kreditinstitute" verbindliche Mindeststandards zur Risikobegrenzung festgelegt, die bis zum 30. 6. 2004 von den Kreditinstituten umgesetzt werden mussten.[22] Grundlage des Rundschreibens ist § 25a I KWG.[23] Dieser sieht unter anderem vor, dass die Kreditinstitute über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation, über ein angemes-

17 *Ebd.*, S. 1568.

18 *Ebd.*, S. 1567.

19 Die vier größten Banken in Deutschland (Deutsche Bank, Bayrische Hypo- und Vereinsbank, Dresdner Bank und Commerzbank) haben in den Jahren 2001–2003 durchschnittlich 25 % weniger Kredite vergeben und dennoch einen durchschnittlichen Return on Equity von -5 % erzielt.

20 *Hofmann/Walter* (Fn. 2), S. 1567.

21 *Rinze/Heda* (Fn. 3), S. 1558; *Bomhard/Kessler/Dettmeier* (Fn. 14), S. 2085.

22 BaFin-Rundschreiben 34/2002 vom 20. 12. 2002 (im Folgenden: MaK); siehe hierzu auch *Theewen*, Problemkredite und die „Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft der Kreditinstitute" – Workout, Outsourcing oder Bad Bank?, WM 2004, S. 105, 105 f.

23 MaK Rn. 4.

senes internes Kontrollverfahren sowie über geeignete Regelungen zur Steuerung, Überwachung und Kontrolle der Risiken verfügen müssen. Um dies zu gewährleisten hat die Geschäftsleitung der jeweiligen Institute eine Kreditrisikostrategie festzulegen, die die Risikotragfähigkeit des Kreditinstitutes berücksichtigt, jährlich überprüft und ggf. angepasst wird.[24] Die Notwendigkeit einer solchen Risikostrategie wird durch eine Umfrage der Universität Leipzig in Zusammenarbeit mit KPMG verdeutlicht.[25] Hierin geben 83 % der befragten Kreditinstitute an, dass ihrer Einschätzung nach der Bedarf an Problemkreditbetreuung in der Zukunft zunehmen wird.[26] Darüber hinaus geben die Befragten an, dass sowohl von den Firmenkunden als auch von den betreuenden Abteilungen die Krisensituation zu spät erkannt werde und daher die Sanierungsbemühungen oftmals fruchtlos blieben.[27] Somit ist es für die Kreditinstitute wichtig, eine Risikostrategie zu entwickeln, die auch hilft Krisensituationen rechtzeitig zu erkennen.[28] In Zukunft werden die Banken stärker darauf achten, in solchen Situationen keine weiteren Kredite an den Kunden zu vergeben und darüber hinaus Maßnahmen zur Sicherung oder schlimmstenfalls Verwertung der bestehenden Kredite ergreifen, so dass auch diese Maßnahmen zu einer Entwicklung des NPL-Marktes führen werden.

bb) Basel II

Zusätzlich wird die Entwicklung eines Marktes für NPLs in Deutschland durch die vor kurzem verabschiedete Revision der Eigenkapitalübereinkunft von 1988 (Basel II) beschleunigt werden.[29]

Grundsätzlich haben Kreditinstitute gemäß §§ 10, 10a KWG angemessene Eigenmittel vorzuhalten. Was unter angemessen Eigenmitteln zu verstehen ist, ergibt sich aus Grundsatz I zu diesen Paragraphen.[30] Danach muss das Verhältnis zwischen haftendem Eigenkapital des Instituts und seiner gewichteten Risikoaktiva bei mindestens 8 % liegen.[31] Ziel von Basel II ist es, die Bonität der einzelnen Kreditnehmer stärker zu berücksichtigen, so dass bei Vergabe von Krediten an Schuldner mit schlechter Bonität eine höhere Eigenkapitalhinterlegung notwendig ist.[32] Bei Krediten, die sich sogar im Verzug befinden, erfordert Basel II für den unbesicherten Teil eine noch signifikantere Erhöhung.[33] Dies soll insgesamt nicht zu einer Erhöhung der Unter-

24 *Ebd.* Rn. 8 u. 9.
25 *KPMG*, Kreditinstitute und Unternehmenskrisen, Ergebnisse der Umfrage 2002 (im Folgenden: Umfrage Kreditinstitute).
26 Umfrage Kreditinstitute, S. 29.
27 *Ebd.*, S. 26.
28 *Hofmann/Walter* (Fn. 2), S. 1567.
29 *Ebd.*, S. 1567.
30 Grundsatz I vom 29. Oktober 1997 (BAnz. Nr. 210 vom 11. November 1997 S. 13555), zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 20. Juli 2000 (BAnz. Nr. 160 vom 25. August 2000 S. 17077).
31 Grundsatz I, § 2 Abs. 1.
32 *Hofmann/Walter* (Fn. 2), S. 1567.
33 *Ebd.*, S. 1567; Basel II Konsultationspapier April 2003 Rn. 48.

legungssumme der gesamten Kreditwirtschaft führen, sondern zu einer risikogerechteren Verteilung.[34] Bisher wurden die Schuldner unabhängig von ihrer Bonität in Schuldnerklassen eingeteilt und innerhalb der Klasse dem gleichen Zinssatz unterworfen. So haben die Schuldner mit guter Bonität die Schlechteren quasi quersubventioniert.[35] In Zukunft wird jedem Schuldner nach Durchführung eines Ratings eine risikoadäquate Bonität zugeordnet, so genanntes Pricing.[36] Entsprechend dieser Bonität fällt dann die Höhe des Zinssatzes aus.[37] Durch die neuen Vorgaben werden die deutschen Kreditinstitute dazu veranlasst, Not leidende Kredite möglichst zu veräußern, denn auch die Institute selbst unterliegen einem externen Rating, das unmittelbar durch ein schlechtes Kreditportfolio beeinflusst wird und dieses somit direkte Auswirkungen auf die Refinanzierungskosten des Instituts hat.[38] Im öffentlich-rechtlichen Bankensektor kommt verschärfend hinzu, dass bis spätestens zum 18. 7. 2005 die Anstaltslast und Gewährträgerhaftung wegfällt.[39]

Somit werden die Kreditinstitute in Zukunft die Kreditrisiken gezielter bepreisen und sich auch von Not leidenden Krediten öfter trennen als bisher, um so ihre Refinanzierungskosten zu entlasten.

II. Grundsätzliche Abtretbarkeit von Non Performing Loans

Gemäß § 398 BGB ist es grundsätzlich möglich Forderungen abzutreten, also mit ihnen zu handeln. Sie stellen umlauffähiges Vermögen dar.[40] Die Abtretung von Not leidenden Krediten erfolgt immer auf der Grundlage eines schuldrechtlichen Vertrages.[41] Häufig handelt es sich hierbei um einen Forderungskauf gemäß §§ 453, 433 BGB.[42] Die dingliche Verfügung erfolgt durch Abtretungsvertrag gemäß §§ 398 ff. BGB. Durch diesen wird die Forderung vom Zedenten (Altgläubiger) unmittelbar auf den Zessionar (Neugläubiger) übertragen.[43] Die Verfügung über Forderungen bedarf neben der Einigung über den Übergang keines weiteren Realaktes, weshalb in der Praxis mit dem Kausalgeschäft oft stillschweigend das Verfügungsgeschäft abgeschlossen wird.[44] Dabei gehen akzessorische Sicherheiten gemäß § 401 BGB mit

34 *Volkenner/Walter*, Die Endfassung der Neuen Baseler Eigenkapitalvereinbarung (Basel II), DStR 2004, S. 1399.

35 *Zeitler*, Internationale Entwicklungslinien der Bankenaufsicht – Praktische Auswirkungen und rechtliche Funktion der Baseler Eigenkapitalübereinkunft, WM 2001, S. 1397, 1398.

36 *Kümpel* (Fn. 5), Rz. 19.85.

37 *Jungmichel*, Basel II und die möglichen Folgen, WM 2003, S. 1201, 1202.

38 *Ebd.*, S. 1208; *Hofmann/Walter* (Fn. 2), S. 1567.

39 EU-Kommission und Bundesregierung haben sich am 17. 7. 2001 im Rahmen des Beihilfestreites hierauf verständigt.

40 *Bruchner*, Kein „stillschweigender" Abtretungsausschluss bei Bankforderungen, BKR 2004, S. 394, 395.

41 *Toth-Feher/Schick* (Fn. 4), S. 491; *Roth*, in: MüKo, BGB, Bd. 2a 4. Aufl. 2003, § 398 Rn. 23.

42 *Hofmann/Walter* (Fn. 2), S. 1569; *Roth*, in: MüKo, BGB (Fn. 41), § 398 Rn. 23.

43 *Roth*, in: MüKo, BGB (Fn. 41), § 398 Rn. 13.

44 *Ebd.*, Rn. 23.

der Abtretung automatisch über. Des Weiteren gehen auch andere unselbständige Sicherungsrechte in entsprechender Anwendung des § 401 BGB über.[45] Eine Mitwirkung des Schuldners ist hierfür nicht notwendig.[46] Insbesondere ist seine Zustimmung nicht erforderlich.[47]

Zu beachten ist aber, dass nicht akzessorische, selbständige Sicherungsrechte, wie insbesondere die Sicherungsübereignung und die Sicherungsgrundschuld, nicht automatisch übergehen.[48] Der Übergang von Grundbuchschulden ist in der Praxis jedoch äußerst relevant, da vor allem Immobilienkredite durch diese gesichert sind.[49] Im Rahmen der NPLs hat der Zessionar naturgemäß ein hohes Interesse daran, gerade diese Grundschulden zu verwerten. Hierfür muss er sich die Grundschuld zusätzlich übertragen lassen. Hierzu ist der Zedent auch grundsätzlich verpflichtet.[50] Jedoch ist er auch aus dem mit dem Kreditnehmer bestehenden Sicherungsvertrag zum Erhalt der Zweckbindung verpflichtet.[51] Deshalb muss der Erwerber die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag, insbesondere die Pflicht zur Rückgewähr der Grundschuld bei Wegfall des Sicherungszweckes, übernehmen. Andernfalls würde die Abtretung zu einer Verletzung des Sicherungsvertrages führen.[52] Dies kann erreicht werden, indem der Zessionar anstelle des Zedenten in den Sicherungsvertrag eintritt. Hierfür bedarf es allerdings zwingend der Mitwirkung des Schuldners.[53] Dies ist jedoch mit zusätzlichem Aufwand verbunden und die Zustimmung ungewiss. Um den Handel mit NPLs zu erleichtern, ist es von Interesse einen Weg zu finden, der gerade keine Zustimmung des Schuldners erfordert. Dies lässt sich durch einen Vertrag zu Gunsten Dritter erreichen, durch den der Sicherungsgeber einen direkten Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld gegenüber dem Zessionar erhält.[54] Zwar bleibt der Zedent gegenüber dem Sicherungsgeber, wenn dieser nicht zugestimmt hat, weiterhin aus dem Sicherungsvertrag verpflichtet, er hat aber einen Freistellungsanspruch gemäß § 415 III BGB gegen den Zessionar. Das veräußernde Kreditinstitut trägt lediglich das Insolvenzrisiko des Zessionars.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Abtretung von Forderungen inklusive der entsprechenden Sicherheiten ohne die Zustimmung des Schuldners möglich ist und somit NPLs grundsätzlich handelbar sind. Inwieweit spezielle rechtliche Beschränkungen des Handels zu beachten sind, ist im Folgenden Abschnitt D dargestellt, bevor in Abschnitt E auf einige ausgewählte Handelsmodelle mit NPLs eingegangen wird.

---

45 *Palandt – Heinrichs* (Fn. 4), § 401 Rn. 4.
46 *Ebd.*, § 398 Rn. 1; *Roth*, in: MüKo, BGB (Fn. 41), § 407 Rn. 1.
47 *Bruchner* (Fn. 41), S. 395; *Roth*, in: MüKo, BGB (Fn. 41), § 398 Rn. 58.
48 *RGZ* 135, 272 (274); *BGH*, WM 1967, 213 (214); *Roth*, in: MüKo, BGB (Fn. 41), § 401 Rn. 3 u. 14.
49 *Hofmann/Walter* (Fn. 2), S. 1569.
50 *BGHZ* 80, 228 (232); LM BGB § 401 Nr. 5; *Hofmann/Walter* (Fn. 2), S. 1569.
51 *BGH*, NJW 1982, 2768 (2769); DNotZ 1992, 51 (52); *Joost*, in: MüKo, BGB, Bd. 6 4. Aufl. 2004, § 1191 Rn. 96.
52 *BGH*, WM 1986, 1386 (1387).
53 *Hofmann/Walter* (Fn. 2), S. 1569.
54 *Ebd.*, S. 1569.

III. Rechtlichen Grenzen des Handels mit Non Performing Loans

1. Das Bankgeheimnis

Bevor im Folgenden auf die Beschränkungen des Handels durch das Bankgeheimnis eingegangen wird, soll zunächst kurz die Rechtsgrundlage des Bankgeheimnisses ermittelt werden.

a) Rechtsgrundlage des Bankgeheimnisses

aa) Die AGB der Kreditinstitute

In Deutschland ist das Bankgeheimnis, im Gegensatz zu anderen, insbesondere europäischen Ländern wie z. B. Österreich, Luxemburg, Frankreich, Schweiz und auch den 10 neuen EU-Beitrittsländern, gesetzlich nicht geregelt.[55] In Deutschland wird das Bankgeheimnis aber allgemein als bestehend vorausgesetzt.[56] Es ist die Ausprägung des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Bank und Kunde.[57] Seit 1993 wird es von den Banken in Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken definiert. In Nr. 1 Abs. 1 AGB-Sparkassen verpflichten sich diese ebenfalls zur Wahrung des Bankgeheimnisses. In den AGB-Banken heißt es: „Die Bank ist zur Verschwiegenheit über alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen verpflichtet, von denen sie Kenntnis erlangt". Dieser Definition kommt aber nur klarstellende Bedeutung gegenüber den Kunden zu, und nicht etwa eine Veränderung der vorher bestehenden Rechtslage.[58] Diese Festschreibung in den AGB sollte vor allem auch zur Klarstellung gegenüber ausländischen Geschäftspartnern der Institute dienen, die oftmals die Existenz einer Verschwiegenheitsverpflichtung, auf Grund der fehlenden schriftlichen Fixierung, in Abrede gestellt haben.[59] Gemäß den AGB sind alle Sachverhalte vertraulich, deren Geheimhaltung der Kunde wünscht.[60]

---

55 *Ebd.*, S. 1570.

56 *BGHZ* 27, 236 (241); *BGH*, BB 1953, 993, (993); *Früh*, Abtretungen, Verpfändungen, Unterbeteiligungen, Verbriefungen und Derivate bei Kreditforderungen vor dem Hintergrund von Bankgeheimnis und Datenschutz, WM 2000, S. 497, 500.

57 *Herzog*, Das Bankgeheimnis – eine Schranke staatlicher und staatlich veranlasster Ermittlung, in: Basel II: Folgen für Kreditinstitute und ihre Kunden, Bankgeheimnis und Bekämpfung von Geldwäsche, Bankrechtstag 2003 (2004), S. 51 f.; *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, Band 1, 2. Auflage (2001), § 39 Rn. 7.

58 *Stiller*, Asset-Backet-Securities und das Bankgeheimnis, ZIP 2004, S. 2027, 2029; *Horn*, Die AGB-Banken 1993 (1994), S. 88; *Weber*, in: Hellner/Steuer (Fn. 4), Rn. 1/34; *Horn*, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar, 4. Auflage (1999), § 23 Rn. 634; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 31. Aufl. 2003, HGB (7) Rn. A/9.

59 *Weber*, in: Hellner/Steuer (Fn. 4), 1/34.

60 *BGHZ* 27, 241 (246); *Jobe*, Verkauf und Abtretung von Kreditforderungen und das Bankgeheimnis, ZIP 2004, S. 2415, 2416.

bb) Gesetzliche Grundlagen

Das Bankgeheimnis lässt sich unabhängig von den AGB-Banken bzw. AGB-Sparkassen sowohl privat- als auch verfassungsrechtlich begründen.

(1) Verfassungsrechtliche Grundlagen: Aus Sicht des Bankkunden ist das Bankgeheimnis durch das Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit im Sinne von Art. 2 I GG geschützt.[61] Art. 2 GG umfasst die menschliche Handlungsfreiheit in allen Bereichen.[62] Somit ist auch das Bankgeheimnis von Art. 2 GG erfasst und damit geschützt.[63] Daneben fällt das Bankgeheimnis unter das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.[64] Dieses beinhaltet das Recht des Einzelnen selbst zu entscheiden, in welchem Umfang und wann persönliche Lebenssachverhalte öffentlich werden.[65] Hierunter fallen grundsätzlich auch wirtschaftliche Angelegenheiten.[66] Jedoch lässt die Schrankentrias in Art. 2 I HS 2 GG Einschränkungen durch die verfassungsmäßige Ordnung zu. Unter der „verfassungsmäßigen Ordnung" im Sinne des HS 2 wird jede formell und materiell verfassungsmäßige Norm verstanden.[67] Somit ist eine relativ weitgehende Einschränkung durch den Gesetzgeber möglich.[68] Jedoch hat der Staat bei Eingriffen in das Bankgeheimnis und damit in den Schutzbereich des Art. 2 GG stets das Übermaßverbot zu beachten.[69]

Aus Sicht der Bank könnte ein Eingriff in das Bankgeheimnis auch ihr Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verletzen. Jedoch könnte auch ihre Berufsfreiheit aus Art. 12 GG verletzt sein, hinter die eine Verletzung des Art. 2 GG auf Grund der Subsidiarität zurücktreten würde.[70] Für Bankgeschäfte ist grundsätzlich eine enge Vertrauensbeziehung zwischen Kunde und Bank notwendig. Eine solche Vertrauensbeziehung wird gerade durch den vom Bankgeheimnis ausgehenden Schutz erst möglich. Daher ist die Einhaltung des Bankgeheimnisses für die Tätigkeit der Bank unerlässlich.[71] Es handelt sich folglich bei Eingriffen in das Bankgeheimnis um Ein-

61 *Jobe* (Fn. 61), S. 2416; *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 57), § 39 Rn. 5; *Canaris*, in: Staub, Bankvertragsrecht, Erster Teil, 10. Lieferung, 1988, Rn. 37.

62 *BVerfG* 6, 32 (36); *Dreier*, in: Dreier, GG, Art. 2 Rn. 22; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 7. Aufl. 2004, Art. 2 Rn. 3.

63 *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 57), § 39 Rn. 5; *Canaris*, in: Staub (Fn. 61), Rn. 37.

64 *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 57), § 39 Rn. 5.

65 *BVerfG* 65, 1, (41 f.).

66 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG (Fn. 62), Art. 2 Rn. 4; *Dreier*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 2 Rn. 38.

67 *BVerfG* 6, 32, (38 f.); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG (Fn. 62), Art. 2 Rn. 17.

68 *Canaris*, in: Staub (Fn. 61), Rn. 37.

69 *Selmer*, Steuerrecht und Bankgeheimnis (1981), S. 5, 10, 86 ff.; *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 57), § 39 Rn. 5; *Canaris*, in: Staub (Fn. 61), Rn. 37; kritisch hierzu *Lerche*, Bankgeheimnis – verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen, ZHR 149 (1985), S. 165, 166 f.

70 *Lerche* (Fn. 70), S. 165.; *Canaris*, in: Staub (Fn. 61), Rn. 38; *Kirchherr*, in: Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland sowie in wichtigen ausländischen Staaten, 3. Auflage (1984), S. 45.

71 *Canaris*, in: Staub (Fn. 61), Rn. 37.

griffe in die Berufsfreiheit der Kreditinstitute in Form von Berufsausübungsregelungen im Sinne des Art. 12 I 2 GG.[72] Durch den Gesetzesvorbehalt des Satzes 2 sind zwar auch hier grundsätzlich Einschränkungen möglich, jedoch unterliegen diese wiederum dem Übermaßverbot.[73]

(2) Privatrechtliche Grundlagen: Daneben lässt sich das Bankgeheimnis auch privatrechtlich begründen. Die Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunde ist ein gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht.[74] In der Regel wird dieses gesetzliche Schuldverhältnis aber durch den zwischen Kunde und Bank geschlossenen Bankvertrag überlagert.[75] Dieses Vertrags- und damit auch Vertrauensverhältnis verpflichtet beide Teile zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen. Somit stellt das Bankgeheimnis eine Nebenpflicht des Bankvertrages im Sinne des § 241 II BGB dar.[76] Dies gilt gemäß §§ 311 II, 241 II BGB schon bei der Vertragsanbahnung, bei der Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder ähnlichen geschäftlichen Kontakten.[77] Aufgrund der Eigenschaft als Nebenpflicht bedarf es weder einer ausdrücklichen Vereinbarung der Verschwiegenheit noch einer wirksamen Einbeziehung der AGB oder des Zustandekommens des Vertrages, damit die Verpflichtung zur Verschwiegenheit entsteht.[78] Das Bankgeheimnis ist also eine durch die Geschäftsverbindung begründete schuldrechtliche Verpflichtung.[79]

Darüber hinaus kann das Bankgeheimnis auch durch § 823 I BGB geschützt sein. Dieser Schutz greift jedenfalls, wenn der Verstoß gegen das Bankgeheimnis zu einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder zu einem Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb führt.[80]

Zum Teil wird auch davon ausgegangen, dass das Bankgeheimnis auf Grund seiner allgemeinen, langjährigen Anerkennung Gewohnheitsrecht sei.[81]

---

72 *LG Hamburg*, NJW 1978, 958 (959); *Selmer*, Steuerrecht und Bankgeheimnis (1981), S. 9; Lerche (Fn. 70), S. 165; Rehbein, Rechtsfragen zum Bankgeheimnis, ZHR 149 (1985), S. 139, 145.

73 *BVerfG* 7, 377 (405); 14, 19 (22).

74 *Canaris*, in: Staub (Fn. 61), Rn. 12; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB (Fn. 58), Einl v § 343 Rn. 3.

75 *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB (Fn. 58), HGB (7) Rn. A/7.

76 *Stiller* (Fn. 59), S. 2029; *Bruchner* (Fn. 41), S. 395; *Kümpel* (Fn. 5), Rz. 2.130.

77 *Cahn*, Bankgeheimnis und Forderungsverwertung, WM 2004, S. 2041, 2042; *Weber*, in: Hellner/Steuer (Fn. 4), Rn. 2/842.

78 *Jobe* (Fn. 61) S. 2416; *Kümpel* (Fn. 5), Rz. 2.149; *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 57), § 39 Rn. 7; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB (Fn. 58), HGB (7) Rn. A/9.

79 *Bruchner* (Fn. 41), S. 395; Jobe (Fn. 61), S. 2416.

80 *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 57), § 39 Rn. 115; *Schwintowski*, in: Schwintowski/Schäfer, Bankrecht, Commercial Banking – Investment Banking, 2. Auflage (2004), § 3 Rn. 47; *Canaris*, in: Staub (Fn. 61) Rn. 40 f.

81 *Koberstein-Windpassinger*, Wahrung des Bankgeheimnisses bei Asset-Backed Securities-Transaktionen, WM 1999, S. 473, 474; Kirchherr, in: Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge (Fn. 70), S. 62 ff.

b) Bankgeheimnis als Verbotsgesetz

Die Abtretung von Forderungen könnte bei Verletzung des Bankgeheimnisses gemäß § 134 BGB unwirksam sein. Dafür müsste das Bankgeheimnis ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB sein. Solche sind nur vom Gesetz-, Verordnungs- oder Satzungsgeber erlassene bzw. gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen.[82] Allgemeine Geschäftsbedingungen sind folglich keine Verbotsgesetze in diesem Sinne.[83] Somit kommen die AGB der Institute nicht als Anknüpfungspunkt in Betracht. Es ist daher auf die oben vorgenommene rechtliche Einordnung zurückzugreifen.

Folgt man der oben dargestellten Auffassung, dass das Bankgeheimnis Gewohnheitsrecht ist, so kommt dieser Aspekt als Anknüpfungspunkt in Betracht. Jedoch ist zu beachten, dass dann nur ein Verstoß gegen das Gewohnheitsrecht in Form des Bankgeheimnisses eine Unwirksamkeit der Abtretung im Sinne des § 134 BGB herbeiführen würde.[84] Das Bankgeheimnis an sich ist deshalb noch kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB.[85]

Als weiterer Anknüpfungspunkt kommen die Grundrechte des betroffenen Bankkunden in Betracht.[86] In der Regel geht es um die Beziehung zwischen einem Kunden und einem privaten Kreditinstitut. Bei privatrechtlichen Beziehungen wirken die Grundrechte jedoch nicht unmittelbar, sondern nur durch die mittelbare Drittwirkung.[87] Danach wirken die Grundrechte über die Generalklauseln, insbesondere §§ 138, 242 BGB, auf das Privatrecht ein.[88] Eine solche generelle Einbruchstelle ist § 134 BGB jedoch nicht, sondern setzt gerade eine Verbotsnorm voraus.[89] Also ist das Bankgeheimnis kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB.

c) Bankgeheimnis als strafrechtlich geschützte Schweigepflicht

Im Bankgeheimnis könnte aber eine Schweigepflicht im Sinne des § 203 StGB zu sehen sein. Dieser stellt die Verletzung der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht bestimmter Geheimnisträger unter Strafe. Würde einer dieser Geheimnisträger bei einer Abtretung von Forderungen gegen § 203 StGB verstoßen, so wäre diese Abtretung auf Grund der Schutzfunktion des § 203 StGB in Verbindung mit §§ 134, 138

82 *Palandt – Heinrichs* (Fn. 4), § 134 Rn. 2, Art. 2 EGBGB und Einl 19 v § 1.

83 *Ebd.*, § 134 Rn. 2, Art. 2 EGBGB und Einl 19 v § 1.

84 *Stiller* (Fn. 59), S. 2031.

85 *Ebd.*, S. 2031.

86 *Langenbucher*, Bankgeheimnis und Kapitalmarktfähigkeit von Kreditportfolios, Anmerkung zu OLG Frankfurt a. M. v. 25.05.04 – 8 U 84/04, BKR 2004, S. 333, 333.

87 *BVerfG* 7, 198 (205 f.); *BGH* NJW 1999, 3552 (3552); *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201, 225 ff.; *ders.* Grundrechte und Privatrecht– eine Zwischenbilanz (1999), S. 33 ff.; a.A. *Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S. 373, 373 ff.

88 *Langenbucher* (Fn. 87), S. 333; *Mayer-Maly/Arbrüster*, in: MüKo, BGB, Bd. 1 4. Aufl. 2001, § 134 Rn. 34.

89 *Rögner*, Bankgeheimnis im Spannungsverhältnis mit dem Kapitalmarktrecht?, NJW 2004, S. 3230, 3231; *Bruchner* (Fn. 41), S. 395; Langenbucher (Fn. 87), S. 333; *Palandt – Heinrichs* (Fn. 4), § 134 Rn. 4 u. § 242 Rn. 7.

BGB unwirksam.[90] Das Bankgeheimnis bzw. Angestellte der Banken sind jedoch in § 203 StGB nicht genannt. Deshalb sind die Verschwiegenheitspflicht aus § 203 StGB und das Bankgeheimnis nicht gleichzustellen.[91] Auch eine analoge Anwendung des § 203 StGB auf das Bankgeheimnis scheidet auf Grund des im Strafrecht geltenden Analogieverbotes gemäß § 1 StGB, Art. 103 II GG von vornherein aus.[92] Somit sind auch nicht die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Abtretung von Honorarforderungen durch in § 203 StGB genannten Personen auf das Bankgeheimnis anwendbar.[93]

Angestellte der Banken können also gar nicht gegen § 203 StGB verstoßen. Damit kann eine Abtretung grundsätzlich auch nicht wegen Verstoßes gegen § 203 StGB in Verbindung mit §§ 134, 138 BGB unwirksam sein. Lediglich bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten könnte, wenn der Handelnde Amtsträger im Sinne des § 203 II StGB ist, eine Verletzung des Bankgeheimnisses zu einem Verstoß gegen § 203 StGB und damit zur Unwirksamkeit der Abtretung nach § 134 BGB führen.[94]

d) Bankgeheimnis als stillschweigendes Abtretungsverbot

Wie oben bereits dargestellt, sind Darlehensforderungen gemäß § 398 BGB grundsätzlich abtretbar. § 399 BGB schließt jedoch die Abtretung einer Forderung aus, wenn die Abtretung zu einer Inhaltsänderung der Forderung führt (1. Alt.) oder wenn die Parteien ein Abtretungsverbot vereinbaren (2. Alt.). Dies ist auf Grund von § 354a HGB nur beachtlich, solange nicht ein beiderseitiges Handelsgeschäft gemäß § 343 HGB vorliegt. Andernfalls ist die Abtretung trotz einer anders lautenden Vereinbarung stets wirksam.

aa) § 399 Alt. 1 BGB

Die Abtretung von Darlehensforderungen wäre gemäß § 399 Alt. 1 BGB unwirksam, wenn hierdurch der Inhalt der Forderung verändert würde. Dies ist zum einen bei personengebundenen Ansprüchen der Fall, bei denen die Person des Gläubigers für den Inhalt der Forderung entscheidend ist.[95] Zum anderen gibt es Fälle, in denen sich der Anspruch nicht aus dem rechtlichen Zusammenhang lösen lässt.[96] Darlehensforderungen sind Geldforderungen zumeist gegenüber einem Kreditinstitut. Die Kreditvergabe beruht in der Regel auf objektiven Kriterien.[97] Außerdem besteht keine persönliche oder besonders ausgeprägte Verbindung zwischen Kreditinstitut und Darlehensnehmer. Daher führt eine Abtretung auch nicht zu einer Inhaltsänderung

90 *BGH* NJW 1991, 2955 (2956 f.); 1993, 1912 (1912); 1993, 2795 (2795 f.); 1995, 2026 (2026 f.).
91 *Bruchner* (Fn. 41), S. 395; *Freitag*, Kurzkommentar zu: OLG Frankfurt a. M. v. 25. 5. 2004 – 8 U 84/04, EWiR 2004, S. 741, 742.
92 *Langenbucher* (Fn. 87), S. 333; *Bruchner* (Fn. 41), S. 395.
93 *Bruchner* (Fn. 41), S. 395; *Rinze/Heda* (Fn. 3), S. 1559 f.; a.A. *OLG Frankfurt a. M.* ZIP 2004, 1449 (1450).
94 *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, 26. Aufl. 2001, § 203 Rn. 44.
95 *Roth*, in: MüKo, BGB (Fn. 41), § 399 Rn. 7.
96 *Ebd.*, § 399 Rn. 7.
97 *Bruchner* (Fn. 41), S. 395.

der Forderung.[98] Damit könnte die Abtretung nur in einigen speziellen Konstellationen auf Grund von § 399 Alt. 1 BGB ausgeschlossen sein.

bb) § 399 Alt. 2 BGB

Darüber hinaus kann die Abtretung, außer in den Fällen des § 354a HGB, aber gemäß § 399 Alt. 2 BGB durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ausgeschlossen werden. Dies ist auch stillschweigend möglich.[99] Das OLG Frankfurt/M. hat in dem oben erwähnten Fall der insolventen Gontard & Metallbank angenommen, dass die Vereinbarung des Bankgeheimnisses in der Regel ein stillschweigendes Abtretungsverbot im Sinne des § 399 BGB enthalte.[100] Die Annahme einer solchen stillschweigenden Regelung setzt jedoch zwingend Anhaltspunkte für den übereinstimmenden Willen beider Parteien zu einer solchen voraus.[101] Daher ist für die Beurteilung der Behauptung des OLG zu untersuchen, ob ein solcher Wille zur Vereinbarung eines Abtretungsverbotes bei den Beteiligten generell annehmbar ist.

Der Bankkunde hat ein Interesse daran, dass Dritte nichts vom Umfang seiner Darlehensverpflichtungen erfahren. Ein Abtretungsverbot würde dieses Interesse effektiv schützen. Ferner käme der Bankkunde nicht mit fremden Gläubigern in Berührung und vor allem würde er davor geschützt, bei eventuellen Auseinandersetzungen mit dem neuen Gläubiger zur Rechtsdurchsetzung Einzelheiten aus seinem „alten" Bankverhältnis offenbaren zu müssen.[102] Darüber hinaus ist es für den Bankkunden problematisch, dass die Bank durch den Versuch die Forderungen als non performing zu verkaufen gleichzeitig zum Ausdruck bringt, dass es um die Bonität des Kunden sehr schlecht steht. Sollte diese Information an die anderen Gläubiger bzw. potentielle neue Gläubiger des Kunden durchdringen, so kann dies in der ohnehin angespannten Situation die endgültige Insolvenz für den Bankkunden bedeuten. Dieser Aspekt wird wohl mit dazu beigetragen haben, dass viele Kreditinstitute in der Vergangenheit erst sehr spät reagiert haben, wenn sich die finanzielle Situation ihrer Kunden verschlechtert hat.[103]

Wie oben bereits dargestellt, ist der Handel mit Forderungen für die Bank ein wichtiges wirtschaftliches Handlungsinstrument. Ein generelles Abtretungsverbot würde daher die wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten der Institute stark beeinträchti-

98 *Baums*, Asset-Backed Finanzierungen im deutschen Wirtschaftsrecht, WM 1993, S. 1, 7; *Bruchner* (Fn. 41), S. 395.

99 *Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (1998), S. 253; *Palandt – Heinrichs* (Fn. 4), § 399 Rn. 8; *Roth*, in MüKo, BGB (Fn. 41), § 399 Rn. 30.

100 *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 25. 5. 2004 – 8 U 84/04, S. 8 = ZIP 2004, 1449 (1450).

101 Allgemein: *Flume* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 4. Aufl. (1992), S. 72 ff.; Speziell zum Abtretungsverbot: *LG Koblenz* ZIP 2005, 21 (23); *Langenbucher* (Fn. 87), S. 334; *Jobe* (Fn. 61), S. 2417; *Bruchner* (Fn. 41), S. 395; *Bütter/Aiger*, Sieg der Vernunft: Notleidende Darlehensforderungen sind abtretbar, BB 2005, S. 119, 122; *Rinze/Heda* (Fn. 3), S. 1560; ausführlich hierzu *Adolff*, Abtretungsverbot und Bankgeheimnis, in: Heldrich – FS, 2005, S. 5 ff.

102 *Langenbucher* (Fn. 87), S. 334.

103 Siehe hierzu Umfrage Kreditinstitute (Fn. 26), S. 14 und 26.

gen.[104] Daher erscheint es fragwürdig, der Bank durch Verwendung der AGB, in denen das Bankgeheimnis vereinbart wird, gleichzeitig ein stillschweigendes Angebot zur Vereinbarung eines Abtretungsverbotes zu unterstellen.[105] Dies stünde im Widerspruch zur üblichen Bankpraxis. Gerade diese ist aber im Rahmen der Auslegung von Willenserklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB zu beachten.[106] Müsste die Bank auf Grund eines Abtretungsverbotes auf den Handel mit Forderungen verzichten, würde dies zu höheren Refinanzierungskosten und damit letztendlich auch zu höheren Kreditzinsen führen. Deshalb könnte man sogar annehmen, dass das Abtretungsverbot auch nicht im Interesse des Kunden liegt. Jedoch werden wohl viele Kunden dem kurzfristigen Vorteil eines Abtretungsverbotes den Vorrang vor möglicherweise langfristig höheren Kreditzinsen geben.

Zwischen Bank und Bankkunde besteht ein zwangsläufiger Interessenkonflikt. Eine stillschweigende Vereinbarung lässt sich nach dem oben gesagten nicht rechtfertigen. Man könnte aber annehmen, dass das Abtretungsverbot dem Bankgeheimnis immanent ist, um den Bankkunden ausreichend zu schützen. Dafür müsste durch Interessenabwägung festgestellt werden, dass es eines solchen umfassenden Schutzes des Kunden bedarf. Im Rahmen der Interessenabwägung ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Verkehrsfreiheit von Forderungen das gesetzliche Leitbild ist. § 399 Alt. 2 BGB ist daher eine Ausnahme der Regel des § 398 BGB. Im ersten Entwurf des BGB von 1900 war sogar vorgesehen, dass ein rechtsgeschäftlicher Ausschluss der Abtretbarkeit von Forderungen nicht möglich ist.[107] Auch heute ist noch umstritten, ob es sich bei § 399 Alt. 2 BGB um ein absolutes[108] oder nur um ein relatives[109] Abtretungsverbot handelt. Zusätzlich wird der Schuldner vor einem Gläubigerwechsel nur im Rahmen der §§ 404 ff. BGB geschützt. Somit kann ein stillschweigendes Abtretungsverbot nur eine Ausnahme, nämlich in den Fällen, in denen es von beiden Seiten gewünscht ist, und nicht dem Bankgeheimnis immanent sein.[110]

Dieses Ergebnis wird auch durch einige gesetzliche Regelungen unterstützt. So sieht § 25 a II KWG vor, dass Kreditinstitute wesentliche Geschäftsbereiche auf fremde Dienstleister auslagern können, sofern diese sich in gleichem Umfang zur Verschwiegenheit verpflichten. Hierdurch wird einerseits das Bankgeheimnis hinreichend geschützt und andererseits eine umfassende Auslagerung und damit Abtretung von Forderungen an Dritte ermöglicht.[111] Dies gilt auch für die gemäß §§ 123 ff. UmwG mögliche Abspaltung oder Ausgliederung im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge. Darüber hinaus ist der Gesetzgeber seit einiger Zeit bemüht, die Durchführung von Transaktionen auf dem Kapitalmarkt zu erleichtern, um die Attraktivität

104 *OLG Celle* WM 2004, 1384 (1385); *Bruchner* (Fn. 41), S. 396; *Stiller* (Fn. 59), S. 2031.
105 *Rinze/Heda* (Fn. 3), S. 1560.
106 *Ebd.*, S. 1560; *Stiller* (Fn. 59), S. 2031.
107 Mot. II, S. 122 f.; siehe hierzu *Roth*, in: MüKo, BGB (Fn. 41), § 399 Rn. 4 f.
108 *Bruchner* (Fn. 41), S. 396; *Rinze/Heda* (Fn. 3), S. 1560.
109 *Canaris*, Die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote, in: Serick – FS, 1992, S. 13 ff.
110 *Langenbucher* (Fn. 87), S. 334; *Früh* (Fn. 57), S. 501.
111 *Bruchner* (Fn. 41), S. 396.

des Standortes Deutschland zu erhöhen.[112] In dem „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, des Kreditwesengesetzes und anderer Gesetze" ist in Art. 8 unter anderem die Einrichtung eines „Refinanzierungsregisters" vorgesehen, in das auch eintragungsfähige Forderungen eingetragen werden können. Nach § 22 c II KWG-E sind Forderungen „eintragungsfähig, sofern ihre Abtretung nicht durch schriftliche Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist." In der Begründung des Gesetzesentwurfes wird hierzu ausgeführt, dass das Schriftformerfordernis der Rechtssicherheit dienen und damit insbesondere verhindert werden soll, dass Refinanzierungsgeschäfte gefährdet werden, indem der Schuldner „konkludent vereinbarte Abtretungsverbote" behauptet.[113] Ausdrücklich wird auch klargestellt, dass hiermit „Rechtssicherheit im Hinblick auf den Beschluss des OLG Frankfurt a. M. vom 25. 5. 2004 (Az. 8 U 84/04) geschaffen" werden soll.[114]

Hinzu kommt noch, dass je nach Veräußerungsmodell das Interesse des Kunden unterschiedlich stark ausgeprägt ist. In den Fällen, in denen der Zedent auch nach der Zession für die Abwicklung und das Inkasso zuständig bleibt, ist das Geheimhaltungsinteresse des Kunden überhaupt nicht berührt. Daher kann in diesen Fällen das Bankgeheimnis kein stillschweigendes Abtretungsverbot beinhalten. Wird die Forderung an ein anderes Kreditinstitut abgetreten, bleibt dies ebenfalls zur Verschwiegenheit verpflichtet. Es wird also nur die Erwartung, sich nur mit einem Gläubiger auseinanderzusetzen, enttäuscht. Dieses Schuldnerinteresse wird von den §§ 398 ff. BGB jedoch gerade nicht geschützt.[115] Nur in den Fällen, in denen die Bank die Forderung nicht an ein Kreditinstitut abtritt, aber trotzdem komplett aus der Beziehung zu dem Kunden ausscheidet, also zwingend die Daten an den Zessionar weitergeben muss, kann das Bankgeheimnis den Kunden vor der Abtretung an beliebige Dritte, vor allem Konkurrenten, schützen.[116] Hierdurch würde dann auch dem Interesse des Kunden Rechnung getragen, dass seine anderen Gläubiger keine Informationen über seine angespannte Lage erhalten. Andere Kreditinstitute, als potentielle Neugläubiger, können diese ohnehin, jedenfalls in allgemeiner Form, im Rahmen der Bankauskunft erfragen.[117]

Ein generelles stillschweigendes Abtretungsverbot kann das Bankgeheimnis nach dem hier gesagten jedoch nicht enthalten.

e) Mögliche Verstöße gegen das Bankgeheimnis im Rahmen von Forderungsabtretungen

Auch wenn das Bankgeheimnis nicht ein stillschweigendes Abtretungsverbot enthält, besteht beim Forderungsverkauf trotzdem ein Spannungsverhältnis zwischen

112 *Ebd.*, S. 397.
113 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, des Kreditwesengesetzes und anderer Gesetze (KWG-E), S. 45.
114 *Ebd.*, S. 45.
115 *Bruchner* (Fn. 41), S. 396; *Langenbucher* (Fn. 87), S. 334.
116 *Langenbucher* (Fn. 87), S. 334.
117 Vgl. Nr. 2 Abs. 2 – 4 AGB-Banken; Nr. 3 AGB-Sparkassen.

den Geheimhaltungsinteressen des Bankkunden, also dem Bankgeheimnis und dem Informationsinteresse des Forderungserwerbers. Gemäß § 402 BGB ist der Veräußerer verpflichtet, dem Erwerber alle zur Durchsetzung notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen. Hierin könnte ein gesetzliches Gebot im Sinne der Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken und damit eine Erlaubnis zur Weitergabe der Daten zu sehen sein.[118] Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass § 402 BGB zum einen dispositiv ist.[119] Zum andern beruht die Abtretung, welche die Auskunftspflicht gemäß § 402 BGB nach sich zieht, auf einer freien Entscheidung des Gläubigers.[120] Der Gläubiger könnte sich also durch vertragliche Vereinbarungen seiner Geheimhaltungspflicht entziehen. Daher kann § 402 BGB kein gesetzliches Gebot im Sinne der Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken sein. Es ist also möglich, dass der Zedent zum einen gegenüber dem Schuldner zur Wahrung des Bankgeheimnisses und zum anderen gegenüber dem Zessionar zur Informationsweitergabe aus § 402 BGB verpflichtet ist. In aller Regel werden Forderungsportfolios vom Zessionar zur Verwertung erworben. Um die Werthaltigkeit der Forderungen zu beurteilen, benötigt er möglichst umfassende Informationen über die Darlehensnehmer, er wird daher eine sog. Due Diligence durchführen wollen.[121] Gerade diese Art von Auskünften ist jedoch, wie oben dargestellt, durch das Bankgeheimnis geschützt. Zwar gilt das Bankgeheimnis nicht uneingeschränkt, sondern kann zum einen im Strafverfahren[122], im Steuerrecht[123] oder Zwecks einer Bankauskunft[124] durchbrochen werden. Ansonsten ist die Weitergabe von kundenbezogenen Daten aber nur zulässig, wenn dieser ausdrücklich zustimmt.[125]

Zum Teil wird angenommen, dass dieser Grundsatz in bestimmten Situationen aufgrund eines überwiegenden Interesses der Bank durchbrochen werden darf. So hat der BGH unter Hinweis auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz des § 193 StGB ein berechtigtes Interesse der Kreditinstitute an einem übergeordneten Kreditsicherungssystems (SCHUFA) und damit eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses anerkannt.[126] Eine Verallgemeinerung dieses Rechtfertigungsgrundes würde jedoch zu einer Aushöhlung des Bankgeheimnisses führen.[127] Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit hinge dann in jedem Einzelfall von einer Interessenabwägung ab.[128] Weitgehend anerkannt ist hingegen, dass in bestimmten Fallkonstellationen die Bank

118 *Rinze/Heda* (Fn. 3), S. 1564.
119 *Klüwer/Meister*, Forderungsabtretung und Bankgeheimnis, WM 2004, S. 1157, 1160.
120 *Cahn* (Fn. 78), S. 2046.
121 *Toth-Feher/Schick* (Fn. 4), S. 492.
122 *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 57), § 39 Rn. 44 ff.
123 *Ebd.*, Rn. 66 ff.
124 Nr. 2 Abs. 3 AGB-Banken und Nr. 3 AGB-Sparkassen; Casper, in: Derleder/Kops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht (2004), § 3 Rn. 13 ff.
125 *Toth-Feher/Schick* (Fn. 4), S. 493; BaKred Rundschreiben 4/97 vom 19. 3. 1997, Ziffer III.
126 *BGHZ* 91, 233 (240).
127 *Klüwer/Meister* (Fn. 119), S. 1159; *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 57), § 39 Rn. 41.
128 Weber, in: Gößmann/Wagner-Wieduwilt/Weber, Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken (1993), Rn. 1/55; Bruchner, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 57), § 39 Rn. 41.

aus den Rechtsgedanken von Treu und Glauben einen Anspruch auf Befreiung vom Bankgeheimnis gegen ihren Kunden hat.[129] Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Kunde sich vertrags- oder rechtswidrig verhalten hat. Versucht nun die Bank, den hieraus für sie entstehenden Nachteilen entgegenzuwirken, verhält sich der Kunde rechtsmissbräuchlich, wenn er dies unter Berufung auf das Bankgeheimnis verhindern will.[130] In diesen Fällen ist ein Verstoß gegen das Bankgeheimnis durch die Bank gerechtfertigt. Ansonsten sind aber Konstellationen möglich, in denen die Bank bei der Abtretung von Forderungen gegen ihre Geheimhaltungsverpflichtung aus dem Bankgeheimnis verstößt.

f) Folgen der Verletzung des Bankgeheimnisses

Wie oben festgestellt, hat ein Verstoß gegen das Bankgeheimnis im Rahmen einer Abtretung nicht die Unwirksamkeit dieser zur Folge. Jedoch verletzt die Bank ihre vertraglichen Pflichten. Somit haftet sie bei schuldhaftem Handeln gemäß § 280 I BGB.[131] Darüber hinaus kann auch eine Schadensersatzpflicht aus § 823 I BGB bestehen, falls der Verstoß gegen das Bankgeheimnis zu einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder zu einem Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb führt.[132] Zusätzlich hat der Kunde gemäß Nr. 18 Abs. 2 AGB-Banken bzw. Nr. 26 Abs. 2 AGB-Sparkassen ein außerordentliches Kündigungsrecht, falls ihm eine Fortsetzung des Geschäftsverhältnisses unzumutbar ist.[133]

Ist das veräußernde Institut eine öffentliche Sparkasse oder eine Landesbank, können die handelnden Personen Amtsträger im Sinne des § 203 StGB sein und damit eine Strafbarkeit gemäß Abs. 2 Nr. 1 wegen Offenbarung eines Geheimnisses, das ihnen als Amtsträger anvertraut wurde, in Betracht kommen.[134]

2. Das Bundesdatenschutzgesetz

a) Mögliche Verstöße gegen das BDSG im Rahmen von Forderungsabtretungen

Bei der Abtretung von Darlehensforderungen und der damit ggf. verbundenen Offenlegung von Kundendaten sind auch die Vorschriften des Bundesdatenschutzgeset-

---

129 *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 57), § 39 Rn. 42.

130 *LG Mainz* v. 23. 7. 2003 Az. 3 S 42/03; *Böhm*, Asset Backed Securities und die Wahrung des Bankgeheimnisses, Anmerkung zum Urteil OLG Frankfurt a. M. v. 25. 5. 2004 – 8 U 84/04, BB 2004, S. 1641, 1643; *Toth-Feher/Schick* (Fn. 4), S. 493; *Freitag* (Fn. 92), S. 741; *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 57), § 39 Rn. 42.

131 *BGH* 27, 241 (247); *Böhm* (Fn. 129), S. 1643; *Casper*, in: Derleder/Kops/Bamberger (Fn. 124), § 3 Rn. 12; *Schwintowski*, in: Schwintowski/Schäfer (Fn. 80), § 3 Rn. 47; Siehe aktuell z. B. *LG München* BKR 2003, 244 ff. und *OLG München* ZIP 2004, 19 ff. (Fall Kirch/ Deutsche Bank u. Breuers; dazu *Petersen*, Haftung wegen schuldhafter Verletzung des Bankgeheimnisses, NJW 2003, 1570 ff.

132 *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 57), § 39 Rn. 115; *Schwintowski*, in: Schwintowski/Schäfer (Fn. 80), § 3 Rn. 47.

133 *Klüwer/Meister* (Fn. 119), S. 1159; *Casper*, in: Derleder/Kops/Bamberger (Fn. 124), § 3 Rn. 12; *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 57), § 39 Rn. 119.

134 *Tröndle/Fischer*, 52. Aufl. 2004, § 11, Rn. 12, 19 und § 203 Rn. 24.

zes zu beachten. Zunächst ist kurz auf das Verhältnis von Bankgeheimnis und BDSG einzugehen. In § 1 III 2 BDSG ist bestimmt, dass die Wahrung gesetzlicher Geheimhaltungspflichten bzw. von Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnissen, die nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhen, unberührt bleibt. Zusätzlich heißt es in der amtlichen Begründung zum BDSG, dass durch den Erlass bestehende Geheimhaltungsregelungen nicht außer Kraft gesetzt werden sollten.[135] Daher wird überwiegend davon ausgegangen, dass das BDSG und das Bankgeheimnis nebeneinander anzuwenden sind und dabei das BDSG als Auffangnorm zum Bankgeheimnis dient.[136] Das Bankgeheimnis ist weitergehender als das BDSG insoweit es auch juristische Personen einbezieht.[137] Das BDSG ist gem. § 3 I BDSG grundsätzlich nur auf natürliche Personen anwendbar. Gemäß § 1 BDSG wird die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen und durch nicht-öffentliche Stellen, soweit sie mittels Datenverarbeitungsanlagen und nicht zu privaten oder familiären Zwecken geschieht, erfasst. Nach § 4 I BDSG ist die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit sie das BDSG ausdrücklich erlaubt oder der Betroffene ausdrücklich zugestimmt hat. Nach § 28 I Nr. 2 BDSG ist die Datenübermittlung zulässig, soweit dies zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund für die Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse an der Unterlassung der Nutzung des Betroffenen überwiegt. Somit kann es im Rahmen von Forderungsabtretungen zu Verstößen gegen das BDSG kommen, wenn nicht eine Rechtfertigung nach § 28 BDSG vorliegt.

b) Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das BDSG

Nachdem festgestellt ist, dass bei der Forderungsabtretung auch gegen das BDSG verstoßen werden kann, ist kurz auf die daraus folgenden rechtlichen Konsequenzen einzugehen.

Gemäß § 43 II Nr. 1 BDSG handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig unbefugt personenbezogene Daten übermittelt. Wer dies gegen Entgelt oder in Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht tut, macht sich gemäß § 44 I BDSG strafbar.

Teilweise wird angenommen, dass eine Abtretung, die nicht nach § 28 I BDSG zulässig gemäß § 134 BGB nichtig ist, § 28 BDSG also ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB ist.[138] Das BDSG regelt jedoch in den §§ 43, 44 abschließend die Folgen eines Verstoßes. Ein Gesetz, welches die Verstoßfolgen selbständig regelt, ist grundsätzlich gerade kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB.[139] Somit ist auch bei

135 BT-Drucks. 11/4306, S. 39.

136 *Gola/Schomerus*, Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), 7. Auflage (2002), § 4, 3.2; *Koch*, Bankgeheimnis im Online- und Internet-Banking – Auswirkungen auf den Vertrieb von Bankprodukten, MMR 2002, S. 504, 506 f.; *Koberstein-Windpassinger* (Fn. 82), S. 476.

137 § 2 Abs. 1 AGB-Banken bzw. AGB-Sparkassen.

138 *LG Lüneburg*, EWiR 2003, 309.

139 *OLG Celle*, WM 2004, 1384 (1385); *Armbrüster/Mayer-Maly*, in: MüKo, BGB (Fn. 88), § 134 Rn. 3.

einem Verstoß gegen das BDSG bei der Abtretung von Forderungen diese nicht unwirksam, es sind aber die unter Umständen nicht unerheblichen Rechtsfolgen der §§ 43, 44 BDSG zu beachten.

IV. Ausgewählte Veräußerungsmodelle von NPLs

Zum Schluss sollen einige ausgewählte Veräußerungsmodelle von NPLs betrachtet werden. Der Schwerpunkt liegt dabei auf solchen Modellen, die dazu dienen, die Bilanz des Kreditinstitutes zu entlasten und vor allem eine niedrigere Eigenkapitalunterlegung zu erreichen. Damit der Forderungsverkauf auch zu der gewünschten Folge führt, die risikogewichteten Aktiva zu verringern, ist notwendig, dass das Eigentum derart übergeht, dass auch das wirtschaftliche Risiko nach dem Forderungsverkauf beim Erwerber liegt.[140] Dies ist durch verschiedene Gestaltungen möglich.

1. Vertragsübernahme

Bei der Veräußerung von Performing Loans ist die Vertragsübernahme ein übliches Instrument. Hierbei tritt der Erwerber in alle Rechte und Pflichten des Darlehensvertrages ein. Gemäß § 415 I BGB bedarf es hierfür jedoch der Zustimmung des Darlehensnehmers. Eine Zustimmung im Falle der NPLs wird auf Grund der zu erwartenden sofortigen Verwertung durch den Erwerber eher selten erteilt werden. Eine Vorab-Zustimmung zu Vertragsübernahmen im Darlehensvertrag, die in den Grenzen des § 309 Nr. 10 BGB auch in den AGB zulässig wäre, ist in Deutschland unüblich.[141] Somit ist die Veräußerung von NPLs im Wege der Vertragsübernahme zwar möglich, jedoch auf Grund der erforderlichen Zustimmung des Schuldners in der Praxis oftmals nicht durchführbar.

2. Synthetische Verbriefung

Eine andere Möglichkeit ist, lediglich das Ausfallrisiko schuldrechtlich zu übertragen und die Forderungen an sich beim Verkäufer zu belassen, sog. Synthetische Verbriefungen.[142] Diese Transaktionen sind den Kreditderivaten zuzuordnen.[143] In der Vergangenheit wurde diese Art von Geschäften von den Banken bevorzugt, da sie entgegen den True Sale ABS-Transaktionen, hierzu sogleich, gewerbesteuerneutral waren. Durch die Änderung des § 19 Gewerbesteuerdurchführungsverordnung sind nun

140 *BFH* BStBl II 1982, 200 ff.; *Toth-Feher/Schick* (Fn. 4), S. 492.
141 *BGH* NJW-RR 1996, 193 (194); *Bomhard/Kessler/Dettmeier* (Fn. 14), S. 2088.
142 Stiller (Fn. 59), S. 2028.
143 *Schulte-Mattler*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Grds I § 13 Rn. 28 und Anh Grds I Rn. 81 ff.

auch die True Sale ABS-Transaktionen erwerbssteuerneutral.[144] Daher werden diese nun immer öfter eingesetzt werden.[145]

3. True Sale Asset Backed Securities

Im Rahmen dieser Asset Backed Securites-Transaktionen wird von einem Verkäufer/Originator (Unternehmen oder Bank) ein Forderungspool an eine speziell hierfür gegründete Einzweckgesellschaft (Special Purpose Vehicle (SPV)) veräußert. Dieser Forderungspool wird durch eine Ratingagentur bewertet und von der SPV mittelbar oder unmittelbar verbrieft. Diese Wertpapiere werden dann privat oder am Kapitalmarkt platziert. Die Forderungen werden regresslos an das SPV übertragen und bar bezahlt.[146] Dies hat den angestrebten Effekt, dass die Forderungen bilanziell aus dem Umlaufvermögen des Verkäufers ausscheiden und der Kaufpreis hinzugelangt (sog. True Sale).[147]

Auch wenn, wie oben dargestellt, die Abtretung der Forderungen nicht unwirksam ist, könnte bei ABS trotzdem an verschieden Stellen das Bankgeheimnis verletzt sein. Zum einen benötigen die Ratingagenturen umfangreiche Daten für die Bewertung des Forderungspools. Zum anderen muss bei der Abtretung auch der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz beachtet werden. Dies bedeutet, dass der Abtretungsempfänger, also das SPV, wenigstens theoretisch die Möglichkeit haben muss nachzuvollziehen, welche Forderungen im Einzelnen an es abgetreten worden sind. Darüber hinaus wird der Erwerber auch stichprobenartig prüfen wollen, ob die abgetretenen Forderungen der vertraglichen Vereinbarung entsprechen und hierfür genauere Daten benötigen.[148]

Der tatsächliche Forderungseinzug hingegen wird in der Regel weiter durch den Originator vorgenommen, so dass die hierfür notwendigen Daten im Grundsatz nicht weitergegeben werden müssen.[149] Wird der Originator jedoch insolvent oder das SPV entzieht ihm das Vertrauen, so müssen die Daten doch an den Ersatz-Servicer weitergegeben werden.[150]

Auch wenn bei ABS-Transaktionen verschiedene Dritte beteiligt sind, die Daten über die Forderungen bzw. die Forderungsschuldner benötigen, lassen sich bei entsprechender Gestaltung Verstöße gegen das Bankgeheimnis und das BDSG weitestgehend vermeiden.

In der Regel werden bei ABS-Transaktionen alle Empfänger ebenfalls zur Ver-

---

144 Geändert durch Art. 4 Kleinunternehmerföderungsgesetz v. 31. 7. 2003 BGBl I S. 1550; siehe hiezu *Schmidt/Dammer*, Neue Regeln zur Gewerbesteuer bei Asset-Backed-Securities Transaktionen nach dem Kleinunternehmerförderungsgesetz, BB 2003, S. 819 ff.

145 Stiller (Fn. 59), S. 2028.

146 *Ebd.*

147 *Ebd.*

148 *Ebd.*, S. 2029.

149 *Böhm* (Fn. 130), S. 1642; *Stiller* (Fn. 59), S. 2028.

150 *Stiller* (Fn. 59), S. 2028.

schwiegenheit verpflichtet. Insoweit besteht eine Parallele zum oben angesprochenen Outsourcing.[151] Für die Ratingagenturen sind die persönlichen Daten der Forderungsschuldner unerheblich, so dass für die Bewertung statistisches Datenmaterial ausreicht.[152] Bei der Due Dilligence ist es möglich, den Verstoß gegen das Bankgeheimnis durch eine Schwärzung der personenbezogenen Daten zu vermeiden.[153] Für die Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes reicht es auch aus, wenn die kundenbezogenen Daten verschlüsselt weitergegeben werden.[154] Lediglich in den Fällen, in denen ein Ersatz-Servicer eingesetzt werden muss, kann dies, falls kein besonderer Rechtfertigungsgrund vorliegt, im Rahmen einer Einzelfallabwägung zu einer Verletzung des Bankgeheimnisses führen.[155]

4. Debt-Equity-Swap

Eine völlig anders ausgerichtete Möglichkeit ist es, Not leidende Forderungen mit dem Ziel, sie in Eigenkapital des Schuldnerunternehmens umzuwandeln, zu erwerben (sog. Debt-Equity-Swap). Für das Unternehmen ist hierüber eine Sanierung außerhalb des Insolvenzverfahrens möglich. Oft erfolgt der Debt-Equity-Swap aber auch im Rahmen eines Sanierungsplans in Kombination mit anderen Sanierungsmitteln.[156] Die Umwandlung geschieht technisch durch eine Kapitalerhöhung mit Sacheinlage. Hieraus wird deutlich, dass dies nur im Einvernehmen zwischen Unternehmen und Forderungserwerber möglich ist, und somit die oben dargestellten Spannungen mit Bankgeheimnis und Datenschutz hier keine Rolle spielen.[157] Dafür bestehen diverse aktienrechtliche Vorgaben, die bei der Umwandlung zu beachten sind. Es wird zwar als zulässig angesehen, Forderungen, die gegen die Gesellschaft selbst gerichtet sind, als Sacheinlage im Sinne des § 27 II AktG einzubringen.[158] Jedoch werden die Forderungen nur als werthaltig angesehen, solange die Gesellschaft in der Lage wäre, diese Forderungen ohne Kapitalerhöhung zu begleichen.[159]

Um diese und weitere bestehende Risiken zu vermeiden, ist es auch möglich, die Forderungen in Genussrechtskapital umzuwandeln.[160]

---

151 *Ebd.*, S. 2030; *Bruchner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 57), § 39 Rn. 31.
152 *Stiller* (Fn. 59), S. 2030; *Früh* (Fn. 57), S. 502.
153 *Stiller* (Fn. 59), S. 2030.
154 *Klüwer/Meister* (Fn. 119), S. 1158.
155 *Stiller* (Fn. 59), S. 2030.
156 *Toth-Feher/Schick* (Fn. 4), S. 495.
157 *Ebd.*, S. 495.
158 *BGH* ZIP 1990, 156 (158 ff.); *Toth-Feher/Schick* (Fn. 4), S. 495.
159 *OLG Düsseldorf*, ZIP 1991, 161 (164); *Toth-Feher/Schick* (Fn. 4), S. 495.
160 Siehe hierzu *Toth-Feher/Schick* (Fn. 4), S. 496.

V. Fazit

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass NPLs nach deutschem Recht grundsätzlich handelbar sind. Daher wird, beschleunigt durch die wirtschaftliche Entwicklung und europäische Vorgaben, der „deutsche" Markt für NPLs immer mehr an Bedeutung gewinnen. Jedoch wird dabei ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen den Interessen der Kreditinstitute und denen der Kunden bestehen bleiben. Auch wenn dieses Spannungsverhältnis schon heute der Veräußerung von Not leidenden Krediten nicht grundsätzlich im Wege steht, wird der Gesetzgeber in Zukunft noch weitere Regelungen, insbesondere zu speziellen Veräußerungsmodellen, treffen, um dadurch die Attraktivität des Finanzmarktes Deutschland weiter zu erhöhen. Zwar liegt die Veräußerung von Kreditportfolios oftmals nicht im Interesse der Kunden, ihre Belange werden jedoch auch weiterhin, insbesondere durch das Bankgeheimnis, geschützt sein. Denn auch wenn die Veräußerung naturgemäß nicht ganz ohne Datenweitergabe auskommen kann, so gewährleistet das Bankgeheimnis doch, dass diese nur in sehr eingeschränktem und kontrolliertem Umfang möglich ist. Im Ergebnis besteht also ein Regelungsgefüge, das einen gerechten Ausgleich der unterschiedlichen Interessen ermöglicht.

Alexander Otto*

Chancen und Risiken eines europäischen Strafverfahrensrechts – eine kritische Bestandsaufnahme

Abstract

Mit großen Schritten schreitet die Europäisierung des Straf- und Strafverfahrensrechts voran und führt bereits jetzt zu tief greifenden Einschnitten im nationalen Recht. Dabei stellen sich viele Fragen, die bislang nicht abschließend und zufrieden stellend beantwortet worden sind oder beantwortet werden können: Ist Europa fähig zu einer Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts? Ist der eingeschlagene Weg der richtige? Ist das Kernprinzip aller Entwicklungen, das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, Segen oder Fluch?

Diesen und vielen anderen Fragen soll sich dieser Aufsatz widmen und dabei an den markanten Beispielen des Europäischen Haftbefehls und des Vorschlags für einen Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung Chancen und Risiken der weiteren Entwicklung aufzeigen.

* Der Autor studiert im 8. Fachsemester Rechtswissenschaft an der Universität Bremen und ist studentische Hilfskraft bei RA Prof. Dr. *Reinhold Schlothauer*, Bremen. Der Verfasser dankt Herrn RA Prof. Dr. *Schlothauer* für die Betreuung und die Unterstützung bei der Erstellung dieser Arbeit ganz herzlich.

I. Einleitung

Mit den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Tampere[1] zur Errichtung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vom 15. und 16. Oktober 1999 wird eines in besonderer Deutlichkeit klar: Die Rechtsangleichung auf EU-Ebene macht vor dem Straf- und Strafverfahrensrecht keinen Halt. Ganz im Gegenteil: Auf seiner Tagung in Tampere einigte sich der Europäische Rat auf einen Maßnahmenkatalog in insgesamt 24 relevanten Komplexen[2] des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in deren Rahmen durch Anwendung des sog. Prinzips der gegenseitigen Anerkennung auf dem Boden der „dritten Säule"[3] eine „engere Zusammenarbeit" stattfinden soll. Diese 24 Komplexe betreffen insbesondere das Straf- und Strafverfahrensrecht, wobei das materielle Strafrecht auf den ersten Blick gesehen nur im Rahmen von Art. 31 lit. e) EUV in den Angleichungsprozess eingebunden ist. Wesentlich umfangreicher sind und sollen die gemeinsamen Maßnahmen im Strafverfahrensrecht ausfallen. Erste Schritte in diese Richtung haben mit der Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedsstaaten[4] (im Folgenden: RbEuHb) bereits in einschneidender Art und Weise Einzug ins nationale Recht gehalten. Bereits jetzt sind die Gerichte, bis hin zum Bundesverfassungsgericht[5], in großer Anzahl[6] mit den Auswirkungen der Umsetzung des RbEuHb ins nationale Recht (IRG) beschäftigt.

Spätestens mit Ablauf einer Frist von zwei Jahren werden in drei weiteren Bereichen Rahmenbeschlüsse ins nationale Recht umzusetzen sein.[7] Auf seiner Tagung am 24. Februar 2005 hat der europäische Rat der Justizminister mit den Rahmenbeschlüssen „über die Einziehung von Erträgen, Tatwerkzeugen und Vermögensgegenständen aus Straftaten",[8] „über die gegenseitige Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen"[9] und „Cyberkriminalität" in drei weiteren Bereichen Maßnahmen zum „Ausbau des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts" ergriffen.

Der RbEuHb und der Vorschlag für einen Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafverfahren[10] bilden den Schwerpunkt dieses Beitrages. Anhand beider

1 Europäische Kommission, SN 200/99.
2 KOM (2004) 328 endg., S. 8.
3 Vgl. sog. Drei-Säulen-Modell bei *Ahrendt,* Europarecht, 6. Auflage (2003), S. 14.
4 Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 18. Juli 2002, Amtsblatt L 190.
5 *BVerfG*, StV 2005, 29 – (Einstweilige Anordnung des BVerfG gegen Auslieferung auf Grund Europäischen Haftbefehls).
6 *OLG Karlsruhe,* StV 2004, 547; 2005, 30; 2005, 31; *OLG Stuttgart*, StV 2004, 546; 2005, 146. 1/05; *OLG Celle*, Beschluss v. 16. 2. 2005, Az. 1 ARs 1/05/Ausl; *OLG Hamm* Beschluss v. 29. 12. 2004, Az. (2) 4 Ausl. A 64/04 (328–330/04). Eine umfassende Rechtsprechungsübersicht gibt *Ahlbrecht* unter: http://www.strafrecht.de/de/euhb/.
7 Vgl. drei Pressemitteilungen des Bundesjustizministeriums v. 24. 2. 2005.
8 Abl. L 68 vom 15. 3. 2005, 49.
9 Abl. L 76 vom 22. 3. 2005, 16.
10 KOM (2003) 688 endg.

Rahmenbeschlüsse sollen Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafverfahrensrechts beleuchtet werden.

Mit nunmehr insgesamt 25 Mitgliedsstaaten treffen in der Europäischen Union 25 verschiedene Rechtsordnungen aufeinander, die sich teilweise stark unterscheiden. Gerade im Strafverfahrensrecht sind ganz erhebliche und grundlegende Unterschiede festzustellen. Jede Rechtsordnung folgt für sich unterschiedlichen Grundsätzen und Prinzipien. So stehen sich einerseits Rechtsordnungen mit langer Tradition und jahrelanger Ausgestaltung und andererseits solche Rechtssysteme, die erst zur Erreichung der EU-Beitrittskriterien geschaffen bzw. grundlegend reformiert worden sind, gegenüber.

Die Europäische Union ist also in strafverfahrensrechtlicher Hinsicht ein stark heterogenes Gebilde.[11] Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht ist die Harmonisierung der Rechtsordnungen unerlässlich. Das klingt, oberflächlich gesehen, einfach und gut. Nur wie lässt sich eine Harmonisierung dieser unterschiedlichen Rechtsordnungen vernünftig und effektiv realisieren? Muss nicht zunächst die Angleichung der Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten, bevor es zu Rechtsetzungsakten für ein europäisches Strafverfahrensrecht kommt, vollzogen werden oder hat man mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ein Mittel gefunden, das die Angleichung im Rahmen der Europäisierung des Strafverfahrensrechts bewirkt? Entschieden hat sich der Rat für letztere Variante. Ob dieses Unterfangen zum Scheitern verurteilt ist oder ein Weg in der goldenen Mitte gefunden worden ist, lässt sich an Hand der folgenden Untersuchung der aktuellen Situation beurteilen.

Materielles Strafrecht und Strafverfahrensrecht sind bei dieser Betrachtung untrennbar. Das wird schon mit den Rahmenbeschlüssen über den Europäischen Haftbefehl und die Beweisanordnung deutlich. Der Rat hat sich in beiden Regelwerken auf einen verbindlichen Deliktskatalog geeinigt, in dem eine Reihe von Straftaten aufgezählt werden. Dieser Katalog beinhaltet die Annahme, dass alle darin aufgezählten Taten in den Mitgliedsstaaten strafbewehrt sind.

Bei allen auf dem Tampere-Maßnahmenprogramm fußenden Aktivitäten zur Errichtung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts stehen die Normierung neuer Eingriffsbefugnisse für Strafverfolgungsbehörden und die Schaffung von Beschuldigten- und Verteidigungsrechten nicht im erforderlichen Gleichgewicht. Wenn *Nestler*[12] meint, dass „die Ausweitung staatlicher Macht bei der Strafverfolgung der Bürger das ganz vorrangige Prinzip der Aktivitäten auf dem Gebiet des Strafprozessrechts zu sein scheint", charakterisiert er nicht nur zutreffend die Vorgehensweise der EU, sondern auch einen bedenklich unkritischen Umgang mit dieser Materie durch die Mitgliedsstaaten auf nationaler Ebene. Das gilt zwar nicht für alle

11 Vgl. nur die Ausführungen dazu von *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2005, S. 4 ff. und die Einführung in Strafverfahrenssysteme europäischer Nachbarstaaten bei *Kühne*, Strafprozessrecht, 6. Auflage (2003), S. 572 ff.

12 *Nestler*, Europäisches Strafverfahrensrecht, ZStW 116 (2004), S. 332, 333.

beteiligten Mitgliedsstaaten,[13] aber doch für eine Vielzahl und, wie sich im Laufe des Beitrages noch zeigen wird, insbesondere für Deutschland.

II. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung

„Bier ist Bier und Schnaps ist Schnaps."[14] Mit diesem kurzen Satz veranschaulicht *Gleß* die Essenz des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung.

Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung ist ein Konstrukt des EuGH im Bereich des Binnenmarktes und des freien Warenverkehrs. Erstmalig im Jahre 1974 entwickelte der EuGH in der sog. „Dassonville"-Entscheidung[15] dieses Prinzip, das der Verkehrsfreiheit von Waren Ausdruck verleihen sollte. Diese Entscheidung ist als Geburtsstunde des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung zu bezeichnen. Nicht minder Beachtung gefunden haben die Entscheidungen des EuGH zum „Reinheitsgebot"[16] und „Cassis des Dijon"[17], beides gleichsam Synonyme für Entscheidungen des EuGH, die die 1974 entwickelten Grundsätze näher ausgeformt haben und zur Fortentwicklung derselben beitrugen. In allen Entscheidungen ging es im Wesentlichen um die Verkehrsfreiheit von Waren innerhalb der Europäischen Union. Waren sollen gleich behandelt und als gleichwertig anerkannt werden. Mit diesem Konzept ist die EU gut und erfolgreich gefahren – es gewährleistet den freien Verkehr von Waren auch ohne Harmonisierung unterschiedlicher einzelstaatlicher Rechtsvorschriften.

Bereits 1999 in Tampere hat der Europäische Rat das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zum Eckstein der justitiellen Zusammenarbeit sowohl in Zivil-, als auch in Strafsachen[18] gemacht und dies auch danach mehrfach betont. Die bislang in Vorbereitung befindlichen und die bereits verabschiedeten Rahmenbeschlüsse im Bereich der polizeilichen und justitiellen Zusammenarbeit in Europa (PjZE) beweisen dies – und das mit weitreichenden Konsequenzen.

Von Effektivitätsgedanken und Beschleunigungswünschen geleitet, will der Rat unter Zuhilfenahme des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung justitielle Entscheidungen verkehrsfähig machen. Verkehrsfähigkeit soll für Entscheidungen die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung ohne weitere rechtliche Überprüfung bedeuten. Lässt bspw. ein Ermittlungsrichter in Barcelona eine Entscheidung ergehen, die auf die Festnahme eines Täters gerichtet ist, der in Barcelona eine Straftat verübt

---

13 Vgl. nur die Niederlande, die die Spielräume des RbEuHb genutzt haben und die Auslieferung von an rechtmäßiger Sterbehilfe beteiligten Ärzten mit niederländischer Staatsangehörigkeit verbietet.

14 *Gleß*, Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, ZStW 116 (2004), S. 353, 354.

15 *EuGH*, Rs. 8/74, Urteil v. 11. 7. 1974, Slg. 1974, S. 837.

16 *EuGH*, Rs. 178/84, Urteil v. 13. 3. 1987, Slg. 1987, S. 1227.

17 *EuGH*, Rs. 120/78, Urteil v. 20. 2. 1979, Slg. 1979, S. 649.

18 Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates, Europäische Kommission, SN 200/99, Nr. 33.

haben soll, so soll diese Entscheidung ohne weitergehende Prüfung in allen Mitgliedsstaaten dieselbe Wirkung und Geltung entfalten wie im Anordnungsstaat Spanien selbst. Damit würden alle Staaten der Europäischen Union justitielle Entscheidungen gegenseitig anerkennen und verkehrsfähig machen.

Die Reichweite der anzuerkennenden „justitiellen" Entscheidungen ist dabei groß. „Verwöhnt" vom in vielen Bereichen geltenden und unabdingbaren Richtervorbehalt in Deutschland wird so mancher deutscher Strafjurist mit Erstaunen, teilweise gar mit Sorge erfüllt sein. Verkehrsfähig sollen alle Entscheidungen sein, die von einer Justizbehörde erlassen werden, und damit auch eben solche, die nicht zwangsläufig aus der Feder eines Richters stammen. Das führt zu – zumindest aus deutscher Sicht gesehen – einschneidenden Konsequenzen. Das lässt sich am Europäischen Haftbefehl exemplifizieren: Art. 6 I und II RbEuHb sprechen bei der Zuständigkeit von Anordnungs- und Vollstreckungsbehörde lediglich von der „zuständigen" Justizbehörde des Mitgliedsstaates. Danach ist es also theoretisch möglich, dass sowohl im Anordnungsmitgliedsstaat, als auch im vollstreckenden Mitgliedsstaat die Staatsanwaltschaft agiert. Zur Folge hat das die Umgehung des für Haftsachen in vielen Ländern geltenden Richtervorbehalts.

Die Brisanz der Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung offenbart sich bereits an diesem kleinen Beispiel, wird aber bei näherer Betrachtung der Umsetzung und bei einem Blick auf den Vorschlag für den Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung und seine praktischen Folgen ungleich deutlicher.

III. Der Europäische Haftbefehl

Ein erster Meilenstein im Rahmen der Umsetzung des Tampere-Maßnahmenprogramms war der RbEuHb. Mit dem am 23. 8. 2004 in Kraft getretenen Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedsstaaten (EuHbG)[19] hat der RbEuHb nun auch Einzug ins deutsche Recht erhalten und beschäftigt bereits Gerichte aller Instanzen.

1. Der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl

Auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung aufbauend hat der Rat am 13. 6. 2002 den RbEuHb verabschiedet und folgt damit Nr. 35 der Schlussfolgerungen von Tampere. Darin heißt es: „Der Rat vertritt die Auffassung, dass zwischen den Mitgliedsstaaten im Einvernehmen mit Art. 6 EUV förmliche Auslieferungsverfahren bei Personen, die sich nach rechtskräftiger Verurteilung der Justiz durch Flucht entziehen, abgeschafft und durch eine einfache Überstellung derartiger Personen ersetzt werden sollten." Allerdings geht der RbEuHb noch weiter und erstreckt den Euro-

19 BGBl. I 2004, S. 1748.

päischen Haftbefehl nicht nur auf bereits rechtskräftig verurteilte Personen, sondern auch auf solche, gegen die ein Strafverfahren geführt werden soll.

Hauptzweck des Europäischen Haftbefehls ist also die Abschaffung der förmlichen Auslieferungsverfahren. Damit soll die Auslieferungspraxis im EU-Raum vereinfacht und beschleunigt werden.

Art. 1 I RbEuHb definiert den Europäischen Haftbefehl. Danach handelt es sich dabei um eine justitielle Entscheidung, die in einem Mitgliedsstaat ergangen ist und die Festnahme und Übergabe einer gesuchten Person durch einen anderen Mitgliedsstaat zur Strafverfolgung oder zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung bezweckt. Bereits in Abs. 2 wird ausdrücklich klargestellt, dass diese „justitielle Entscheidung" nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung zu vollstrecken ist.

Im europäischen Haftbefehlsverfahren stehen sich naturgemäß zwei Mitgliedsstaaten der EU gegenüber. Will man sie im Terminus des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung benennen, muss man von Anordnungsstaat und Vollstreckungsstaat sprechen. Der Anordnungsstaat erlässt nach den ins nationale Recht transformierten Vorschriften des RbEuHb einen Europäischen Haftbefehl. Dieser wird dann an das ersuchte Land übermittelt. Im Vollstreckungsstaat agieren die zuständigen Justizbehörden dem Europäischen Haftbefehl entsprechend und vollstrecken ihn als „Eilsache"[20].

Mit dem RbEuHb ersetzt der Rat die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit durch Aufstellung eines einheitlichen Deliktskataloges. Nur noch in wenigen Fällen ist die Feststellung der beiderseitigen Strafbarkeit Voraussetzung für eine Auslieferung.

Die Abkehr von der Pflicht zur Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit löst der Rat mit Hilfe dieses Deliktskataloges, in dem Deliktsgruppen enumerativ benannt werden. Dieses „Deliktskatalog-Prinzip" macht der Rat offenbar zum Standard der Rahmenbeschlussrechtsetzung. Auch der Vorschlag für einen Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung enthält einen solchen Katalog.

Nach Art. 2 II RbEuHb darf eine Auslieferung dann nicht von der beiderseitigen Strafbarkeit abhängig gemacht werden, wenn die verfahrensgegenständliche Straftat in ihrem Höchstmaß mit mindestens drei Jahren Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung bedroht ist und es sich dabei um eines der im Deliktskatalog benannten 32 Delikte handelt. In diesen Fällen muss also das Vorliegen der beiderseitigen Strafbarkeit nicht überprüft werden.

Art. 3 und 4 RbEuHb zählen Gründe auf, bei deren Vorliegen die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls abzulehnen *ist* und solche, bei denen die Vollstreckung abgelehnt werden *kann*. Der RbEuHb kennt also sowohl obligatorische, als auch fakultative Ablehnungsgründe.

Abzulehnen ist die Vollstreckung von der zuständigen, vollstreckenden Justizbehörde. Die Beurteilung, ob die Voraussetzungen eines obligatorischen Ablehnungsgrun-

20 Vgl. Art. 17 I RbEuHb.

des vorliegen oder nicht, liegt nicht zwangsläufig in der Hand eines Richters. Denn Art. 6 II RbEuHb definiert die vollstreckende Justizbehörde als die Justizbehörde des Vollstreckungsstaats, die nach dem Recht dieses Staats zuständig für die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls ist, also nicht unbedingt ein Gericht.

Art. 3 RbEuHb sieht drei Bereiche vor, in denen die Vollstreckungsablehnung zwingend ist. So ist unter dem Vorbehalt der Verfolgungszuständigkeit das Vorliegen einer Amnestie (Nr. 1) ebenso zwingend für die Ablehnung wie die Strafunmündigkeit des Betroffenen im Vollstreckungsstaat (Nr. 3). Abzulehnen ist ferner, wenn die gesuchte Person wegen derselben Handlung von einem Mitgliedsstaat rechtskräftig verurteilt worden ist, vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsmitgliedsstaates nicht mehr vollstreckt werden kann (Nr. 2).

Art. 4 RbEuHb zählt insgesamt 7 fakultative Ablehnungsgründe auf. Die vollstreckende Justizbehörde hat danach ein Recht zur Verweigerung der Vollstreckung, wenn der Europäische Haftbefehl eine Straftat zum Gegenstand hat, die nicht unter den Deliktskatalog fällt und bei der die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit negativ ausfällt (Nr. 1). Ablehnen kann die Behörde auch dann, wenn die „gesuchte Person" im Vollstreckungsstaat bereits wegen derselben Handlung, auf Grund deren der Europäische Haftbefehl ausgestellt worden ist, strafrechtlich verfolgt wird (Nr. 2), wenn die Justizbehörden des Vollstreckungsstaates beschlossen haben, wegen der dem Europäischen Haftbefehl gegenständlichen Straftat kein Verfahren einzuleiten bzw. das Verfahren einzustellen, oder wenn gegen die gesuchte Person in einem Mitgliedsstaat auf Grund derselben Handlung eine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist, die einer weiteren Strafverfolgung entgegensteht (Nr. 3). Hinsichtlich einer rechtskräftigen Verurteilung gilt dies auch für Drittstaaten, die nicht Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind (Nr. 5). Im Bereich der Verjährung (Nr. 4), der Auslieferung eigener Staatsangehöriger (Nr. 6) und der Frage nach dem Begehungsort (Nr. 7) stehen der vollstreckenden Justizbehörde weitere Ablehnungsgründe zur Verfügung.

Im Anhang zum RbEuHb ist ein Formular für einen Europäischen Haftbefehl enthalten. Jenes ist ein Vorschlag für ein europaweit einheitliches Formular zum Europäischen Haftbefehl, zugleich aber auch das Mindestmaß dessen, was der Europäische Haftbefehl an Informationen enthalten muss.

2. Würdigung des Rahmenbeschlusses

Der RbEuHb ist in vielerlei Hinsicht kritikwürdig. Insbesondere die „Technik des Deliktskataloges" und die Einigung auf vermeintlich einheitliche Straftatbestände sind fragwürdig. Schon der Terminus „Deliktskatalog", aber auch die Bezeichnung der in der Liste aufgezählten Bezeichnungen als Straftat oder Delikt sind unpräzise. Ein Delikt ist in Deutschland nach allgemeiner Auffassung ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten, das im Strafrecht mit einer Straffolge verbunden ist.[21] Der

21 *Creifelds*, Rechtswörterbuch, 17. Auflage (2002), S. 312.

Begriff der Straftat wird nach deutscher Auffassung als eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhafte Handlung, an die das Gesetz eine Strafdrohung knüpft, definiert.[22] Abgesehen von der Strafbedrohung wird der Katalog diesen Anforderungen nicht gerecht, weil weder Tatbestandsmerkmale noch andere straftattypische Anforderungen näher ausgeführt werden. Lediglich stichwortartig erfolgt eine Kurzbezeichnung wie „Terror" oder „Cyberkriminalität". Bei diesen „Etikettierungen"[23] wird nicht einmal ansatzweise eine Ausformung eines Tatbestandes oder gar eine vage Beschreibung der unter Strafe gestellten Handlung deutlich.

Rechtsprechung und Wissenschaft sehen sich mit der Aufgabe konfrontiert, diese Deliktsbezeichnungen oder auch Deliktsgruppen zu konkretisieren. Es bleibt abzuwarten, wie Gerichte und Wissenschaft in den Mitgliedsstaaten mit diesen Deliktsgruppenkatalogen umgehen. Die Richtungen sind vielfältig denkbar. Entweder werden die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union versuchen, die genannten Deliktsgruppen möglichst an der nationalen Rechtsordnung orientiert und trotzdem rahmenbeschlusskonform auszuformen und auszulegen.[24] Oder es entwickelt sich im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren über die Gültigkeit und Auslegung des Rahmenbeschlusses vor dem EuGH gemäß Art. 35 I EUV ein „europäisches Case Law" mit einer europaweit einheitlichen Rechtsprechung. Letzteres birgt die Gefahr in sich, dass neben den nationalen Rechtsordnungen eine parallele europäische Strafrechtsordnung, die auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgeht, entsteht und existiert. Das wiederum wird dazu führen, dass ein und dieselbe Handlung mit zweierlei Maß gemessen wird. Eine solche Entwicklung hätte mit Rechtsklarheit und Rechtssicherheit nichts mehr zu tun.

Bedingt durch Art. 2 III RbEuHb, wonach nach Anhörung des Europäischen Parlaments durch einstimmigen Beschluss des Rates die Liste der Taten beliebig erweitert und verändert werden kann, ist der Deliktskatalog in seinem Umfang uferlos. „Bewährt" sich aus dem Blickwinkel der Strafverfolgungsbehörden der Europäische Haftbefehl und wird der Ruf nach einer weitergehenden Erstreckung auf andere Straftaten laut, dürfte es nicht lange dauern, bis der Rat den Deliktskatalog erweitert. Bereits bei der Lektüre des Vorschlags für einen Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung fällt auf, dass die Liste der Straftaten von 32 um sieben auf nun insgesamt 39 Delikte gewachsen ist. *Schünemann*[25] stellt zu Recht fest, dass „weder der Strafrechtswissenschaft noch der demokratischen Öffentlichkeit Zeit zum Atemholen gelassen und durch die Geschwindigkeit wie durch den Dampfwalzeneffekt eine bisher nur in Revolutionen erlebte Umgestaltungsdynamik erzeugt wird".[26]

---

22 *Ebd.*, S. 309.

23 *Nestler* (Fn. 12), S. 337.

24 Vgl. jüngst zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung das Urteil des *EuGH*, Urt. v. 16. Juni 2005, Rs. C-105/03.

25 *Schünemann*, Ein Gespenst geht um in Europa – Brüsseler „Strafrechtspflege" intra muros, GA 2002, S. 501, 510.

26 *Ebd.*

Nur wenige wichtige Grundsätze greift der RbEuHb auf, die einen Schutz der Betroffenen Personen bezwecken können. Ein Beispiel dafür sind die Art. 3 Nr. 3 und Art. 4 Nrn. 2, 3, 5 RbEuHb in denen der Rat das Ne-bis-in-idem-Prinzip verwirklicht, wonach ein Doppelverfolgungsverbot besteht. Niemand soll wegen derselben Handlung in zwei oder mehreren Staaten nebeneinander verfolgt und verurteilt werden.

Während die Ableitung des Doppelverfolgungsverbotes in Deutschland als „grundrechtsähnliches Prozessgrundrecht"[27] aus Art. 103 III GG leicht möglich ist, so gestaltet sich dies auf europäischer Ebene schwieriger. Herangezogen werden dafür neben dem EUV auch Art. 54 SDÜ (Schengen-Durchführungs-Übereinkommen) als „authentischer Ausdruck"[28] des Prinzips und die Europäische Grundrechte-Charta. Die herrschende Meinung bezeichnet das Ne-bis-in-idem-Prinzip als Ausfluss des in Art. 29 I EUV formulierten Unionsziels eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und bedient sich bei der Ableitung des Prinzips lediglich des EUV.[29] Begrüßenswert ist, dass der Ne-bis-in-idem-Grundsatz mit der Verankerung in Art. 3 Nr. 2 RbEuHb erneut betont wird und der hohe Rang dieses für Beschuldigte so wichtigen „Prozessgrundrechts" damit gestärkt wird. Denn auch auf europäischer Ebene gilt es, diesem Prinzip Grundrechtscharakter zu verleihen. *Degenhard* ist der Auffassung, dass das Europäische Doppelverfolgungsverbot ein aus dem Unionsziel eines Raumes der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts abgeleitetes Grundrecht der Bürger der Europäischen Union ist und es daher im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, Erkenntnisverfahren und im Vollstreckungsverfahren gilt.

Insgesamt ist der RbEuHb aber offenbar vorwiegend darauf angelegt, die Möglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden zu erweitern, deren Arbeit zu vereinfachen und zu beschleunigen. Prinzipiell sind diese Beschleunigungs- und Vereinfachungsbemühungen durchaus begrüßenswert. In regelmäßigen Abständen weisen Strafverfolgungsbehörden und Gerichte auf Überlastung, eine steigende Anzahl von Verfahren und einen Anstieg der Verfahrensdauer hin. Nicht ohne Grund muss sich der EGMR mit einer kontinuierlich steigenden Anzahl von auf die durch überlange Verfahrensdauer verursachte Verletzung von Art. 6 EMRK gerichtete Individualbeschwerden beschäftigen.[30] Die Beschleunigung und Vereinfachung erscheint bei diesen Betrachtungen als dringend geboten. Beschleunigung und Vereinfachung dürfen sich allerdings nicht so gestalten, dass eine einseitige Stärkung der Strafverfolgungsbehörden zu verzeichnen ist. Mit Blick auf den aus dem fair-trial-Prinzip abgeleiteten Grundsatz der Waffengleichheit kann und darf eine auf Beschleunigung und Vereinfachung gerichtete Entwicklung nur unter Wahrung der Interessen von Strafverfolgungsbehörden und der Verteidigung vollzogen werden.

---

27 *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Stand: 44. Erg.-Lfg. (2005), Art. 103, Rn. 192, 271.

28 *Degenhard*, Das Europäische Doppelverfolgungsverbot – eine Aufgabenstellung für die Strafverteidigung auf dem Gebiet des europäischen Strafrecht, StraFo 2005, S. 65, 66 m. w. N.

29 *Ebd.*, S. 36.

30 Siehe dazu *Laue*, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum strafrechtlichen Beschleunigungsgebot, JURA 2005, S. 89.

Dem wird der RbEuHb nicht gerecht. Er sieht lediglich umfassende und leicht durchsetzbare Handlungsmöglichkeiten für die Strafverfolgungsbehörden vor. Eine aktive Beteiligung der „gesuchten Person", Beschuldigten- oder Verteidigungsrechte sieht der RbEuHb nur in geringem Umfang[31] vor. In Betracht gezogen wird nicht einmal die Normierung eines Rechtsmittels.

Fragwürdig ist auch das im Anhang zum RbEuHb enthaltene Formular für einen Europäischen Haftbefehl. Inhalt und Form des sieben Seiten umfassenden Formulars spiegeln das wider, was sich durch den gesamten RbEuHb zieht: Beschleunigungs- und Vereinfachungsgedanken. Das Mitglied der zuständigen Justizbehörde im Anordnungsstaat muss lediglich Personalien der „gesuchten Person" eintragen, einige Angaben zu der dem Haftbefehl zugrunde liegenden Entscheidung machen und kann sich dann bereits der Straftat zuwenden. Nach einer kurzen Beschreibung der Umstände der Tat und Angaben zur rechtlichen Würdigung des Sachverhalts folgt der Deliktskatalog. Dort muss dann nur noch die betreffende Tat angekreuzt werden. Wenn dann noch einige wenige Angaben zur ausstellenden Justizbehörde erfolgt sind und ggf. auf bestimmte Zusicherungen bei Vorliegen einer lebenslangen Freiheitsstrafe hingewiesen worden ist, ist der Europäische Haftbefehl schon fertig. So einfach ist europäisches Strafverfahrensrecht. Und, wenn das Formular dann noch „durch ein sicheres Mittel, das die Erstellung einer schriftlichen Fassung unter Bedingungen ermöglicht, die dem Vollstreckungsstaat die Feststellung der Echtheit gestattet" (Art. 10 IV RbEuHb), namentlich das Faxgerät, übermittelt wird, ist ein derartiges europäisches Strafverfahren nicht nur einfach, sondern auch noch blitzschnell.

Das Formular im Anhang des RbEuHb bleibt sogar bspw. hinter dem Inhalt eines Haftbefehls gemäß § 114 StPO zurück. Während § 114 II Nr. 4 StPO vorsieht, dass ein Haftbefehl die Tatsachen enthält, aus denen sich der dringende Tatverdacht ergibt, sieht der Europäische Haftbefehl dies nicht vor. Das hat bspw. im Europäischen Haftbefehlsverfahren zur Folge, dass der Betroffene durch den Europäischen Haftbefehl keine Informationen über die Verdachtsgründe erhält. Bei § 114 StPO hingen ist eine kurze Darstellung der Verdachtsgründe erforderlich, die die Ermittlungen zutage gefördert haben.[32]

Betrachtet man den RbEuHb als Gesamtkonzept, ist festzustellen: Der RbEuHb führt zu Gunsten der Strafverfolgungsbehörden zu einer mit Vereinfachung und Beschleunigung verbundenen Erweiterung der Eingriffsbefugnisse, geht aber einher mit einem nahezu vollständigen Verlust an Beschuldigten- und Verteidigungsrechten.

3. Umsetzung ins nationale Recht

Mit Wirkung vom 23. 8. 2004 ist der Europäische Haftbefehl ins nationale Recht integriert worden. An diesem Tag trat das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbe-

31 Vgl. Art. 13 f. RbEuHb über die Zustimmung des Beschuldigten zur Überstellung und bei Verweigerung der Zustimmung das Recht, vernommen zu werden.

32 *Meyer-Goßner*, StPO, 48. Aufl. (2005), § 114, Rn. 11.

schlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlsgesetz – EuHbG) vom 21. 7. 2004 in Kraft.

Der Europäische Haftbefehl wurde durch dieses Gesetz in das Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) aufgenommen. Abgesehen von einigen verweisenden und allgemeinen Regelungen in anderen Abschnitten, ist der Europäische Haftbefehl in einem neuen achten Abschnitt normiert (§§ 78 ff. IRG).

Während die Rahmenbeschlussrechtsetzung zum Europäischen Haftbefehl wenig Beachtung gefunden hat, wurde die Entstehung des EuHbG „wesentlich intensiver und öffentlichkeitswirksamer"[33] diskutiert, nicht zuletzt deshalb, weil Nachbesserungen des ursprünglichen Referentenentwurfes aus dem Bundesministerium der Justiz zum Schutz des Betroffenen gefordert[34] wurden und grundsätzliche Dissonanzen[35] zwischen Bundesrat und Bundestag bestanden. Unglücklich ist allerdings, dass kritische Stimmen erst zu einem Zeitpunkt laut werden, als das Kind schon in den Brunnen gefallen war. Wünschenswert wäre eine frühzeitigere, ausführliche und konstruktive Auseinandersetzung mit den Bestrebungen für einen Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl gewesen. Denn ist der Rahmenbeschluss erst einmal verabschiedet, sind die Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung desselben nur in Form und Verfahren frei. Art. 34 II lit. b) EUV stellt das klar: „Rahmenbeschlüsse sind für die Mitgliedsstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel." Dabei können nur kleine Spielräume genutzt werden. Grundlegende Strukturen und Grundsätze lassen sich demnach jedoch nicht mehr ändern oder beeinflussen – die Vorgaben aus Brüssel sind weitgehend bindend.[36]

Die Einfügung des neuen achten Teils in das IRG durch das EuHbG führt zu einer vollständigen Integration des Europäischen Haftbefehls in das Recht des IRG. Der Europäische Haftbefehl soll nicht als eigenständiges Gesetz und allein stehendes Institut seine Wirkung entfalten, sondern wird Teil des IRG-Auslieferungsrechts als übergeordnetes System.[37] Das hat zur Folge, dass einige bedeutende Regelungen aus dem „alten" Auslieferungsrecht auch auf den Europäischen Haftbefehl anwendbar sind. Wichtigste Konsequenz dessen ist der Ablauf des Europäischen Haftbefehlsverfahrens in Deutschland. Während der RbEuHb insgesamt nur zwei involvierte Behörden vorsieht, nämlich die Anordnungs- und die Vollstreckungsbehörde, kennt das deutsche Auslieferungsrecht ein zweistufiges Verfahren, in dem das Oberlandesgericht unter Beteiligung der Generalstaatsanwaltschaft in einem ersten Schritt eine Zulässigkeitsprüfung vornimmt. Wenn dieser Schritt vollzogen ist, greift Stufe zwei

33 *Ahlbrecht*, Freier Personenverkehr innerhalb der Europäischen Union in Auslieferungssachen – die Umsetzung des Europäischen Haftbefehls in das deutsche Rechtshilferecht, StV 2005, S. 40.

34 *Wehnert*, Europäischer Haftbefehl, StraFo 2003, S. 356, 360.

35 *Ahlbrecht* (Fn. 33), S. 41.

36 Vgl. zum Umsetzungsspielraum *von Bubnoff*, Der Europäische Haftbefehl, 2005, S. 47 ff.

37 Ebd., S. 42.

und damit das Bewilligungsverfahren beim zuständigen Bundesministerium. Dieses Procedere bleibt erhalten. Im Vergleich zum Konzept des RbEuHb mit einem einstufigen Verfahren ist das zwar ein Zugewinn an Prüfungsdichte. Doch das ändert nichts an der Nichtanfechtbarkeit der justitiellen Entscheidung. Der neue eingeführte § 74b IRG stellt klar: „Die Bewilligungsentscheidung ist nicht anfechtbar." Eine vom Europäischen Haftbefehlsverfahren betroffene Person hat folglich keine Rechtsmitteloption offen.

Problematisch ist auch die Umsetzung des Deliktskataloges. Der Gesetzgeber hat sich zwar nicht dafür entschieden, die wenig bzw. nicht konturierten Deliktsgruppenbezeichnungen direkt mit in das IRG aufzunehmen. Dafür enthält § 81 Nr. 4 IRG aber einen direkten Verweis auf den Deliktskatalog des Art. 2 II RbEuHb.

Im Weiteren ist der RbEuHb nahezu entsprechend ins nationale Recht übertragen worden.

Betrachtet man die Umsetzung des RbEuHb im deutschen Recht, kann – was trotz einiger, vom Gesetzgeber nicht genutzter, aber bestehender Umsetzungsspielräume[38] mit Blick auf den sorglosen Umgang des Gesetzgebers mit der Materie leider zu erwarten war – am Ende nur dasselbe Resümee gezogen werden, das bereits die Betrachtungen zum RbEuHb abschließen musste: Die Integration des Europäischen Haftbefehls in das IRG führt zu einer einseitigen Stärkung der Strafverfolgungsbehörden und bedeutet einen Rechtsverlust für die Betroffenen. Gestaltende Phantasie, wenn es darum geht, die mit der Europäisierung des Strafprozessrechts verbundenen Rechtsverluste der Bürger zu kompensieren, scheint weder die Stärke der Bundesregierung[39] noch des Bundestages und des Bundesrates zu sein.

Hinzukommt, dass das EuHbG erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, mit denen sich nun auch das Bundesverfassungsgericht[40] auseinanderzusetzen hat. In der Hauptverhandlung am 13./14. 4. 2005 hat sich das Bundesverfassungsgericht mit drei wesentlichen Bereichen beschäftigt. Es hat u. a. die Vereinbarkeit von Art. 16 II mit Art. 79 III GG, die Nichtanfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung wegen eines möglichen Verstoßes gegen die Rechtsweggarantie aus Art. 19 IV GG und die Rückwirkung des RbEuHb und in Umsetzung dessen das EuHbG wegen eines Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot zu prüfen.

Mit Urteil vom 18.07.2005 hat das Bundesverfassungsgericht das EuHbG für nichtig erklärt. Das Urteil konnte vor Redaktionsschluss nicht mehr eingearbeitet werden.

---

38 *Schünemann*, Die parlamentarische Gesetzgebung als Lakai von Brüssel? Zum Entwurf des Europäischen Haftbefehlsgesetzes, StV 2003, S. 531, 533.

39 *Nestler* (Fn. 12), S. 341.

40 *BVerfG*, Az. 2 BvR 2236/04.

IV. Die Europäische Beweisanordnung

Der nächste, vermutlich im Dezember 2005 zur Annahme stehende, wesentliche Rahmenbeschluss im Bereich des Strafverfahrensrechts trägt derzeit noch den Titel „Vorschlag für einen Rahmenbeschluss über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafverfahren"[41] (im Folgenden: RbEuBewAO). Ursprünglich sollte die Europäische Beweisanordnung spätestens bis zum 1. 1. 2005 Einzug in das nationale Recht aller Mitgliedsstaaten gehalten haben. Dieses zeitliche Ziel scheint Produkt der intensiven Beschleunigungsbemühungen auf europäischer Ebene zu sein und war nie zu erreichen. Mittlerweile hat das auch der Rat erkannt und bezeichnet den Zeitpunkt Dezember 2005 zur Annahme des RbEuBewAO als „ein ehrgeiziges, jedoch nicht unerreichbares Ziel".[42]

Der Vorschlag für einen RbEuBewAO erinnert konzeptionell stark an den RbEuHb, fällt allerdings etwas umfangreicher aus. Das gilt insbesondere für die Erwägungsgründe, die eine ganz besondere Rolle in der „Tampere-Umsetzung" spielen, auf die im weiteren Verlauf noch weiter einzugehen sein wird.

Der RbEuBewAO untergliedert sich in fünf Teile. Teil I – „Die Europäische Beweisanordnung" – definiert die Beweisanordnung, liefert Begriffs- und Verfahrensbestimmungen, soll aber auch die Grenzen der Europäischen Beweisanordnung umreißen.

Art. 1 Nr. 1 RbEuBewAO definiert die Europäische Beweisanordnung als eine justitielle Entscheidung, die in einem Mitgliedsstaat ergangen ist und die Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten von einem anderen Mitgliedsstaat bezweckt.

Diese Norm muss aber stets in Verbindung mit Art. 3 Nr. 2 RbEuBewAO gesehen werden. Würde man lediglich den Wortlaut von Art. 1 Nr. 1 RbEuBewAO heranziehen, bezöge sich die Europäische Beweisanordnung auf alle genannten Arten von Beweismitteln, egal, ob sie bereits bekannt sind oder noch durch Ermittlungen bekannt werden sollen. Das käme einer umfänglichen europäischen Ermittlungsanordnung gleich und würde Tür und Tor für ein europäisches Ermittlungsverfahren öffnen – eine Vorstellung, die zur Zeit zwar noch futuristisch klingen mag, bei realistischer Einschätzung aber wohl in naher Zukunft auf den Tagesordnungen der entsprechenden Gremien auf europäischer Ebene zu finden sein dürfte. Dafür sprechen sowohl das Tampere-Maßnahmenprogramm, als auch der RbEuBewAO. Nicht ohne Grund wird im RbEuBewAO bereits angekündigt, dass „hierfür gesonderte Überlegungen nötig sind".[43]

Art. 3 Nr. 2 RbEuBewAO soll diese Reichweite aber zunächst ausschließlich auf existente und bekannte Beweismittel begrenzen. Die Beweisaufnahme in Form von Vernehmungen, Aussagen oder sonstigen Arten von Anhörungen soll danach ebenso

41 KOM (2003) 688 endg.
42 Pressemitteilung 1489/02 (Presse 332) zur Sitzung des Rates am 2. 12. 2004.
43 KOM (2003) 688 endg., Erwägungsgrund 29, S. 8.

wenig mit einer Europäischen Beweisanordnung bezweckt werden können, wie die Beweisaufnahme „aus dem Körper", die Beweisaufnahme in „Echtzeit", namentlich die Telefonüberwachung, verdeckte Überwachungsmaßnahmen oder die Kontobewegungsüberwachung, und die Beweisaufnahme in Fällen, in denen weitere Ermittlungen erforderlich sind.

Eine europäische Beweisanordnung kann in verschiedenen Arten von Verfahren zum Einsatz kommen. Art. 4 RbEuBewAO erklärt den Erlass einer Europäischen Beweisanordnung in Strafverfahren und für von Verwaltungsbehörden eingeleitete Verfahren wegen Handlungen für zulässig, die nach dem innerstaatlichen Recht des Anordnungsstaats als Zuwiderhandlung gegen Rechtsvorschriften geahndet werden, sofern gegen die Entscheidung ein auch in Strafsachen zuständiges Gericht angerufen werden kann. In Verbindung mit der Definition einer Straftat als ein strafrechtliches Delikt oder eine Handlung, die nach dem innerstaatlichen Recht des Anordnungsstaates als Zuwiderhandlung gegen Rechtsvorschriften geahndet wird, sofern gegen die Entscheidung ein auch in Strafsachen zuständiges Gericht angerufen werden kann,[44] wird deutlich, dass die Europäische Beweisanordnung nicht nur in Strafverfahren i.e.S. zur Anwendung kommen soll, sondern auch in Ordnungswidrigkeitenverfahren oder vergleichbaren Verfahren einsetzbar ist.

Handelt es sich um ein Verfahren im Sinne des RbEuBewAO, muss der Anordnungsmitgliedsstaat lediglich die in Teil II des Rahmenbeschlusses geregelten Voraussetzungen prüfen.

Art. 6 RbEuBewAO stellt eine Voraussetzungstrias auf. Zunächst müssen die mit der Beweisanordnung angeforderten Sachen, Schriftstücke oder Daten für eines der zulässigen Verfahren notwendig und für deren Zweck angemessen sein.[45] Das dürfte sich in den meisten Fällen leicht begründen lassen.

Des weiteren müssen die Gegenstände, deren Erlangung mit der Europäischen Beweisanordnung bezweckt wird, nach dem Recht des Anordnungsstaates unter ähnlichen Umständen erlangt werden können, als wenn sie im Hoheitsgebiet des Anordnungsstaats verfügbar wären, auch wenn gegebenenfalls andere prozessuale Maßnahmen Anwendung fänden.

Glaubt man den Erwägungsgründen zum RbEuBewAO, soll Art. 6[46] insbesondere einen Beitrag zum Schutz der Grundrechte leisten, da er wichtige Mindestschutzgarantien vorsieht. Mit der vorgenannten Voraussetzung für den Erlass einer Europäischen Beweisanordnung soll laut Erwägung 82 lit. b) verhindert werden, dass die Europäische Beweisanordnung zur Umgehung von Schutzmechanismen im einzelstaatlichen Recht des Anordnungsstaates verwendet wird, um bestimmte Sachen, Schriftstücke und Daten zu erlangen, beispielsweise rechtlich besonders geschütztes Material. Gleichermaßen wird aber betont, dass nicht „dieselben Verfahrensmaßnahmen" zur Verfügung stehen müssen, beispielsweise sogar die Eingriffsintensität

44 Vgl. Art. 2 lit. h) RbEuBewAO.
45 Vgl. Art. 6 lit. a) RbEuBewAO.
46 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 82, KOM (2003) 688 endg., S. 21.

so weit auseinanderfallen darf, dass in einem Staat Zwangsmaßnahmen zur Anwendung gelangen, während im anderen Staat eine Vorlagepflicht für den von der Europäischen Beweisanordnung Betroffenen besteht oder erlassen wird.

Vergleicht man aber die in Form von Erwägungsgründen dargelegten Ziele und die Ausformung der entsprechenden Regelung am vorangegangen Beispiel des Art. 6 RbEuBewAO, das ein Paradebeispiel für die gesamte Rahmenbeschlussrechtsetzung zur Umsetzung des Tampere-Maßnahmenprogramms ist, stechen ganz erhebliche Differenzen zwischen Ziel und Umsetzung ins Auge. Während in den Erwägungsgründen ein Bild gezeichnet wird, das Ausgewogenheit, Grundrechtsschutz und (Mindest-) Schutzgarantien in ihren schillerndsten Farben als Motiv hat, sind die Normen des Rahmenbeschlusses an sich häufig „schwammig" ausgestaltet und bezwecken in vielen Fällen ein konträres Ergebnis.

Das zeigt auch Art. 6 RbEuBewAO: Zunächst wird statuiert, dass unter allen Umständen die Umgehung von Schutzmechanismen im einzelstaatlichen Recht des Anordnungsstaats verhindert werden soll. Deshalb sollen die Gegenstände „unter ähnlichen Umständen" erlangt werden können, selbst wenn dafür „andere prozessuale Maßnahmen" Anwendung fänden. Was „ähnliche Umstände" sind, bleibt dabei völlig offen. Sie reichen damit schon dem Wortlaut nach sehr weit. „Ähnliche Umstände" lassen sich gerade mit Blick auf die nicht geforderte Identität prozessualer Maßnahmen leicht begründen. Eine Umgehung einzelstaatlicher Maßnahmen dürfte damit ebenso leicht sein. Im Ergebnis wird das angestrebte Ziel nicht oder nur in engen Grenzen erreicht. Sollte der Rahmenbeschluss im Dezember 2005 in dieser Form den Europäischen Rat passieren, bleibt nur noch zu hoffen, dass die Rechtsprechung die (behauptete) Schutzfunktion von Art. 6 lit. b) RbEuBewAO herausstellt und mittels restriktiver Auslegung realisiert.

In dieser Form führt der RbEuBewAO jedenfalls zu grotesken Ergebnissen. Man führe sich folgenden Sachverhalt vor Augen: *Der Tatverdächtige Z. deutscher Staatsangehörigkeit beauftragt Strafverteidiger Prof. P. mit seiner Verteidigung in einer in Deutschland anhängigen Betrugssache. Prof. P. wird tätig und legt sich eine Handakte an, in der er schriftliche Mitteilungen seines Mandanten über die Tat, Aktenvermerke über Mandantenbesprechungen und andere Verteidigungsunterlagen aufbewahrt. Kurz bevor die Hauptverhandlung in dieser Sache beginnt, begibt sich P in einen Kurzurlaub im Mitgliedsstaat F. Dafür nutzt er sein Sportflugzeug, in das er zwecks Vorbereitung der Hauptverhandlung im Urlaub auch seine Handakte legt, um sodann vom Flugplatz seines Wohnortes Westerstede nach F zu starten.*

Richter K am Amtsgericht Westerstede möchte nun eine Europäische Beweisanordnung erlassen, um an die im Ausland befindliche Handakte zu gelangen. Dem steht aber § 97 I i. V. m. § 53 I S. 1 Nr. 1 StPO entgegen, wonach Verteidigerunterlagen einer Beschlagnahmefreiheit[47] unterliegen. Hier greift Art. 6 RbEuBewAO und führt zur Unzulässigkeit der Europäischen Beweisanordnung.

Hingegen könnte im umgekehrten Fall die Anordnungsbehörde im Land F die Be-

47 *Meyer-Goßner* (Fn. 32), § 97, Rn. 36 ff.

schlagnahme von Verteidigerunterlagen in Deutschland erreichen, wenn es in F keine mit § 97 StPO vergleichbare Regelung gäbe. Deutschland müsste dann unter Verstoß gegen innerstaatliches Recht Verteidigerunterlagen beschlagnahmen und dem Mitgliedsstaat F übermitteln. Zwar findet sich in Titel III des RbEuBewAO und dort in Art. 12 Nr. 1 lit. c eine Regelung, wonach die Anordnungsbehörde umgehend zu unterrichten ist, wenn die Vollstreckungsbehörde feststellt, dass die Beweisanordnung in einer Weise vollstreckt **wurde**, die dem Recht des Vollstreckungsstaats zuwiderläuft. Die Formulierung „wurde" lässt eindeutig erkennen, dass der Vollstreckungsstaat trotz Verstoßes gegen das innerstaatliche Recht die Beweisanordnung vollstrecken soll und erst anschließend den Anordnungsstaat über die Rechtswidrigkeit zu informieren hat. Rätselhaft ist, was diese bloße Informationspflicht mit einer Schutzgarantie für die Vollstreckung, wie der Titel von Art. 12 RbEuBewAO suggeriert, zu tun hat. Darüber schweigen sich auch die Erwägungsgründe aus, die auch keinerlei Aufschluss darüber geben, wie die Anordnungsbehörde mit dieser Information umgehen soll. Sinn würde eine solche Regelung nur machen, wenn sie auf den Zeitraum vor der Vollstreckung gerichtet ist und dann noch eine Rücknahme der Europäischen Beweisanordnung o. ä. durch den Anordnungsstaat möglich wäre. Dann müsste die Formulierung allerdings durch „würde" ersetzt werden.

Dritte und letzte Voraussetzung der in Art. 6 normierten „Voraussetzungstrias" ist, dass die angeforderten Sachen, Schriftstücke oder Daten für das Verfahren, für das sie angefordert werden, zugelassen werden können (lit. c).

Wenn sich wesentliche Umstände nicht ändern und weitere, zuvor unbekannte Gegenstände erlangt werden sollen, ist gemäß Art. 9 Nr. 1 RbEuBewAO keine weitere Europäische Beweisanordnung erforderlich. In diesen Fällen kann eine sog. ergänzende Beweisanordnung erlassen werden, die keine erneute Prüfung aller Voraussetzungen erfordert. Es müssen lediglich die die ergänzende Beweisanordnung betreffenden Beweismittel benannt werden.

In den Fällen, in denen alle Voraussetzungen erfüllt sind, hat der Vollstreckungsstaat unter Wahrung der in Titel III benannten Verfahren und Schutzgarantien für den Vollstreckungsstaat die Europäische Beweisanordnung zu vollstrecken. Als bei der Vollstreckung einzuhaltende Mindestschutzgarantien nennt Art. 12 Nr. 1 RbEuBewAO die Wahl des mildesten Mittels (lit. a), die Beachtung der Selbstbelastungsfreiheit für natürliche Personen (lit. b) und die bereits angesprochene Informationspflicht bei Rechtswidrigkeit der Vollstreckung im Vollstreckungsmitgliedsstaat (lit. c). Sind eine Durchsuchung oder Beschlagnahme zur Erlangung der Beweismittel erforderlich, stellt Art. 12 Nr. 2 RbEuBewAO weitere „Schutzgarantien" auf. Durchsuchungen sollen im Regelfall nicht zur Nachtzeit beginnen (lit. a), bei Durchsuchungen hat die von der Maßnahme betroffene Person Anspruch auf ein schriftliches Durchsuchungsprotokoll und schriftliche Mitteilung über verfügbare Rechtsmittel (lit. b). Letzteres gilt auch für Durchsuchungen in Abwesenheit des Betroffenen. Durch Ablage der Mitteilungen im Durchsuchungsobjekt oder die Übermittlung durch andere Mittel soll diesem Erfordernis genügt werden (lit. c).

Art. 15 RbEuBewAO enthält einen Katalog an obligatorischen und fakultativen Versagungsgründen, der ein wenig an die Versagungsgründe des RbEuHb erinnern. So

ist die Vollstreckung einer Beweisanordnung zu versagen, wenn dies gegen das Doppelbestrafungsverbot verstoßen würde. Abgelehnt werden **kann** die Vollstreckung auch dann, wenn dies wegen eines Verfahrens in einem Drittstaat gegen das Doppelbestrafungsverbot verstoßen würde oder wenn ein Vorrecht oder Immunität der Vollstreckung entgegenstehen.

Die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit wird durch den RbEuBewAO faktisch abgeschafft. Unter keinen Umständen darf eine beiderseitige Strafbarkeit gemäß Art. 16 Nr. 2 RbEuBewAO geprüft werden, wenn eine Katalogtat des mittlerweile 39 Deliktsgruppen umfassenden Katalogs vorliegt. Dasselbe gilt für Fälle, in denen eine Durchsuchung privater Räumlichkeiten nicht notwendig ist. In allen anderen Fällen darf die Vollstreckung von der beiderseitigen Strafbarkeit nur dann abhängig gemacht werden, wenn diese unter die Übergangsregelungen der Art. 24 II und III RbEuBewAO fallen. Das sind allerdings eher Konstellationen „exotischerer Natur", die selten gegeben sein dürften.

Im Gegensatz zum RbEuHb sieht der RbEuBewAO in seinem Art. 19 Rechtsmittel für die von einer Europäischen Beweisanordnung Betroffenen vor. Wenn man Umfang und Einlegungsmöglichkeiten näher betrachtet, ist beides ernüchternd.

Zwar können alle Betroffenen Rechtsmittel sowohl im Anordnungsstaat, als auch im Vollstreckungsstaat einlegen. Das hat jeweils nach dem innerstaatlichen Recht des Staates, in dem das Rechtsmittel eingelegt wird, zu geschehen. Zugänglich sind die von den Mitgliedsstaaten näher auszuformenden Rechtsmittel allerdings nur bei Europäischen Beweisanordnungen, die mit Zwangsmaßnahmen vollstreckt worden sind. Gegen alle anderen Beweisanordnungen ist kein Rechtsmittel vorgesehen. Hinzu kommt, dass eine sachliche und rechtliche Überprüfung nur erfolgt, wenn das Rechtsmittel im Anordnungsstaat eingelegt wird. Erforderlich sind dafür Kenntnisse des innerstaatlichen Rechts im Anordnungsstaat. Das wiederum dürfte in verschiedener Hinsicht insbesondere unverteidigte Betroffene, aber auch die Rechtsbeistände selbst vor große Probleme stellen. Ein funktionierendes und für Ausgewogenheit sorgendes Rechtsmittelsystem lässt auch der RbEuBewAO vermissen.

Für den RbEuBewAO gilt in noch stärkerem Maße das, was schon für den RbEuHb galt: Elementare Rechtsgrundsätze werden ausgeklammert, Rechte der Betroffenen weitgehend verkürzt und Strafverfolgungsbehörden ungleich gestärkt.

V. Stellungnahme

Allein an diesen beiden bislang bedeutendsten Rahmenbeschlüssen zeigt sich die erhebliche Bandbreite der Probleme bei der Harmonisierung des Strafverfahrensrechts auf europäischer Ebene.

Das zentrale Instrument der Harmonisierungsbemühungen, das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, muss im Ergebnis als unbrauchbar bezeichnet werden. Unbrauchbar ist es sicherlich nicht, wenn man lediglich einen einheitlichen europäischen Strafverfahrensrechts-Standard erreichen möchte. Doch der Glaube, mit dem

Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ein hohes Harmonisierungsniveau im Bereich des Strafverfahrensrechts zu erreichen, ist ein Irrglaube. Denn das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung führt zurzeit dazu, eine Parallel-Straf(verfahrens-) rechtsordnung zu konstituieren, die die einzelnen Mitgliedsstaaten teilweise dazu zwingt, im Rahmen des Anwendungsvorrangs nationalem Recht entgegen zu handeln. Nun könnte man dem entgegenhalten, dass die Mitgliedsstaaten an diesem Umstand selbst Schuld sind. Schließlich hätten sie ja die Vorgaben der einzelnen Rahmenbeschlüsse voll umfänglich ins nationale Recht umsetzen und damit auch einen nationalen (europäischen) Standard erreichen können. Wer so argumentiert, verkennt allerdings die Auswirkungen des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung und vermischt die Wirkung von Rahmenbeschlüssen auf einer Rechtsetzungsebene und dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung auf einer unmittelbaren Wirkungsebene. Denn die bislang verabschiedeten Rahmenbeschlüsse liefern vorwiegend vereinheitlichte Instrumente zur Strafverfolgung, ohne dabei einem Gesamtkonzept für ein europäisches Strafverfahrensrecht zu folgen. Welchem auch? Diese Instrumente werden dann auch (zwangsläufig) in die innerstaatlichen Rechtsordnungen implementiert – die Rechtsetzungsebene. Verbunden sind damit eng die Auswirkungen des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung – die Wirkungsebene. Letztere Ebene ist die Schwachstelle im System. Hier kollidieren die noch lange nicht harmonisierten Rechtsordnungen und -systeme der einzelnen Mitgliedsstaaten, deren Grundsätze, Normen und Rechtsfiguren dann ohne weitere Prüfungs- und Eingriffsmöglichkeit gegenseitig anerkannt werden müssen.

Der „Ausweg" über einheitliche „Delikte" in den Deliktsgruppen läuft aus demselben Grunde leer. Zudem ist die schleichende Errichtung eines materiellen europäischen Strafrechts auf diesem Wege fragwürdig. Zum einen überschreitet das die Ziele und Kompetenzen im Bereich der „dritten Säule". Andererseits dürften die demokratische Legitimation der Deliktskataloge und deren Umsetzung ins nationale Recht problematisch sein. Schließlich ist es die ureigenste Aufgabe eines jeden Mitgliedsstaates, darüber zu entscheiden, welche Verhaltensweisen strafbewehrt sein sollen und welche nicht. Nicht nur die deutschen Gesetzgebungsorgane sollten sich vor dieser Entwicklung hüten, um nicht ihre demokratische Verantwortung zu verraten und auf eine damit nicht zu vereinbarende Rolle als „Lakai" von Brüssel zu schrumpfen.[48] Das bringt auch zu Recht der Beschwerdeführer im anhängigen Verfassungsbeschwerdeverfahren[49] zum Europäischen Haftbefehlsgesetz vor.

Insgesamt entsteht der Eindruck, dass der Gedanke der Anerkennung bisweilen gezielt zu einer Ausdehnung des Strafrechts und dazu benützt wird, die als überbordend empfundenen Verteidigungsrechte im Strafprozess auf ein zuträgliches Maß zurückzustutzen.[50]

Es führt in vielen Konstellationen zu grotesken Ergebnissen, öffnet Tür und Tor für

48 *Schünemann* (Fn. 38), S. 533.

49 Fn. 40.

50 *Fuchs*, Bemerkungen zur gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen, ZStW 116 (2004), S. 368, 371.

die Umgehung von innerstaatlichen Schutzmechanismen und untergräbt wertvolle Rechtsgrundsätze in den Mitgliedsstaaten. Folge ist eine Stärkung aller Strafverfolgungsbehörden. Diese können effektiver und schneller arbeiten. Effektivität und Beschleunigung scheinen insgesamt Antrieb der Rahmenbeschlussrechtsetzung zu sein. Eingriffsschwellen und Begründungserfordernisse werden herabgesetzt, Rechtsmittelsysteme verschlankt bzw. abgeschafft, um in möglichst kurzer Zeit eine Maßnahme effektiv zu vollziehen.

Bemühungen, Strafverfahren effektiver und schneller zu gestalten, sind wichtig und gut. Dafür ist aber ein wohl überlegtes Gesamtkonzept erforderlich, das nicht nur den „kleinsten gemeinsamen Nenner" aller Mitgliedsstaaten widerspiegeln darf, sondern ein höchstmögliches Niveau an Ausgewogenheit zwischen diesen Zielen und den Rechten der Betroffenen verwirklichen muss. Interessen der Strafverfolgungsbehörden müssen in Einklang gebracht werden mit den ebenso wichtigen Rechten der Betroffenen. Mindestschutzgarantien dürfen sich nicht am Mindestmaß bewegen und lediglich das wiedergeben, was die EMRK sowieso schon an Schutz bereithält. Das alles zeigt, dass ein umfassendes Konzept erforderlich ist, das alle Interessen berücksichtigt und zunächst weitgehend abschließend sein muss.

Umgesetzt werden kann ein solches einheitliches europäisches Strafverfahrensrecht aber nicht mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Das Gesamtkonzept muss von allen Mitgliedsstaaten vollständig durch Angleichung des innerstaatlichen Rechts übernommen werden. Bis dahin dürfte es allerdings ein weiter Weg sein. Einigkeit über ein solches Vorhaben zu erzielen ist zugegebenermaßen schwer.

Das alles rückt aber in weite Ferne, wenn man die Auswirkungen der derzeitigen Bemühungen – von Konzept zu sprechen wäre übertrieben – betrachtet.

Häufig geraten Betroffene mangels entsprechender prozessualer Handlungsmöglichkeiten in die Rolle eines passiven Verfahrensobjekts. Dabei wird ebenso in Kauf genommen, dass im Rahmen der gegenseitigen Anerkennung justitieller Entscheidungen ein Vollstreckungsstaat gegen sein eigenes innerstaatliches Recht verstoßen muss und damit häufig weitreichende Rechtsgrundsätze verletzt. Solche Rechtsverletzungen bleiben jedoch ohne Folgen – zumindest setzt sich die Rahmenbeschlussrechtssetzung damit nicht auseinander.

Insgesamt erscheint das Procedere der Umsetzung des Tampere-Maßnahmenprogramms befremdlich. Am Anfang aller Maßnahmen stehen der Europäische Haftbefehl und die Europäische Beweisanordnung. Das sind zwei gleichermaßen eingriffsintensive Maßnahmen. Beschuldigtenrechte, wichtige Verfahrensgrundsätze oder Schutzgarantien hingegen werden zunächst nicht normiert. Diese fallen möglicherweise Effektivitätsgedanken zum Opfer. So kann Rechtsharmonisierung nicht funktionieren.

Das zur demokratischen Legitimation der Deliktskataloge Gesagte gilt für die gesamte durch Rahmenbeschlüsse hervorgerufene Entwicklung im Straf- und Strafverfahrensrecht: Die Rahmenbeschlussrechtsetzung ist bereits in ihrer parlamentarischen Legitimation fragwürdig. Denn jeder Rahmenbeschluss wird vom Europäischen Rat verabschiedet, der sich aus Regierungsmitgliedern der Mitgliedsstaaten zu-

sammensetzt. In der Regel entscheiden also Fachminister über diese Maßnahmen. Das Europaparlament wird lediglich angehört, entscheidungsbefugt ist es nicht. Zu einer parlamentarischen Entscheidung kommt es also nicht. Das greift in erheblichem Maße in die Souveränität der Mitgliedsstaaten ein, die die Rahmenbeschlüsse umzusetzen haben und lediglich in der Wahl von Form und Verfahren frei sind.

Das alles ist aber nur ein Auszug der gesamten Problematik rund um das Europäische Strafverfahrensrecht. Bezöge man die Planungen hinsichtlich eines Europäischen Staatsanwalts und anderer Institutionen ein, würde man schnell auf viele andere Probleme stoßen – beispielhaft sei nur das sog. „forum shopping"[51] genannt.

Doch bei allem muss man sich dem Schluss *Schünemanns* anschließen: Es wäre falsch, wegen dieses Befundes zu resignieren und die europäische Partie bereits verloren zu geben, denn gegen die Stimme der deutschen Bundesregierung wird der bisherige Pfad der Europäisierung kaum fortzusetzen sein; und hier muss deshalb die Überzeugungsarbeit der Wissenschaft intensiviert werden.[52] Nur durch ständige Achtsamkeit und ausführliche Reaktion von Wissenschaft und Strafverteidigung kann ausreichend und effektiv Einfluss auf die weitere Entwicklung genommen werden. Tragisch wäre es, wenn man in einigen Jahren *Hassemers* Einschätzung wiederholen müsste, wonach sich die deutsche Strafrechtswissenschaft in Wahrheit niemals an einem der Bahnhöfe, an welchen der europäische Zug abgefahren ist oder auch nur angehalten hat, befand.[53]

Die Option, noch auf den ins Rollen gekommenen europäischen Strafrechtszug aufzuspringen, um die eine oder andere Weichenstellung anregen zu können, besteht nach wie vor.[54]

Insbesondere die Bundesregierung und das Parlament, aber auch die Gremien auf europäischer Ebene sind aufgefordert, sich sorgsamer und ausgeglichener mit dieser Thematik zu befassen. Mit heißer Nadel gestrickte Konzepte werden nur eine geringe Lebensdauer haben. Entschlossenere Schritte als bisher[55] würden der ganzen Entwicklung zuträglich sein und vielleicht auch dazu führen, dass die Chancen eines Europäischen Strafverfahrensrechts deutlicher werden und verwirklicht werden.

51 *Nestler* (Fn. 12), S. 341.

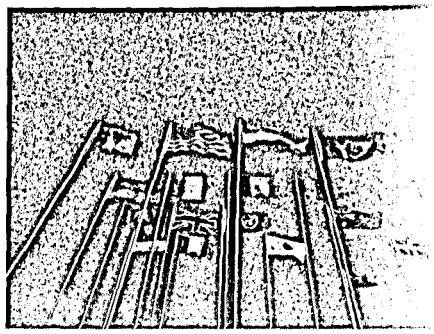
52 *Schünemann* (Fn. 38), S. 514.

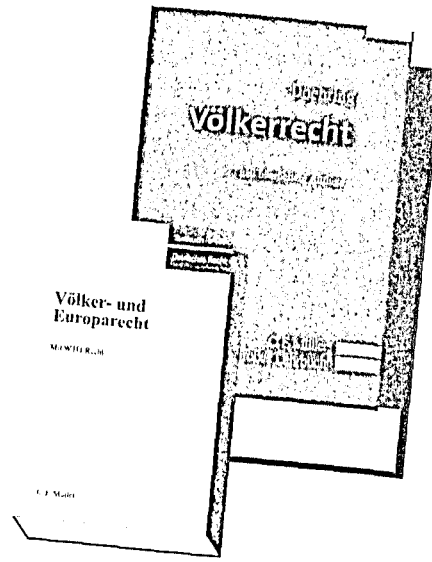
53 *Hassemer*, Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag, ZStW 116, (2004), S. 304, 305.

54 *Hefendehl*, Strafvorschriften zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union: Gestalten, korrigieren oder verweigern?, in: Lüderssen-FS, 2002, S. 411, 423.

55 *Hassemer* (Fn. 53), S. 318.

Viele Völker – ein Recht?!





Völkerrecht

Ein Lehrbuch
Von Prof. Dr. Dres. h.c. Karl Doehring, Heidelberg.
2., neu bearbeitete Auflage 2004. XIX, 557 Seiten. Gebunden.
€ 75,- ISBN 3-8114-0834-8
(C. F. Müller Großes Lehrbuch)

Die Zweite Auflage:
Das Werk trägt den neuesten völkerrechtlichen Entwicklungen Rechnung. Davon betroffen sind insbesondere Interpretation und Bedeutungswandel auch von Grundprinzipien. Seit der ersten Auflage haben sich zahlreiche Spezialgebiete des Völkerrechts fortentwickelt, beispielhaft seien genannt: Das Recht der internationalen und supranationalen Organisationen, die Verstärkung der Menschenrechte, der Bürgerkrieg und die Terroristenbekämpfung als Modifikation des traditionellen Krieges, die Grenzen des Gewaltverbotes, Verantwortlichkeit der Staaten, das internationale Strafrecht, Umweltschutz und Wirtschaftsrecht. Hier ergibt sich eine Wechselwirkung zwischen allgemeinem und speziellem Völkerrecht, die in diese Institutionenlehre eingearbeitet wurde.

Pressestimme:
„... Völkerrecht ist ein in sich schlüssiges, wichtiges, zukunftsweisendes, nüchtern-sachliches und doch engagiert geschriebenes Buch, ein opus magnum, zu dem man dem Autor gratulieren kann und dem man viele Leser wünschen möchte."
Prof. Dr. Dr. h.c. Ingo von Münch in: JZ 6/2000

Völker- und Europarecht

Mit WTO Recht
Von Prof. Dr. Rolf Schwartmann, Köln.
2., neu bearbeitete Auflage. 2005.
XV, 824 Seiten. Kartoniert. € 19,50
ISBN 3-8114-3434-9
(Textbuch Deutsches Recht)

Die Sammlung enthält eine Zusammenstellung von vorlesungs- und klausurrelevante Texten zum Völker- und Europarecht, einschließlich des WTO-Rechts. Eine ergänzende Auswahl von vertiefenden Dokumenten, die in den jeweiligen Vorlesungen nicht regelmäßig behandelt werden, ist über die Homepage des C. F. Müller Verlags kostenlos in das Werk eingebunden. In dieser Form kann eine umfassende Auswahl von für die Wahlfachgruppe „Völker- und Europarecht" ausbildungsrelevanten Texten erstmals in einem kompakten Band angeboten werden.

70331186

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

C.F. Müller
www.cfmueller-verlag.de

Reaktionen von Lesern

Prof. em. Dr. Dres. h.c. Karl Doehring
eh. Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Mich hat erstaunt, mit welcher Vereinfachung der Autor Menschenwürde mit Recht auf Leben kombiniert. Es bestehen starke Bedenken gegen eine Überstrapazierung des Begriffs der Menschenwürde, ausgerichtet auf extremen Individualschutz. Das gilt auch für Art. 2 GG. Ist es mit der Menschenwürde vereinbar, wenn derjenige, der sich auf sie beruft, anderen zumutet, sich und seine Familie unter „Verzicht" auf die eigene Menschenwürde zu verteidigen? Oder, mit anderen Worten, ist derjenige würdelos, der Söldner bezahlt, damit er sein „würdiges" Leben fortsetzen kann?

Die allgemeine Wehrpflicht entstand in der ersten französischen Republik unter der Vorstellung, dass es unwürdig wäre, sich der Last der Landesverteidigung zu entziehen. Freiwillige, so scheint es doch, verzichten nicht auf ihre Menschenwürde, sondern können für sich in Anspruch nehmen, dass sie ihrer Würde als Schützer des Gemeinwesens in besonderem Maße bewusst sind, denn sie übernehmen die Lasten derjenigen, die dazu nicht bereit sind. Was ist „würdiger", eine Last für die Allgemeinheit zu übernehmen, oder sich auf die individuelle Würde des Freiheitsgebrauchs zu berufen? Natürlich ist der Staat für den Menschen da und kein Selbstzweck. Aber wofür ist der Mensch verantwortlich, wenn nicht auch dafür, diejenigen zu schützen, die zum Selbstschutz nicht in der Lage sind? Das ist der Sinn der Feststellung, dass der Mensch, ob er will oder nicht, ein *zoon politikon* ist und bleibt.

Nach der Charta der Vereinten Nationen (Art. 51) ist die Notwehr (self-defense) ein naturgegebenes Recht (inherent right) jedes Volkes und jedes Menschen im Rahmen der Anerkennung allgemeiner Menschenrechte. Man kann auf die Ausübung der Notwehr verzichten, was jeder mit sich selbst ausmachen mag, aber kann man die ethische Pflicht der Nothilfe für andere unter Berufung auf die eigene Menschenwürde abschütteln? Wenn das richtig wäre, wäre der Verteidigungskampf eines Wolfrudels zum Schutze der gesamten Meute von höherer Ethik als die Berufung eines Menschen auf seine Menschenwürde zur Erhaltung der individuellen Unantastbarkeit.

So hat auch die Formel von Kant, wonach der Mensch niemals zum Objekt gemacht werden darf, für ein Gemeinwesen unbeschränkt niemals gegolten. Vielleicht sollte der Verfasser nochmals über das Wort Schillers nachdenken: „Das Leben ist der Güter höchstes nicht, der Übel größtes aber ist die Schuld." Die fast mechanische Gleichsetzung von Menschenwürde und Recht auf Leben ist eine gefährliche Vereinfachung.

Maximilian Olaf Bauer
Verfasser des Beitrages „Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit im Bundeswehreinsatz“

Sehr geehrter Herr Professor Doehring,

vielen Dank für Ihre Bemerkungen zu meinem Artikel „Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit im Bundeswehreinsatz“, über die ich mich sehr gefreut habe. Auf die eigene Arbeit Resonanz zu bekommen, ist immer bedeutend und fast eine Ehre, wenn sie aus so namenhafter Feder fließt. Ihre Bemerkungen waren mir eine Anregung, das Thema noch einmal zu bedenken. Erlauben Sie mir daher, Ihnen Folgendes zu antworten:

Ich habe Ihre Kritik dahingehend verstanden, dass Sie eine unmittelbare Anreicherung des Wesensgehalts von Art. 2 II S. 1 GG mit dem unantastbaren Achtungsanspruch der Menschenwürdegarantie als Vereinfachung betrachten und die ausschließliche Konzentration einer Menschenwürdeinterpretation auf den Aspekt des Individualrechtsschutzes ablehnen.

Auf das konkrete Thema meines Artikels gewendet führen Sie die Begründung an, dass die allgemeine Wehrpflicht in Anbetracht ihrer historischen Verwurzelung durchaus Ausfluss des Menschenwürdegedankens sein kann und nach der gleichen gedanklichen Konzeption Berufssoldaten, die sich freiwillig zum Dienst in den Streitkräften verpflichten, dadurch nicht auf ihre Menschenwürde verzichten, sondern in der Abwehr existentieller Bedrohungen für das Gemeinwesen unter Einsatz des eigenen Lebens gerade besonders „menschenwürdig“ handeln. Grundlage Ihrer Argumentation scheint mir der auch vom Bundesverfassungsgericht immer wieder betonte Gedanke zu sein, dass der Mensch prinzipiell der Gemeinschaft verpflichtet sei. Diesen Gedanken sichern Sie durch die Annahme fundamentaler ethischer Bindungen des menschlichen Lebens ab, die die menschliche Diskontinuität mit der Kontinuität „höchster Güter“ verbinden. In diesem Sinne verstehe ich das treffende Schiller-Zitat.

Ihre Gedanken zum Verhältnis von Menschenwürde und Lebensrecht rufen mir zunächst die Tradition der dignitas-Konzeption Ciceros in Erinnerung, in welcher der Begriff der Menschenwürde ursprünglich die Anerkennung eines gelungenen öffentlichen und privaten Lebens, eine herausragende charakterliche Identität, die Verkörperung von Tugend und politischer Persönlichkeit bezeichnete.

Ein solcher Ansatz hat auch mich beim Schreiben meines Artikels durchaus beschäftigt. So komme ich zu dem Ergebnis, dass der in der Entsendung eines Soldaten in einen militärischen Einsatz unter Auferlegung einer Tapferkeitspflicht liegende staatliche Eingriff in den durch Art. 2 II S. 1 GG geschützten status negativus nur auf der Grundlage der freiwilligen Begründung des Dienstverhältnisses verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Dem liegt allerdings keine Festlegung auf eine bestimmte Theorie voraus, wie das Verhältnis von Lebensrecht und Menschenwürdegarantie

zu bestimmen ist. Da mich bis heute keine diesbezügliche Konzeption zufrieden stellen konnte, habe ich mich auch in meinem Artikel nicht für einen Ansatz entschieden, sondern lediglich festgestellt, dass selbst wenn man den Wesensgehalt des Art. 2 II S. 1 GG als Garantie für den einzelnen Grundrechtsträger betrachtet und ihn zudem mit dem Menschenwürdegehalt des Lebensrechts identifiziert, so dass die Schranke des Art. 2 II S. 3 GG leer läuft, selbst wenn man also einen Ansatz der klaren Ausrichtung auf individuellen Grundrechtsschutz wählt, man doch zu einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des staatliche Eingriffs durch und auf der Grundlage von § 7 Soldatengesetz kommen kann. Wesentlich hierfür ist die autonome Entscheidung des einzelnen Bürgers.

Auf Seite 67 meines Artikels schreibe ich: „Hier sollte jedoch bedacht werden, dass ein Handeln, Dulden oder Unterlassen, das die Menschenwürde verletzte, wenn es mit den Zwangsmitteln des Staates veranlasst wäre, auf der Basis der Freiwilligkeit auch *Ausdruck dieser Würde* sein kann."

Dass ich diese Thematik der Freiwilligkeit unter dem Oberbegriff des Grundrechtsverzichts behandle, hat Ihre Kritik, wenn ich Sie richtig verstanden habe, wesentlich evoziert und führt, wie ich meine, auch zum Kern des Dissenses. Die dogmatische Ebene des Grundrechtsverzichts wird nämlich in meiner Darstellung nur deshalb erreicht, weil ich zuvor zu dem Ergebnis gekommen bin, den speziellen Grundrechtseingriff der Normierung der allgemeinen Wehrpflicht als verfassungswidrig betrachten zu müssen. Dieses Ergebnis ist jedoch nicht in erster Linie einer besonderen Verknüpfung des Grundrechts auf Leben mit der Menschenwürdegarantie geschuldet, sondern eher staatstheoretischen Überlegungen zum Thema Krieg und Freiheit.

Ausgangspunkt der staatstheoretischen Überlegungen meines Artikels war, dass das Bundesverfassungsgericht der funktionsfähigen bzw. wirkungsvollen Landesverteidigung Verfassungsrang zugebilligt und damit einen normativen Gestaltungsanspruch deutlich den faktischen Erfordernissen des Militärischen untergeordnet hat. Dies ist angesichts der kulturhistorischen und staatstheoretischen Zusammenhänge zwischen dem Fundamentalprinzip des Gewaltverbots und der Rechtsidee durchaus erstaunlich.

Noch erstaunlicher ist der Umstand, dass gerade die Vertreter einer liberalen Staatsauffassung häufig das Dilemma leugnen, die Existenzfähigkeit des Staates und das Lebensrecht des einzelnen Bürgers in ein Abwägungsverhältnis bringen zu müssen, wenn der Zwang einer allgemeinen Wehrpflicht normiert wird. Das zu deren Verteidigung in der Regel angeführte do-ut-des-Verhältnis von Staat und Bürger, die Gewähr von Freiheit und Schutz gegen die Verpflichtung, den Staat als Garanten der Individualrechte im existentiellen Notfall zu verteidigen, greift jedoch gerade auf der Ebene des Individuums zu kurz. Für den betroffenen Soldaten im Einsatz entfällt nämlich die den staatlichen Zwang rechtfertigende Schutzleistung, das gedachte Vertragsverhältnis löst sich auf und zeigt seinen tatsächlichen Charakter der Subordination. Eine staatstheoretische Rechtfertigung der allgemeinen Wehrpflicht kann damit nur noch gelingen, wenn der staatlichen Existenz gegenüber der Existenz des Individuums ein höherrangiger Eigenwert zugesprochen wird. Dies ist jedoch angesichts

der rechtshistorischen Motivation des Art. 2 II S. 1 GG und seines Charakters als historische Antwort auf das Unrecht des nationalsozialistischen Deutschland nicht annehmbar.

An dieser Stelle kommt nun der Aspekt der Freiheit ins Blickfeld. Gemäß ihres grundlegenden Konstruktionsprinzips der Freiheitsberechtigung vertraut die freiheitliche Demokratie auf die prinzipielle Fähigkeit des einzelnen Bürgers, seine Freiheiten positiv wahrzunehmen, dass heißt, sich an der Realisierung von Gesellschaft zu beteiligen. Wenn nun *Böckenförde* die These formuliert, dass der freiheitliche Staat im Hinblick auf seine ideellen Grundlagen von Voraussetzungen lebt, die er nicht selbst garantieren kann, ohne seine Freiheitlichkeit in Frage zu stellen, muss dies konsequenterweise auch für die Bereitschaft des Bürgers gelten, notfalls den eigenen Staat mit der Waffe zu verteidigen. Gerade in existentiellen Bedrohungslagen ist damit der freiheitliche Staat, wie sonst auch, auf die freiwillige Subjektivität seiner Bürger angewiesen. Es zeigt sich damit einmal mehr der häufig verdrängte idealistische Kern des Liberalismus.

Aufgrund dieser gedanklichen Herleitung konnte ich entsprechend der staatsrechtlichen Dogmatik nur auf der Ebene des Grundrechtsverzichts zu einer Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs durch die Entsendung eines Soldaten in einen Einsatz unter Auferlegung der Tapferkeitspflicht des § 7 Soldatengesetz kommen. Diese Rechtfertigung auf der Ebene des Grundrechtsverzichts bedeutet wie dargelegt allerdings nicht, dass ich ausschließen möchte, dass der Entschluss zum freiwilligen Dienst in den Streitkräften Ausdruck der Menschenwürde sein kann.

Mit diesen Ausführungen habe ich versucht zu erläutern, dass es mir bei meiner Untersuchung weniger um das unmittelbare Verhältnis des Grundrechts auf Leben und der Menschenwürdegarantie ging, sondern um das Thema der Normierung des Lebensrechts in einer freiheitlichen Staatsordnung. Und unter allerdings strenger Beibehaltung der Perspektive der Freiheit bin ich auch gerne bereit, Ihre Anmerkungen zum Begriff der Menschenwürde als Anregungen anzunehmen. Denn der Menschenwürdesatz des Grundgesetzes kann sicherlich die staatstheoretisch immens bedeutsame und gesellschaftspolitisch unbequeme Funktion übernehmen, an die ethische Selbstverpflichtung des freiheitsberechtigten Bürgers zu erinnern, seine Fähigkeiten auch in tätiger Solidarität gegenüber seinen Mitbürgern zu verwirklichen. Die historische Erfahrung zeigt jedoch, dass gesellschaftliche Solidarität sich dann am nachhaltigsten etablieren kann, wenn der individuelle Beitrag zum Gemeinwohl einer im Rahmen größtmöglicher Freiheit gewachsenen Überzeugung entspringt, und nicht in erster Linie staatlichem Zwang geschuldet ist.

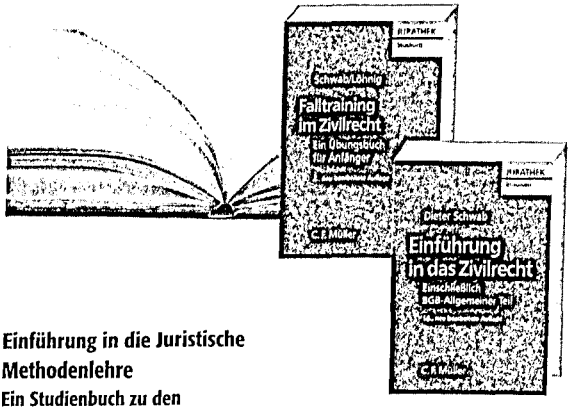
Vor diesem Hintergrund und auch in Anbetracht Ihrer wichtigen Anmerkungen zur auf *Immanuel Kant* zurückgehenden Objektformel – *Kant* verdeutlicht mehrfach, dass der Mensch nicht zum bloßen Mittel degradiert werden dürfe – halte ich Ansätze für beachtenswert, die die klassische Objektformel zur Bestimmung des Schutzgehaltes der Menschenwürdegarantie gewissermaßen durch eine Subjektformel ergänzen. Dabei kann es natürlich nicht um die aktuelle persönliche Würderealisierung gehen, sondern um die normative Gestaltung einer existentiellen Subjektstel-

lung jedes einzelnen Menschen, die auch die freiheitsverpflichtete Position des demokratischen Staates berücksichtigt, prinzipiell der Potentialität des Menschen zum guten Gebrauch seiner Fähigkeiten zu vertrauen.

So bleibt mir nur, dem Tugendpathos Ihres Schiller-Zitats mit durchaus nicht ironischem Freiheitspathos und in Anlehnung an *Federico Fellini* zu antworten: Das erbärmlichste Leben in Freiheit ist besser als eine von unbedingtem Zwang absorbierte Existenz.

Die Methodik-Beiträge der StudZR können online leider nicht zur Verfügung gestellt werden.
Die StudZR-Redaktion bittet diesbezüglich um Ihr Verständnis.

Die Jurathek im Zivilrecht



Einführung in die Juristische Methodenlehre
Ein Studienbuch zu den Grundlagenfächern Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie
Von Prof. Dr. Hans-Martin Pawlowski, Mannheim. 2., neu bearbeitete Auflage 2000. XV, 217 Seiten. € 22,50.
ISBN 3-8114-2243-X

Allgemeiner Teil des BGB
Grundlehren des bürgerlichen Rechts
Von Prof. Dr. Hans-Martin Pawlowski, Mannheim. 7., neu bearbeitete Auflage 2003. XXIV, 497 Seiten. € 32,-.
ISBN 3-8114-1851-3

NEU Einführung in das Zivilrecht
Einschließlich BGB - Allgemeiner Teil
Von Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Schwab, Regensburg. 16., neu bearbeitete Auflage 2005. XXV, 470 Seiten.
€ 22,50. ISBN 3-8114-9034-6

NEU Falltraining im Zivilrecht
Ein Übungsbuch für Anfänger
Von Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Schwab, Regensburg, und Wiss. Ass. Dr. Martin Löhnig, Regensburg.
2., neu bearbeitete Auflage 2005.
IX, 166 Seiten. € 14,50.
ISBN 3-8114-7323-9

Das Schuldverhältnis
Eine systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts
Von Prof. Dr. Eike Schmidt, Bremen.
2004. XIV, 183 Seiten. € 14,-.
ISBN 3-8114-9031-1

Fälle zum Neuen Schuldrecht
Von Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb; Dr. Arnd Arnold; Wolfgang Dötsch; Volker Kitz, alle Köln.
2002. XXXII, 335 Seiten. € 17,-.
ISBN 3-8114-0835-6

Anwaltliche Vertragsgestaltung
Methodische Anleitung zur Fallbearbeitung im Studium
Von RA Prof. Dr. Gerald Rittershaus, Mannheim und Dr. Christoph Teichmann, Heidelberg.
2., neu bearbeitete Auflage 2003.
XXVI, 295 Seiten. € 18,-.
ISBN 3-8114-1823-8

Familien- und Erbrecht mit ausgewählten Verfahrensfragen
Ein fallbezogenes Examinatorium
Von Prof. Dr. Andreas Roth, Mainz.
3., neu bearbeitete Auflage 2003.
XVI, 222 Seiten. € 18,50.
ISBN 3-8114-1824-6

NEU Recht der Arbeitnehmermitbestimmung
Betriebsverfassung, Personalvertretungsrecht, Unternehmensmitbestimmung
Von Prof. Dr. Stefan Edenfeld, Münster. 2., neu bearbeitete Auflage 2005. XIX, 251 Seiten. € 22,-.
ISBN 3-8114-7333-6

70331193-2

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

C.F. Müller
www.cfmueller-verlag.de