Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Prof. Dr. Monika Jachmann/Klaus Liebl
System der Besteuerung stiller Reserven in der Einkommensteuer 195

Laura Vásárhelyi-Nagy
Die Bestimmung des Gesellschaftsstatus: Der Kampf zwischen Sitztheorie und Gründungstheorie 219

Heinrich Nemeczek
Systemkonformität und Wertungskonkordanz einer vertragsrechtlichen Bestätigungslösung bei unerlaubter Telefonwerbung 241

Methodik

Ruben Martini
Klausur im Grundlagenfach Rechtsvergleichung – Wahlrecht als „legal transplant" 257

Rechtsprechungsanalyse

Prof. Dr. Schäfer, LL.M.
Die Vindikation im englischen Privatrecht
Zehn Jahre Foskett v. McKeown 275

Dr. Christian Förster
Stimmrechtsausschluss gem. § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG bei organübergreifender Pflichtverletzung – Anmerkung zu *BGH* II ZR 166 bis 169/07 – 297

Tristan Barczak
„Keine Freiheit für die Feinde der Freiheit?" – Das *Bundesverfassungsgericht* in der selbst verschuldeten Zwickmühle zwischen Sonderrechtsverbot und Friedlichkeitsgebot 309

Rezensionen

Buchrezension zu *Friedrich Klein-Blenkers*, Rechtsformen der Unternehmen *(Till Wansleben)* 323

Buchrezension zu *Markus Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht *(Frederic Erdt)* 327

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

ein ehrenamtliches Projekt wie die Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg (StudZR) lebt vom Engagement und von den innovativen Ideen aller Beteiligten. Der Erfolg der StudZR und ihre deutschlandweite Verbreitung sowie die ständige konzeptionelle Verbesserung der Zeitschrift in den vergangen sechs Jahren ist maßgeblich auf den Einsatz von engagierten Studenten zurück zu führen, denen ich an dieser Stelle für ihren Einsatz und ihre Ideen danken möchte. Insbesondere *Louisa Hansen*, die in den vergangenen vier Jahren in verschiedenen Positionen, zuletzt als Chefredakteurin, die StudZR in hohem Maße geprägt hat, danke ich herzlich für ihren Einsatz.

Ich freue mich, als nachfolgende Chefredakteurin auf dem von meinen Vorgängern geschaffenen Fundament aufbauen zu können. Mein besonderes Anliegen ist es, Studenten die vielfältigen Möglichkeiten näher zu bringen, die die StudZR ihnen bietet, sei es als Autoren, als Redaktionsmitglieder oder als Leser. Studentischen Autoren bietet die StudZR die in dieser Form einzigartige Möglichkeit, schon während ihres Studiums wissenschaftlich zu publizieren. Als Redaktionsmitglieder haben Studenten die Möglichkeit, Verantwortung zu übernehmen und aktiv bei der Gestaltung einer wissenschaftlichen Zeitschrift von der Autorenbetreuung bis zur Drucklegung mitzuwirken. Ihren studentischen Lesern bietet die StudZR mit Aufsätzen, Urteilsanmerkungen und methodischen Beiträgen eine umfassende, abwechslungsreiche und aktuelle Ergänzung zu Lehrbüchern und Vorlesungsinhalten und hilft bei einer fundierten Vorbereitung auf die beiden juristischen Staatsexamina.

Im Lichte dieses Anliegens steht auch die aktuelle Ausgabe 2/2010. Im Aufsatzteil geben *Prof. Dr. Monika Jachmann* und *Klaus Liebl* einen umfassenden Einblick in die Besteuerung stiller Reserven im Einkommensteuerrecht. Daran anschließend folgt mein Beitrag zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts, der einen Überblick über das Gesellschaftskollisionsrecht bietet. Der Beitrag von *Heinrich Nemeczek* zur Systemkonformität und Wertungskonkordanz einer vertraglichen Bestätigungslösung bei unerlaubter Telefonwerbung befasst sich mit der Diskussion der vom Bundesrat im Rahmen der Beratung zum Telefonwerbungsbekämpfungsgesetz vorgeschlagenen „Bestätigungslösung". Im Methodikteil bietet der Beitrag von *Ruben Martini* Studenten und Doktoranden eine grundlegende Einführung in die für das Verfassen rechtsvergleichender Seminar- und Schwerpunktarbeiten und Dissertationen grundlegende Arbeitsweise der Rechtsvergleichung. Ebenfalls einen rechtsvergleichenden Schwerpunkt hat die Urteilsrezension von *Prof. Dr. Frank L. Schäfer* zur Vindikation im englischen Privatrecht. Die Urteilsbesprechung von *Dr. Christian Förster* zum Stimmrechtsausschluss gem. § 49 Abs. 4 S. 1 GmbHG greift ein insbesondere für gesellschafts- und unternehmensrechtliche Schwerpunktbereiche relevantes Thema auf.

Abgerundet werden die Urteilsanalysen mit dem Beitrag von Tristan Barczak zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Versammlungsrecht und Staatsschutzstrafrecht.

Eine anregende Lektüre wünscht

Laura Vásárhelyi-Nagy
(Chefredakteurin der StudZR)

Geleitwort

Mit dem Heft 2/2010 befindet sich die StudZR bereits mitten in ihrem siebten Jahrgang. Das als Novum mit experimentellem Charakter begonnene Projekt einer von Studierenden in Kooperation mit Mitgliedern des (vor allem) Heidelberger Lehrkörpers herausgegebenen Fachzeitschrift blickt auf eine beeindruckende Erfolgsgeschichte zurück. Zwar haben äußeres Format, inhaltliche Konturierung und personelle Führung im Laufe der Zeit einen kontinuierlichen Wandel erfahren. Die für Akzeptanz und Reputation maßgeblichen fachlich-inhaltlichen Qualitätsstandards sind aber gleichbleibend hoch und über jeden Zweifel erhaben geblieben. Auf diese Weise hat die StudZR durch Konsolidierung im Wandel auch manch stürmische Zeit unbeschadet überstanden – und sich über die vergangenen sechs Jahre als juristische Fachzeitschrift auf hohem Niveau etabliert.

In Zeiten der zunehmenden Informationsvermittlung durch das Internet zeigt das Beispiel der StudZR, dass Printmedien bei entsprechender Konzeption und Qualität neben internetbasierten Angeboten auch weiterhin erfolgreich sein können. Die fortschreitende Konvergenz der Medien zwingt aber auch die juristischen Fachzeitschrifen, über neue Einnahmequellen, Vertriebswege und Arten der Informationvermittlung nachzudenken. Diesen Herausforderungen wird sich auch die StudZR stellen müssen, indem etwa multimediale Angebote und Online-Dienste erprobt werden. In diesem Kontext wirft für die Medien insgesamt neben der immer weiter fortschreitenden Konvergenz insbesondere die ubiquitäre Digitalisierung neuartige rechtliche Herausforderungen auf. In diesem Zusammenhang ist vor allem auch der angemessene Immaterialgüter- und Persönlichkeitsschutz in der Medien- und Informationsgesellschaft zu gewährleisten. Für die Zivilgesellschaft des 21. Jahrhunderts bilden Medien- und Informationsrecht jeweils Schlüsselgebiete mit herausragender Bedeutung.

Als Medium zur Vermittlung von juristischen Fachinformationen hat die StudZR ihrerseits einen festen Platz in der Zeitschriftenlandschaft erobert. Ein maßgeblicher Erfolgsfaktor ist die beeindruckende Vielfalt an Autoren und Themen, die auch und gerade das Ihnen vorliegende Heft in anschaulicher Weise illustriert: Die Herausgeber der StudZR haben im Wettbewerb um die besten Beiträge und Köpfe erneut die gewohnt sichere Hand bewiesen. Als Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats der StudZR einerseits und Freiburger Ordinarius andererseits darf ich Ihnen versichern, dass die StudZR längst eine überregionale Bedeutung erlangt hat und eine Veröffentlichung in der Zeitschrift (nicht nur) unter Studierenden zu Recht als Auszeichnung wahrgenommen wird.

Abschließend wünsche ich allen für die StudZR Verantwortlichenden den wohlverdienten Erfolg für ihre weitere Arbeit und Ihnen, liebe Leser, eine spannende Lektüre mit der vorliegenden Ausgabe!

Prof. Dr. *Boris P. Paal*, M. Jur. (Oxford)
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Aufsätze

Prof. Dr. Monika Jachmann/Klaus Liebl*

System der Besteuerung stiller Reserven in der Einkommensteuer

Abstract

Die Aufdeckung stiller Reserven in unternehmerisch oder anderweitig steuerverhafteten Vermögen führt mitunter zu hohen Steuerbelastungen und hat daher große Bedeutung für die Praxis. Steuerliche Belastungen können aber häufig durch eine Reinvestition i. S. v. § 6b EStG (Einkommensteuergesetz) vermieden werden. Daneben existieren noch weitere Möglichkeiten, die Besteuerung trotz Aufdeckung der stillen Reserven zu vermeiden. Dabei gilt allgemein: Die Besteuerung stiller Reserven kann „aufgeschoben", nie „aufgehoben" werden. Der folgende Beitrag soll, ausgehend vom System der Einkommensteuer (ESt) und den Voraussetzungen des § 6b EStG, die steuerliche Behandlung stiller Reserven aufzeigen. Anschließend werden weitere Möglichkeiten der Vermeidung der Besteuerung stiller Reserven und deren Verhältnis zu § 6b EStG dargestellt.

* Frau *Prof. Dr. Jachmann* ist Honorarprofessorin an der Ludwig-Maximilians-Universität in München und Richterin am *Bundesfinanzhof*. Diplom-Finanzwirt (FH) *Klaus Liebl* ist Rechtsreferendar und Doktorand bei Frau *Prof. Dr. Jachmann*.

I. System der Einkommensteuer

Objekt der Einkommensbesteuerung ist das „Einkommen“[1] des Steuerpflichtigen, das dieser innerhalb eines Jahres erzielt.[2] Werden stille Reserven aufgedeckt,[3] können diese Teil des Einkommens sein. Das Einkommen,[4] multipliziert mit dem persönlichen Steuersatz, ergibt die tarifliche Einkommensteuer (§§ 2 Abs. 5, 32a EStG).[5]

1. Ermittlung des „Einkommens“

„Kern“ des Einkommens bilden nach § 2 EStG[6] die Einkünfte bzw. Einkunftsarten des Steuerpflichtigen. Die Einkünfte teilen sich in sog. Gewinneinkünfte und Überschusseinkünfte auf (§ 2 Abs. 2 EStG, sog. „Dualismus der Einkunftsarten“[7]). Zu den Gewinneinkunftsarten zählen die Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft (§§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 13 ff. EStG), aus Gewerbebetrieb (§§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 15 ff. EStG) und aus selbständiger Arbeit (§§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 18 EStG), zu den Überschusseinkünften die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit (§§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 19 EStG), aus Kapitalvermögen (§§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, 20 EStG), aus Vermietung und Verpachtung (§§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 6, 21 EStG) und die sonstigen Einkünfte (§§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 7, 22 f. EStG). Den Gewinneinkünften ist gemeinsam, dass die Einkünfte jeweils anhand des Gewinns ermittelt werden (§§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 4 bis 7k EStG). Der Gewinn wird dabei grundsätzlich als Unterschiedsbetrag zwischen dem Betriebsvermögen am Schluss des Wirtschaftsjahres und dem Betriebsvermögen am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG, sog. Betriebsvermögensvergleich) ermittelt, bzw. vereinfacht als Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 3 EStG, sog. Einnahmen-Überschussrechnung) oder anhand von sog. Durchschnittsätzen (wenn der Steuerpflichtige Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft gem. §§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 13 EStG erzielt und gewisse Größenmerkmale nicht überschreitet; vgl. § 13a EStG[8]).[9] Die Überschusseinkünfte werden dagegen grundsätzlich einheitlich, anhand des Überschusses der Einnahmen über die

---

1 Dazu unter Abschnitt I. 1.

2 Zum Einkommensbegriff vgl. BVerfGE 99, 88 unter B. I. 2.

3 Dazu unter Abschnitt I. 2.

4 Sog. zu versteuerndes Einkommen (§ 2 Abs. 5 EStG).

5 Nach weiteren Verminderungen und Hinzurechnungen (vgl. § 2 Abs. 6 EStG) wird von der festzusetzenden Einkommensteuer gesprochen.

6 Vgl. dazu ausführlich *Jachmann* in Lademann EStG, Einführung Rn. 40a ff.

7 Die Einführung der Abgeltungsteuer hat aber dazu geführt, dass sich die Einkünfte aus Kapitalvermögen nicht mehr ohne weiteres in den Dualismus der Einkunftsarten einfügen.

8 Die Gewinnermittlung nach Durchschnittssätzen beruht teilweise auf der pauschalen Ermittlung von Gewinnen. I. d. R. ist der Gewinn nach Durchschnittssätzen niedriger als der Gewinn nach Betriebsvermögensvergleich oder Einnahmen-Überschussrechnung.

9 Zur pauschalierenden (*Gosch* in Kirchhof Kompaktkommentar 9. Aufl. (2010), § 5b Rn. 1) sog. Tonnagebesteuerung bei im internationalen Verkehr betriebenen Handelsschiffen vgl. § 5a EStG.

Werbungskosten (§§ 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 8 bis 9a), ermittelt.[10] Die Wirtschaftsgüter, die der Erzielung von Gewinneinkünften dienen, sind als notwendiges[11] oder gewillkürtes[12] Betriebsvermögen dem jeweiligen Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen zuzuordnen, bei den Überschusseinkünften gibt es kein Betriebsvermögen. Die Gewinneinkünfte unterscheiden sich insoweit in einem weiteren wesentlichen Punkt von den Überschusseinkünften: Bei den Gewinneinkünften ist die Besteuerung stiller Reserven die Regel,[13] bei den Überschusseinkünften die Ausnahme.[14] Im Bereich der Überschusseinkünfte werden stille Reserven nur im Rahmen der sonstigen Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften (§§ 22 Nr. 2, 23 EStG) und im Rahmen der Besteuerung von Einkünften aus Kapitalvermögen aus bestimmten Veräußerungsgeschäften (§ 20 Abs. 2 EStG) erfasst (z. B. Veräußerung von Wertpapieren).[15] Daneben werden nach § 17 Abs. 1 S. 1 EStG Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft als Einkünfte aus Gewerbebetrieb[16] fingiert, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mindestens einem Prozent beteiligt war. Ohne die Fiktion des § 17 EStG wären Veräußerungsgewinne/-verluste den Einkünften aus Kapitalvermögen zuzurechnen (§ 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG). In Kollisionsfällen ist § 17 EStG vorrangig vor § 20 Abs. 2 EStG anzuwenden (§ 20 Abs. 8 EStG). Sonstige Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften sind gegenüber allen anderen Einkunftsarten subsidiär (§ 23 Abs. 2 EStG).

---

10 Eine Ausnahme gibt es nur bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, da dort die Werbungskosten nicht nach §§ 9, 9a EStG ermittelt werden, sondern grundsätzlich pauschal nach § 20 Abs. 4 EStG (vgl. § 2 Abs. 2 S. 2 EStG, sog. Sparer-Pauschbetrag) berücksichtigt werden.

11 Das sind die Wirtschaftsgüter, die unmittelbar Betrieben dienen, die zu Gewinneinkünften führen oder zum unmittelbaren betrieblichen Einsatz bestimmt sind (*BFH* BStBl. II 1991, 829 m. w. N.).

12 Dabei handelt es sich um Wirtschaftsgüter, „die in einem gewissen objektiven Zusammenhang mit dem Betrieb stehen und ihn zu fördern bestimmt und geeignet sind" (*Meurer* in Lademann EStG, § 4 Rn. 214). Anders als notwendiges Betriebsvermögen ist bei gewillkürtem Betriebsvermögen noch ein „Widmungsakt", z. B. Erfassung des Wirtschaftsguts in der Bilanz des Betriebs, notwendig.

13 Dies folgt der Reinvermögenszugangstheorie, wonach der Gewinn das Gesamtergebnis der unternehmerischen Tätigkeit einschließlich der Gewinne und Verluste aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern des Betriebsvermögens erfasst (*Lang* in Tipke/Lang Steuerrecht 20. Aufl. (2010), § 9 Rn. 181).

14 Der Quellentheorie folgend sollen nur die aus der „Quelle" fließenden Erträge, und nicht die Quelle selbst Gegenstand der Besteuerung sein (vgl. *Lang* (Fn. 13), § 9 Rn. 182).

15 Mit Einführung der sog. „Abgeltungsteuer" wurde hier ein Systemwechsel vollzogen. Zuvor waren diese Einkünfte als sonstige Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften von der Besteuerung nur erfasst, wenn sie innerhalb einer bestimmten Haltefrist veräußert wurden (§§ 22 Nr. 2, 23 I Nr. 2 bis 4 EStG a. F.).

16 Laut § 15 Abs. 2 S. 1 EStG ist ein Gewerbebetrieb eine selbständige, nachhaltige, mit Gewinnerzielungsabsicht unternommene Tätigkeit, die eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr erfordert und weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbständige Arbeit anzusehen ist. Zusätzlich muss als ungeschriebenes Merkmal der Bereich der privaten Vermögensverwaltung überschritten sein (*BFH* BStBl II 1995, 617).

2. Stille Reserven als Teil des Einkommens bei den Gewinn-Einkünften

Stille Reserven unterliegen der Besteuerung, wenn sie „aufgedeckt" werden.[17] Eine Besteuerung bleibt aus, wenn die Aufdeckung „aufgeschoben" werden kann.[18]

a) Entstehung und Behandlung stiller Reserven

Stille Reserven entstehen immer dann, wenn ein Wirtschaftsgut einem Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen zugeordnet wird (Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, §§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 13 ff. EStG, Gewerbebetrieb, §§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 15 ff. EStG, oder selbständiger Arbeit, §§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 18 EStG) und der steuerliche Ansatz bzw. der Buchwert dieses Wirtschaftsguts niedriger ist als dessen Teilwert (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG). Der steuerliche Ansatz eines Wirtschaftsguts ergibt sich grundsätzlich aus seinen Anschaffungs- oder Herstellungskosten, vermindert um Absetzungen für Abnutzung (§ 7 EStG), erhöhte Absetzungen (§§ 7b ff. EStG), Sonderabschreibungen (§ 7g EStG), Abzüge nach § 6b EStG und ähnliche Abzüge[19] (§ 6 Abs. 1 Nrn. 1 u. 2 EStG). Soweit der Teilwert[20] auf Grund einer voraussichtlich dauernden Wertminderung niedriger ist als der ermittelte Wert, kann dieser angesetzt (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 u. 4, Nr. 2 S. 2 u. 3 EStG) und in bestimmten Fällen auch bei einer Wertsteigerung beibehalten werden.

Für den Betriebsvermögensvergleich bildet der steuerliche Ansatz die Grundlage für die Ermittlung des Vermögens und der Schulden. Ist der Teilwert höher als der steuerliche Ansatz, entstehen (unbesteuerte) stille Reserven in Höhe der Differenz zwischen beiden Werten.[21] Bei der Einnahmen-Überschussrechnung (§ 4 Abs. 3 EStG) entstehen ebenfalls stille Reserven in Höhe der Differenz zwischen dem rechnerischen steuerlichen Ansatz und dem Teilwert. Bei der Gewinnermittlung nach Durchschnittssätzen (§ 13a EStG) entstehen nur bei den in § 13a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EStG genannten Wirtschaftsgütern steuerlich relevante stille Reserven; die anderen Wirtschaftsgüter werden bei der Gewinnermittlung nach Durchschnittssätzen nicht eigens mit einem steuerlichen Ansatz erfasst.

Stille Reserven werden grundsätzlich bei der Erfüllung eines Veräußerungstatbestands „aufgedeckt", was i. d. R. auch zu einem steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn führt. Als Gewinn- bzw. Veräußerungstatbestand gelten die Veräußerung des Wirtschaftguts gegen Entgelt, der Tausch in der betrieblichen Sphäre (§ 6 Abs. 6 S. 1

17 Siehe dazu unter Abschnitt I. 2. a).

18 Siehe dazu unter Abschnitt I. 2. b).

19 Z. B. Rücklage für Ersatzbeschaffung, siehe dazu unten Abschnitt III. 3. a).

20 Dies ist der Wert, den ein Erwerber des ganzen Betriebs im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde; dabei ist davon auszugehen, dass der Erwerber den Betrieb fortführt (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG).

21 Würden die stillen Reserven sofort besteuert und würden für die Steuerzahlung keine liquiden Mittel zur Verfügung stehen, würde dies regelmäßig dazu führen, dass der Steuerpflichtige betriebliche Wirtschaftsgüter zur Zahlung der Steuern veräußern müsste. Ein solches Vorgehen wäre nicht mehr mit einer wirtschaftlich maßvollen Besteuerung zu vereinbaren. Der Realisationsakt (z. B. Verkauf) muss daher zur Besteuerung der stillen Reserven abgewartet werden. Vgl. dazu auch *Hey* in Tipke/Lang Steuerrecht 20. Aufl. (2010), § 17 Rn. 205.

EStG),[22] die Entnahme des Wirtschaftsguts aus einem Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen (§ 4 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG),[23] die verdeckte Gewinnausschüttung (vGA, § 8 Abs. 3 S. 2 KStG),[24] die Betriebsveräußerung (§ 16 Abs. 1 EStG),[25] die Betriebsaufgabe (§ 16 Abs. 3 EStG)[26] sowie bestimmte Sonderformen der Gewinnrealisierung (z. B. Einbringung von Unternehmen in Kapital- oder Personengesellschaften, §§ 20, 24 UmwStG[27]).[28] Die Besteuerung der stillen Reserven ist beim Betriebsvermögensvergleich und bei der Einnahmen-Überschussrechnung dem Grunde nach identisch, da sie bei beiden Gewinnermittlungsmethoden jeweils erst im Rahmen des Veräußerungstatbestands stattfindet.[29] Soweit Land- und Forstwirte ihre Gewinne nach Durchschnittssätzen ermitteln (§ 13a EStG), werden stille Reserven wie beim Betriebsvermögensvergleich behandelt, wenn die in § 13a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EStG aufgeführten Wirtschaftsgüter veräußert oder entnommen werden.[30]

b) „Aufschieben" der Aufdeckung stiller Reserven

Die Aufdeckung stiller Reserven und deren Besteuerung kann teilweise in gesetzlich normierten oder gewohnheitsrechtlich anerkannten Ausnahmefällen verhindert wer-

22 Zum „gewinnneutralen" Tausch vgl. *Welbers* in Lademann EStG, § 6b Rn. 50.

23 Genauer gesagt handelt es sich dabei um einen „Ersatzrealisierungstatbestand", wodurch die steuerliche Erfassung der stillen Reserven umfassend gewährleistet werden soll (sog. finaler Entnahmebegriff) (dazu und m. w. N. zum finalen Entnahmebegriff aus der Rspr. *Hey* (Fn. 21), § 17 Rn. 232).

24 Eine vGA liegt vor, wenn „bei einer Kapitalgesellschaft eine Vermögensminderung oder eine verhinderte Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind, sich auf die Höhe des Einkommens auswirken und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung stehen" (*BFH* BStBl. II 1989, 475 (476)). Es handelt sich dabei um eine „Gewinn- bzw. Einkünftekorrekturvorschrift" (so *Schulte* in Erle/Sauter Körperschaftsteuergesetz 2. Aufl. (2006), § 8 Rn. 75). Eine vGA unterscheidet sich von einer Entnahme dadurch, dass die Entnahme die Überführung von Wirtschaftsgütern von dem betrieblichen in den privaten Bereich erfasst, die vGA dagegen die Vermögensübertragung zwischen zwei unterschiedlichen Steuersubjekten (*ebd.* § 8 Rn. 113).

25 Diese erfordert eine Betriebsübertragung, einschließlich seiner wesentlichen Grundlagen, gegen Entgelt auf einen Erwerber des Betriebs, wodurch dieser den Betrieb als geschäftlichen Organismus fortführen kann (R 16 I S. 1 EStR).

26 Diese verlangt, dass „der Betrieb als selbständiger Organismus des Wirtschaftslebens zu bestehen aufhört" (*BFH* BStBl. II 1975, 168). Sie grenzt sich von der Betriebsveräußerung dadurch ab, dass in einem einheitlichen Vorgang alle wesentlichen Betriebsgrundlagen an verschiedene Erwerber veräußert und/oder teilweise bzw. vollständig ins Privatvermögen überführt (sog. Totalentnahme) werden (*BFH* BStBl. II 1976, 670; BStBl. II 1982, 381; BStBl. II 1991, 512).

27 Vgl. dazu unten Abschnitt III. 2. e).

28 Für weitere gesetzliche Veräußerungstatbestände vgl. § 17 Abs. 4, 5, § 20 Abs. 2 S. 2, 3, § 23 Abs. 1 S. 4, 5 EStG, vgl. ferner *Jakob* Einkommensteuer 4. Aufl. (2008), Rn. 667.

29 Auch bei der Einnahmen-Überschussrechnung werden die stillen Reserven erst im Zeitpunkt der Veräußerung aufgedeckt, da vorher keine Betriebseinnahmen erfasst werden.

30 Werden andere Wirtschaftsgüter veräußert oder entnommen, fallen diese unter die Gewinnermittlung nach Durchschnittssätzen, sodass auch die stillen Reserven durch die Gewinnermittlung nach Durchschnittssätzen erfasst werden.

den; die Besteuerung wird aber nicht aufgehoben, sondern nur in die Zukunft verschoben. Dabei können stille Reserven auf andere Wirtschaftsgüter desselben Steuerpflichtigen übertragen werden, oder auf einen anderen Steuerpflichtigen „überspringen".

Verbleiben die stillen Reserven beim Steuerpflichtigen, d. h. werden die stillen Reserven auf ein anderes Wirtschaftsgut des Steuerpflichtigen übertragen,[31] erfolgt dies durch Absetzung des durch die Veräußerung ergebenden Gewinns (= aufgedeckte stille Reserve) von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines anderen, „ersatzweise" beschafften Wirtschaftsguts. Findet die Übertragung der stillen Reserven nicht im Jahr der Aufdeckung statt, weil das andere Wirtschaftsgut erst später angeschafft wird, erfolgt die Übertragung in zwei Schritten: Im ersten Schritt wird in Höhe der stillen Reserven eine gewinnmindernde Rücklage,[32] im Folgenden nur noch Rücklage genannt, gebildet.[33] Dadurch wird der durch die Veräußerung entstandene Gewinn wieder neutralisiert. Die stillen Reserven werden in einem zweiten Schritt auf dieses Wirtschaftsgut durch gewinnerhöhende Auflösung der Rücklage unter gleichzeitigem gewinnmindernden Abzug des aufgelösten Rücklagenbetrags von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten des anderen Wirtschaftsguts übertragen (sog. Bruttomethode).[34] Alternativ kann der zweite Schritt durch Ausbuchung der Rücklage gegen Herabsetzung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten des anderen Wirtschaftsguts vollzogen werden.[35] In beiden Fällen erfolgt nach Übertragung ein verminderter steuerlicher Ansatz bzw. Wertverzehr des anderen Wirtschaftsguts;[36] die stillen Reserven wurden übertragen. Die Übertragung der stillen

---

31 Zur Technik bei der Übertragung von stillen Reserven zwischen zwei (Sonder-)Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen vgl. unten Abschnitt III. 1.

32 Auch steuerfreie Rücklage genannt; vgl. *Weber-Grellet* in Schmidt 28. Aufl. (2009), § 5 Rn. 497. Demgegenüber gibt es auch gewinnneutrale Rücklagen, z. B. Kapital- oder Gewinnrücklagen, vgl. § 272 Abs. 2 bis 4 HGB.

33 Handelsrechtlich musste bis 31.12.2009 aufgrund der umgekehrten Maßgeblichkeit (§ 5 Abs. 1 S. 2 EStG) eine Rücklage mit Sonderpostenanteil (§§ 247 Abs. 3, 273 HGB a. F.) gebildet werden, wenn steuerlich ein Wahlrecht zur Bildung der Rücklage bestand. Mit Wegfall der umgekehrten Maßgeblichkeit durch das BilMoG zum 1.1.2010 (Gesetz vom 25.5.2009, BGBl. I 2009, 1102) ist dieser Posten in der Handelsbilanz nicht mehr notwendig. Allenfalls eine Rückstellung für latente Steuern (§ 274 HGB) ist notwendig (*Theile/Hartmann* BilMoG: Zur Unmaßgeblichkeit der Handels- für die Steuerbilanz DStR 2008, 2031). Die Bildung von § 6b-Rücklagen kann somit „autonom", d. h. unabhängig von der Handelsbilanz in der Steuerbilanz ausgeübt werden (so auch *Mitschke* Das Bilanzrecht unter der Herrschaft des BilMoG: Ein Überblick über die wichtigsten Fragen FR 2010, 214 (219) m. w. N.; BStBl. 2010, 239).

34 Es sind zwei Buchungen notwendig: Rücklage an Ertrag (in Höhe der aufgelösten Rücklage) und Abschreibung an Wirtschaftsgut (in Höhe der aufgelösten Rücklage); vgl. *Marchal* in Hermann/Heuer/Raupach Einkommensteuer- und Körperschaftssteuergesetz, § 6b Rn. 94. Zur handelsrechtlichen Einordnung vgl. Fn. 36.

35 Es ist nur eine Buchung notwendig: Rücklage an Wirtschaftsgut (in Höhe der aufgelösten Rücklage) (vgl. *ebd.*, § 6b Rn. 94).

36 Handelsrechtlich erfolgte die Übertragung mittels steuerlicher Abschreibung (§ 254 HGB a. F.) oder der Vornahme einer Wertberichtigung (§ 281 HGB a. F.), da eine direkte Verrech-

Reserven kann max. i. H. v. 100 % der Anschaffungs- oder Herstellungskosten des neu angeschafften Wirtschaftsguts erfolgen.[37] Sollen die stillen Reserven auf das Wirtschaftsgut eines anderen Betriebsvermögens des Steuerpflichtigen übertragen werden (z. B. von Betrieb A auf Betrieb B) erfolgt dies gewinnneutral über das Kapitalkonto.[38]

Erfolgt keine Übertragung der stillen Reserven auf ein anderes Wirtschaftsgut, muss deswegen die Rücklage aufgelöst werden. Die Besteuerung der (aufgedeckten) stillen Reserven erfolgt dann im Wirtschaftsjahr der gewinnerhöhenden Auflösung der Rücklage. Bei der Übertragung stiller Reserven auf ein nicht abnutzbares Wirtschaftsgut wird die Besteuerung bei der Veräußerung dieses Wirtschaftsguts nachgeholt. Bei abnutzbaren Wirtschaftsgütern erfolgt die Versteuerung wirtschaftlich in der Weise, dass das Abschreibungsvolumen wegen der Absetzung der stillen Reserven von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten niedriger ausfällt,[39] und damit der Veräußerungsgewinn auf die Nutzungsdauer des Ersatzwirtschaftsguts verteilt wird.

„Springen" dagegen die stillen Reserven auf einen anderen Rechtsträger über, erfolgt die Übertragung stiller Reserven dadurch, dass der übernehmende Rechtsträger das Wirtschaftsgut nicht mit den Anschaffungs- oder Herstellungskosten (§ 6 Abs. 1 Nrn. 1 bis 2 EStG), sondern mit dem gleichen steuerlichen Ansatz wie beim Übertragenden zu erfassen hat (sog. Buchwertfortführung). Der übernehmende Rechtsträger hat die stillen Reserven zu besteuern, sobald er einen Veräußerungstatbestand erfüllt[40] bzw. verteilt auf die (Rest-)Nutzungsdauer des Ersatzwirtschaftsguts.

II. „Aufschieben" der Aufdeckung stiller Reserven nach § 6b EStG

§ 6b EStG ist als „personenbezogene"[41] Vorschrift ausgestaltet und knüpft u. a. an bestimmte „Investitionsgüter"[42] an.

1. Personenbezogenheit des § 6b EStG

§ 6b EStG ist eine personenbezogene Begünstigung,[43] d. h. die Übertragung der stillen Reserven muss nicht notwendig auf ein Wirtschaftsgut desselben Betriebsvermögens

---

nung der stillen Reserven mit den Anschaffungs- oder Herstellungskosten handelsrechtlich unzulässig war (vgl. dazu *Hoffmann* in Littmann/Bitz/Pust Das Einkommenssteuerrecht, § 6b Rn. 105).

37 Vgl. im Einzelnen § 6b Abs. 1 S. 1 und 2 EStG.

38 Vgl. dazu R 6b.2 Abs. 8 EStR.

39 *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 2.

40 Vgl. dazu unten Abschnitt II. 2 b).

41 Siehe dazu unter Abschnitt II. 1.

42 Siehe dazu unter Abschnitt II. 2 a).

43 Zur rechtsträgerbezogenen Betrachtungsweis für die Jahre 1999 bis 2001 (eingeführt durch das StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999, BGBl. I 1999, 402) vgl. *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 21.

erfolgen,[44] sondern kann auch auf ein Wirtschaftsgut in einem anderen Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen stattfinden. Die Norm gestattet die Übertragung stiller Reserven aus der Veräußerung von bestimmten Wirtschaftsgütern auf andere bestimmte Wirtschaftsgüter (sog. Reinvestitionsgüter), wenn der Steuerpflichtige u. a. den Gewinn durch Betriebsvermögensvergleich ermittelt (§ 6b Abs. 4 S. 1 Nr. 1 EStG). Ermittelt der Steuerpflichtige den Gewinn durch Einnahmen-Überschussrechnung (§ 4 Abs. 3 EStG) oder nach Durchschnittssätzen (§ 13a EStG), ist die Übertragung stiller Reserven nach § 6c EStG möglich, der die entsprechende Anwendung von § 6b EStG anordnet. § 6b EStG können nur Steuerpflichtige in Anspruch nehmen, die Gewinneinkünfte erzielen, dies nach der Technik des Gesetzgebers deshalb, weil bei Überschusseinkünften die Einkünfte methodisch anders[45] ermittelt werden.[46] Durch die Übertragungsmöglichkeit der aufgedeckten stillen Reserven sollen Modernisierung und Rationalisierung des Betriebs, Standortverlegungen, Strukturänderungen oder auch die Änderungen von Beteiligungsverhältnissen begünstigt werden.[47] Das veräußerte Wirtschaftsgut soll im Ersatz-Wirtschaftsgut bilanziell fortbestehen.[48] Im Rahmen der personenbezogenen Betrachtungsweise können aufgedeckte stille Reserven aus einem (Einzel-)Betriebsvermögen auch auf Wirtschaftsgüter übertragen werden, die sich im Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft befinden, wenn der veräußernde Steuerpflichtige zugleich an der Mitunternehmerschaft beteiligt ist. Die Übertragung ist allerdings nur in Höhe des Anteils der Beteiligung des veräußernden Mitunternehmers an der Mitunternehmerschaft möglich. Umgekehrt ist eine Übertragung stiller Reserven aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern des Gesamthandsvermögens einer Mitunternehmerschaft auf Reinvestitionsgüter eines Mitunternehmers möglich, die dieser für ein Betriebsvermögen seines Einzelunternehmens oder eines Sonderbetriebsvermögens[49] angeschafft hat. Auch hier ist die Übertragung aber nur im Umfang der Beteiligung des Mitunternehmers an der Mitunternehmerschaft möglich.[50]

2. Voraussetzungen des § 6b EStG

§ 6b EStG knüpft an bestimmte Voraussetzungen an, die u. a. die Übertragungsmodalitäten und den Kreis der Personen, der § 6b EStG in Anspruch nehmen kann, betreffen.

---

44 Zu Ausnahmen bei Betrieben gewerblicher Art (bgA, § 1 Abs. 1 Nrn. 6 u. 4 KStG) vgl. *Heger* Die Besteuerung der öffentlichen Hand – Ein Überblick über die Rechtsprechung des *BFH* FR 2009, 301 (302).

45 Vgl. dazu oben Abschnitt I. 1.

46 Ähnlich *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 3.

47 BT-Drucks. IV/2400, 46, 62; 2617, 3 ff.

48 *Schön* Gewinnübertragung bei Personengesellschaften nach § 6b EStG 1986, S. 7 ff.

49 Vgl. dazu unten Abschnitt III. 1.

50 *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 1; zur steuerneutralen Übertragung von Mitunternehmeranteilen vgl. *Carlé/Korn/Stahl/Strahl* Personengesellschaften 2006, Rn. G/2.

a) Begünstigter Personenkreis und begünstigte Wirtschaftsgüter (§ 6b Abs. 1, Abs. 4 S. 1 Nrn. 1 u. 2 EStG)

Natürliche und, mit Einschränkung bei der Veräußerung von Kapitalanteilen (vgl. dazu § 6b Abs. 5 EStG), juristische Personen (vgl. § 1 Abs. 1 KStG), die im Inland unbeschränkt oder beschränkt steuerpflichtig sind und ihren Gewinn nach § 4 Abs. 1 EStG (Betriebsvermögensvergleich) oder § 5 EStG (Betriebsvermögensvergleich unter Anwendung handelsrechtlicher Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung) ermitteln (§ 6b Abs. 4 S. 1 Nr. 1 EStG), können die bei der Veräußerung von Grund und Boden sowie dem Aufwuchs auf Grund- und Boden mit dem dazugehörigen Grund und Boden, wenn der Aufwuchs zu einem land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögen gehört, und die bei der Veräußerung von Gebäuden und Binnenschiffen[51] aufgedeckten stillen Reserven im Wirtschaftsjahr der Veräußerung wie folgt übertragen: Gewinne aus der Veräußerung von

- Grund und Boden[52] kann nur wieder auf Grund und Boden, auf Aufwuchs auf Grund und Boden mit dem dazugehörigen Grund und Boden und Gebäude übertragen werden,
- Aufwuchs auf Grund und Boden mit dem dazugehörigen Grund und Boden kann nur auf ein Wirtschaftsgut derselben Art oder auf ein Gebäude,
- Gebäuden[53] auf Gebäude,
- Binnenschiffen[54] auf Binnenschiffe übertragen werden.

Die Übertragung ist zulässig, wenn sich u. a. die veräußerten Wirtschaftsgüter mindestens sechs Kalenderjahre ununterbrochen im Anlagevermögen einer inländischen, nicht zwingend derselben[55] Betriebsstätte des Steuerpflichtigen befunden haben (sog. Besitzzeit, § 6b Abs. 4 S. 1 Nr. 2 EStG) und die neu angeschafften oder hergestellten Wirtschaftsgüter (Reinvestitionsgüter) zum Anlagevermögen (irgend-)einer[56] inländischen Betriebsstätte gehören (§ 6b Abs. 4 S. 1 Nr. 3 EStG). Die Verwendung des veräußerten Wirtschaftsguts für verschiedene Einkunftsarten ist unschädlich, so lange es nur zum Anlagevermögen eines Betriebsvermögens gezählt hat.[57] Wegen der personenbezogenen Betrachtungsweise des § 6b EStG ist für die Besitzzeit auf den jeweiligen Mitunternehmer einer Mitunternehmerschaft abzustellen.[58]

Erweiterungen, Ausbauten und Umbauten stehen der Anschaffung oder Herstellung von Gebäuden gleich (§ 6b Abs. 1 S. 3 EStG). In diesem Fall können stille Reserven aber nur übertragen werden, soweit Aufwand für Erweiterungen, Umbauten oder Ausbauten angefallen ist (§ 6b Abs. 1 S. 4 EStG).

---

51 Diese sind nur auf Veräußerungen anzuwenden, die nach dem 31.12.2005 und vor dem 1.1.2011 stattfinden (§ 52 Abs. 18b S. 1 EStG).
52 Vgl. dazu *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 4.
53 Vgl. dazu *ebd.*, § 6b Rn. 5.
54 Vgl. dazu EStR 41a Abs. 2 EStR 1998.
55 *Marchal* (Fn. 34), § 6b Rn. 120.
56 *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 11.
57 R 6b.3 Abs. 1 S. 3 EStR.
58 *BFH* BFH/NV 2001, 262.

Werden stille Reserven wegen der Personenbezogenheit des § 6b EStG auf ein anderes Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen übertragen, muss auch für dieses grundsätzlich der Gewinn nach § 4 Abs. 1 EStG oder § 5 EStG ermittelt werden (§ 6b Abs. 4 S. 1 Nr. 1 EStG). Ausnahmen sollten aber dann anerkannt werden, wenn die stillen Reserven auf Betriebe übertragen werden, für die der Gewinn durch Einnahmen-Überschussrechnung (§ 4 Abs. 3 EStG) oder nach Durchschnittssätzen (§ 13a EStG) ermittelt wird, da auch bei diesen Gewinnermittlungsarten die Übertragung stiller Reserven gem. § 6c EStG grundsätzlich anerkannt ist.[59] Eine Übertragung von stillen Reserven ist zulässig, wenn bereits eine 6b-Rücklage gebildet wurde und der Steuerpflichtige von der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1 EStG oder § 5 EStG auf die Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG oder § 13a EStG übergeht.

b) Veräußerungs- und Anschaffungsvorgänge i. S. d. § 6b EStG

Die Übertragung aufgedeckter stiller Reserven auf Reinvestitionsgüter ist möglich, wenn anstelle der veräußerten Wirtschaftsgüter wieder Wirtschaftsgüter, die auch gebraucht sein können,[60] angeschafft oder hergestellt werden.

Veräußerungen bzw. Veräußerungstatbestände[61] i. S. d. § 6b EStG setzen immer eine entgeltliche bzw. teilentgeltliche (d. h. das gezahlte Entgelt liegt unter dem Teilwert des Wirtschaftsguts) Übertragung des zivilrechtlichen oder zumindest des wirtschaftlichen Eigentums (vgl. § 39 Abs. 2 AO) voraus,[62] die zu einer Gewinnrealisierung führt.[63] Die Aufdeckung stiller Reserven aufgrund unentgeltlicher Veräußerungstatbestände, wie beispielsweise bei Entnahme, vGA (§ 8 Abs. 3 KStG) oder Betriebsaufgabe (§ 16 Abs. 3 EStG),[64] wenn bei dieser Betriebsvermögen in Privatvermögen überführt wird, fällt hingegen mangels Entgeltlichkeit nicht in den Anwendungsbereich des § 6b EStG.[65] Dagegen kann § 6b EStG auch bei einer Betriebsveräußerung (§ 16 Abs. 1 EStG)[66] Anwendung finden, soweit o. g. Wirtschaftsgüter[67] veräußert werden. Scheidet ein Mitunternehmer gegen Barabfindung aus einer Mitunternehmerschaft aus, liegt beim Mitunternehmer eine Veräußerung begünstigter Wirtschaftsgüter in Höhe seiner Beteiligung vor.[68] Findet dagegen eine Sachwertabfindung statt, d. h. der Mitunternehmer erhält für das Ausscheiden aus der Mitunternehmerschaft statt Geld materielle oder immaterielle Wirtschaftsgüter, liegt aus Perspektive der Mitunternehmerschaft bzw. der an ihr beteiligten Mitunternehmer eine Veräußerung der Abfindungsgüter vor.[69]

---

59 So *Marchal* (Fn. 34), § 6b Rn. 115; *Welbers* (Fn. 22), § 6b Rn. 36.

60 *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 11; vgl. demgegenüber § 7g Abs. 1 EStG a. F., wonach für die Gewährung einer Ansparrücklage (§ 7g Abs. 3 EStG a. F.) die Anschaffung eines neuen Wirtschaftguts notwendig war.

61 Vgl. dazu oben Abschnitt I. 2. a).

62 Vgl. jüngst *BFH* BFH/NV 2008, 1460.

63 *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 7 m. w. N.

64 Vgl. dazu oben Abschnitt II. 2. b).

65 *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 7 m. w. N.

66 Vgl. dazu oben Abschnitt I. 2. a).

67 Vgl. oben Abschnitt III. 2. a).

68 *Marchal* (Fn. 34), § 6b Rn. 33.

69 *Heger* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff EStG, § 6b Rn. B 132.

Dies ist Folge der personenbezogenen Betrachtungsweise von § 6b EStG.[70] Eine Veräußerung zwischen Mitunternehmer und Mitunternehmerschaft ist aber nur dann gegeben, wenn dies zu Bedingungen stattfindet, die unter Fremden üblich sind.[71]

Bei teilentgeltlichen Vorgängen gilt das Wirtschaftsgut im Verhältnis von Teilwert und Teilentgelt als veräußert, im Übrigen zum Teilwert entnommen (sog. Trennungstheorie).[72] Bei teilentgeltlicher Übertragung betrieblicher Einheiten (§ 6 Abs. 3 EStG) gilt dagegen die sog. Einheitstheorie, wonach eine entgeltliche Veräußerung vorliegt, wenn das Entgelt über dem Buchwert des Veräußerers liegt, andernfalls liegt nur eine unentgeltliche Übertragung vor.[73]

Die Anschaffung setzt einen entgeltlichen Erwerb der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über ein Wirtschaftsgut voraus. Sie stellt sich als Spiegelbild zur Veräußerung dar, so dass eine Anschaffung bejaht werden kann, wenn nach zuvor genannten Kriterien eine Veräußerung vorliegt.[74] Findet die Anschaffung in einem Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen statt, können die Anschaffungskosten u. U. nach § 6b EStG gemindert werden.

c) Veräußerungsgewinn (§ 6b Abs. 2 EStG)

Die aufgedeckten stillen Reserven in Form des Veräußerungsgewinns sind nach § 6b Abs. 2 EStG der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten den Buchwert übersteigt, mit dem das veräußerte Wirtschaftsgut im Zeitpunkt der Veräußerung anzusetzen gewesen wäre. Dabei definiert § 6b Abs. 2 S. 2 EStG den Buchwert als den Wert, der nach § 6 EStG anzusetzen ist, so dass Absetzungen für Abnutzung, erhöhte Absetzungen, Sonderabschreibungen, Abzüge nach § 6b EStG und ähnliche Abzüge zu berücksichtigen sind (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG). Veräußerungspreis ist der Wert der Gegenleistung für das veräußerte Wirtschaftsgut, beim Tausch der gemeine Wert des hingegebenen Wirtschaftsguts. Soweit eine vGA[75] angenommen wird, liegt in deren Höhe keine Veräußerung und damit kein Veräußerungspreis vor,[76] da insoweit kein Entgelt vorliegt. Veräußerungskosten sind die Aufwendungen, die in unmittelbar sachlichem Zusammenhang zu dem Veräußerungsgeschäft stehen.[77] Entsteht trotz Veräußerung kein Gewinn, kommt es nicht zu einer Aufdeckung der stillen Reserven und § 6b EStG braucht gar nicht in Anspruch genommen zu werden.

Es sind nur die Veräußerungsgewinne begünstigt, die auch im Inland steuerpflichtig sind (§ 6b Abs. 4 S. 1 Nr. 4 EStG).

---

70 Zur Veräußerung und Anschaffung identischer Wirtschaftsgüter in solchen Fällen vgl. *OFD Koblenz* DStR 2004, 314; *OFD Münster* DStR 2004, 1041.

71 *Heger* (Fn. 69), § 6b Rn. B 142.

72 Vgl. dazu *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 9 m. w. N. und unten Abschnitt III. 2. b).

73 Zur Einheitstheorie vgl. auch Abschnitt III. 2. a).

74 *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 12; zur „offenen" Einlage aus dem Privatvermögen eines Mitunternehmers in das Betriebsvermögen einer Mitunternehmerschaft als Anschaffung vgl. *BFH* BStBl. II 2000, 320.

75 Zur vGA siehe oben Abschnitt I. 2. a).

76 *Heger* (Fn. 69), § 6b Rn. C 8.

77 *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 10.

d) Wahlrechte des Steuerpflichtigen

Nach § 6b Abs. 1 EStG kann der Steuerpflichtige den Veräußerungsgewinn auf im Jahr der Veräußerung oder im Wirtschaftsjahr vor der Veräußerung angeschaffte oder hergestellte Wirtschaftsgüter übertragen. Dies erfolgt durch Abzug von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten der Reinvestitionsgüter.[78] Soll der Abzug von einem Reinvestitionsgut erfolgen, das im Jahr vor der Veräußerung angeschafft worden ist, erfolgt der Abzug vom Buchwert, den das Reinvestitionsgut am Schluss des Wirtschaftsjahres der Anschaffung oder Herstellung hatte (§ 6b Abs. 5 EStG).

§ 6b Abs. 3 EStG lässt die Bildung einer gewinnmindernden Rücklage im Jahr der Veräußerung (§ 6b Abs. 3 S. 1 EStG) und die Übertragung des Veräußerungsgewinns auf Reinvestitionsgüter zu, wenn diese innerhalb der vier folgenden Wirtschaftsjahre angeschafft oder hergestellt werden (§ 6b Abs. 3 S. 2 u. 4 EStG).[79] Die Übertragung erfolgt im Wirtschaftsjahr der Anschaffung oder Herstellung. Die Frist verlängert sich bei Gebäuden auf sechs Jahre, wenn mit deren Herstellung vor Ablauf des vierten Jahres begonnen wurde (§ 6b Abs. 3 S. 3 EStG).[80] Da der Steuerpflichtige das Gebäude nicht selbst herstellen muss, genügt die Anschaffung eines Gebäudes, mit dessen Herstellung vor Ablauf des vierten Jahres begonnen wurde, wenn der Steuerpflichtige bereits vor Ablauf des vierten Jahres die Anschaffung dieses Objektes geplant hat und dieses anhand geeigneter Unterlagen, z. B. Kaufvertrag oder notarielle Kaufoption, nachweisen kann.[81] Erfolgt innerhalb der Frist keine Übertragung auf ein Reinvestitionsgut, ist die Rücklage mit Fristablauf zwingend gewinnerhöhend aufzulösen (§ 6 Abs. 3 S. 5 EStG). Zusätzlich erfolgt dann eine Verzinsung der Rücklage mit 6 % des Rücklagebetrags für jedes volle Wirtschaftsjahr, in dem sie bestanden hat (§ 6b Abs. 7 EStG). Das Jahr der Auflösung gilt als volles Wirtschaftsjahr.[82] Der Zinsbetrag ist außerhalb der Bilanz gewinnerhöhend zu berücksichtigen (sog. außerbilanzielle Hinzurechnung).

Letztlich kann aber der Steuerpflichtige sowohl auf die Übertragung als auch auf die Bildung einer Rücklage mit anschließender Übertragung des Veräußerungsgewinns verzichten, da § 6b EStG keine zwingende Übertragung vorschreibt. Der Steuerpflichtige hat dahingehend ein Wahlrecht.[83] Er kann auch einen Teil sofort versteuern und den Rest (sofort oder mittels Rücklage) übertragen bzw. durch spätere Auflösung versteuern. Er kann eine gebildete Rücklage auch vor Fristablauf auflösen.[84] Das Wahlrecht kann durch sofortigen Abzug von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten oder durch Bildung der Rücklage im Rahmen des Jahresabschlusses aus-

78 Vgl. oben Abschnitt I. 2. b).

79 Zur Technik der Übertragung vgl. oben Abschnitt I. 2. b).

80 Vgl. zur Auslegung des Begriffs des Herstellungsbeginns *Nds. FG* BB 2009, 1579, wonach ernsthafte und später umgesetzte Planungsarbeiten für den Herstellungsbeginn nach § 6b Abs. 3 S. 3 EStG ausreichend sind (als Revision anhängig beim *BFH* unter Az. IV R 6/09).

81 Ähnlich *Strahl* in Korn Einkommensteuergesetz, § 6b Rn. 32.

82 *BFH* BStBl. II 1990, 290 (291).

83 Vgl. *BFH* BStBl. II 1988, 55.

84 *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 26, 31.

geübt werden.[85] Für die Bildung der Rücklage ist nicht einmal Voraussetzung, dass tatsächlich eine Reinvestitionsabsicht besteht.[86] Die Entscheidung trifft der Steuerpflichtige bei der Aufstellung der Bilanz für das Wirtschaftsjahr, in dem das Ersatzwirtschaftsgut angeschafft oder fertiggestellt wird. Wird der Veräußerungsgewinn übertragen, entweder durch sofortige Übertragung (§ 6b Abs. 1 EStG) oder mittels Rücklage (§ 6b Abs. 3 EStG), sind für Abschreibungen und sonstige Abzüge nicht mehr die Anschaffungs- und Herstellungskosten maßgebend, sondern der nach dem Abzug verbleibende Betrag (§ 6b Abs. 6 EStG). Wurden Wirtschaftsgüter im Wirtschaftsjahr vor der Veräußerung angeschafft, vermindert sich dieser Betrag noch um die AfA für das Wirtschaftsjahr der Anschaffung (§ 6b Abs. 5 EStG). Bei Gebäuden bilden die AfA-Bemessungsgrundlage für Abschreibungen nach § 7 Abs. 4 S. 1 u. Abs. 5 EStG dagegen immer die um den Abzugsbetrag geminderten Anschaffungs- oder Herstellungskosten, unabhängig davon, ob das Wirtschaftsgut im Jahr der Veräußerung oder im vorherigen Wirtschaftsjahr (vgl. § 6b Abs. 5 EStG) angeschafft wurde. Wegen der personenbezogenen Begünstigung kann das Wahlrecht grundsätzlich[87] nur vom Steuerpflichtigen bzw. von dem einzelnen Mitunternehmer alleine ausgeübt werden.[88]

Bis zum Wegfall der umgekehrten Maßgeblichkeit (§ 5 Abs. 1 S. 2 EStG) war das Wahlrecht in der Handelsbilanz auszuüben (§ 5 Abs. 1 S. 2 EStG), inzwischen ist auch die Ausübung allein in der Steuerbilanz ausreichend.[89]

e) Dokumentation in der Buchhaltung

Der sofortige Abzug des Veräußerungsgewinns (§ 6b Abs. 1 EStG) und die Bildung und Auflösung der Rücklage (§ 6b Abs. 3 EStG) müssen in der Buchhaltung nachvollziehbar sein (§ 6b Abs. 4 S. 1 Nr. 5 EStG). Aus der Buchhaltung muss sich das veräußerte Wirtschaftsgut, dessen Buchwert, der Veräußerungserlös und die dazugehörigen Veräußerungskosten ergeben. Das Reinvestitionsgut als solches und in welchem Umfang stille Reserven durch Abzug von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten übertragen worden sind, müssen ebenfalls in der Buchhaltung erkennbar sein. Obwohl die Rücklage zulässigerweise in einem Posten in der Bilanz ausgewiesen werden kann, muss sich aus den restlichen Unterlagen der Buchhaltung ergeben, aus welchen veräußerten Wirtschaftsgütern sich die Rücklage zusammensetzt und wie sich diese entwickelt hat.

85 Ähnlich *Marchal* (Fn. 34), § 6b Rn. 50.

86 *BFH* BStBl. II 2001, 282.

87 Zu einer Ausnahme im Falle einer Mitunternehmerschaft vgl. *Glanegger* in Schmidt 28. Aufl. (2009), § 6b Rn. 4.

88 Im Fall der Gesamtrechtsnachfolge oder der unentgeltlichen Übertragung eines (Teil-)Betriebs (vgl. dazu unten Abschnitt III. 2. a). kann das Wahlrecht auch erst durch den Rechtsnachfolger ausgeübt werden (vgl. *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 22).

89 Vgl. dazu oben Fn. 33.

f) Einschränkung der Personenbezogenheit von § 6b EStG (§ 6b Abs. 4 S. 2 EStG)

Wegen der Personenbezogenheit des § 6b EStG ist es grundsätzlich bedeutungslos, auf welches Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen die Rücklage übertragen wird und unter welche Gewinneinkunftsart die stillen Reserven fallen. Um zu verhindern, dass gewerbliche Gewinne durch Verlagerung auf Betriebe übertragen werden, die nicht gewerbesteuerpflichtig sind und die stillen Reserven endgültig der Gewerbesteuer entzogen werden, dürfen begünstigte Gewinne aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern eines Gewerbebetriebs nicht auf Wirtschaftsgüter übertragen werden, die zu einem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb (§ 13 EStG) gehören oder der selbstständigen Arbeit (§ 18 EStG) dienen (§ 6b Abs. 4 S. 2 EStG). Entsprechend diesem Rechtsgedanken ist § 6b Abs. 4 S. 2 EStG dahingehend einschränkend auszulegen, dass gewerbesteuerfreie Gewinne aus der Veräußerung eines gewerblichen (Teil-)Betriebs oder Mitunternehmeranteils nicht erfasst sind.[90] Zudem soll die Übertragung auf von der Gewerbesteuer befreite Gewerbetriebe zulässig sein, da der Wortlaut dahingehend keine Einschränkung enthält.[91]

III. Weitere Möglichkeiten der Vermeidung der Besteuerung stiller Reserven

Neben der gesetzlichen Regelung nach § 6b EStG gibt es noch weitere Tatbestände, nach denen die Besteuerung der Aufdeckung stiller Reserven vermieden werden kann. Dabei sind folgende Fallgruppen zu unterscheiden: die Übertragung des Wirtschaftsguts samt der stillen Reserven auf ein anderes Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen,[92] die Übertragung stiller Reserven zusammen mit dem Wirtschaftsgut auf einen anderen Rechtsträger[93] oder die Übertragung stiller Reserven auf ein anderes Wirtschaftsgut des Steuerpflichtigen.[94]

1. Übertragung stiller Reserven zwischen verschiedenen (Sonder-)Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen (§ 6 Abs. 5 S. 1 u. 2 EStG)

Wird ein Wirtschaftsgut von einem Betriebsvermögen (z. B. Betrieb A) in ein anderes Betriebsvermögen (z. B. Betrieb B) desselben Steuerpflichtigen überführt, erfolgt dies ohne Aufdeckung der stillen Reserven, wenn die Besteuerung der stillen Reserven sicher gestellt ist. Die Besteuerung ist z. B. dann nicht mehr sicher gestellt, wenn ein Wirtschaftsgut in ein ausländisches Betriebsvermögen überführt wird und die Einkünfte aus diesem Betriebsvermögen nach einem DBA freigestellt

90 So auch *Nds. FG* DStR 2009, 1168 (Revision anhängig beim *BFH* unter Az. IV R 28/09).
91 *Marchal* (Fn. 34), § 6b Rn. 142.
92 Siehe dazu unter Abschnitt III. 1.
93 Siehe dazu unter Abschnitt III. 2.
94 Siehe dazu unter Abschnitt III. 3.

sind.[95] Die stillen Reserven müssen auch dann nicht aufgedeckt werden, wenn Wirtschaftsgüter aus einem Betriebsvermögen in das Sonderbetriebsvermögen bei einer Mitunternehmerschaft und umgekehrt überführt werden, sowie bei der Überführung zwischen verschiedenen Sonderbetriebsvermögen, wenn jeweils die Besteuerung der stillen Reserven sicher gestellt ist.[96] Bei Sonderbetriebsvermögen handelt es sich um die Wirtschaftsgüter im Eigentum eines Mitunternehmers, die entweder dem Betrieb der Mitunternehmerschaft dienen oder ihn fördern, sog. Sonderbetriebsvermögen I (vgl. auch § 15 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 EStG), oder die der Beteiligung des Gesellschafters an der Gesellschaft dienen oder diese fördern, sog. Sonderbetriebsvermögen II.[97] Der Vorschrift wird teilweise nur deklaratorischer Charakter zugewiesen, da die Übertragung von Wirtschaftsgütern zwischen dem Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen schon immer zu Buchwerten möglich war.[98]

2. Übertragung stiller Reserven auf andere Rechtsträger

Neben der Übertragung stiller Reserven auf Wirtschaftsgüter desselben Steuerpflichtigen können stille Reserven bei der Übertragung von Betrieben,[99] einzelnen Wirtschaftsgütern,[100] bei der sog. Realteilung von Mitunternehmerschaften[101] und sog. Einbringungen[102] auf einen anderen Rechtsträger überspringen.

a) Unentgeltlicher Betriebsübergang (§ 6 Abs. 3 EStG)

Zu einer Aufdeckung der stillen Reserven kommt es nicht, wenn ein Betrieb, ein Teilbetrieb oder der Anteil eines Mitunternehmers an einem Betrieb unentgeltlich übertragen wird (§ 6 Abs. 3 S. 1 Halbs. 1 EStG, sog. Buchwertübertragung). Auch die unentgeltliche Aufnahme einer natürlichen Person in ein bestehendes Einzelunternehmen sowie die unentgeltliche Übertragung eines Teils eines Mitunternehmeranteils auf eine natürliche Person führen zu keiner Aufdeckung der stillen Reserven (§ 6 Abs. 3 S. 1 Halbs. 2 EStG). Grundsätzlich ist notwendig, dass jeweils die wesent-

95 In diesem Fall werden aber die stillen Reserven erst mit Veräußerung des Wirtschaftsguts besteuert (so *BMF* BStBl. I 1999, 1076, Tz. 2.6). Der *BFH* hat inzwischen allerdings die Theorie der finalen Entnahme – s. *BFH* BStBl. II 2009, 464; vgl. dazu *BMF* BStBl. I 2009, 671 (sog. Nichtanwendungserlass); *Schneider/Oepen* Finale Entnahme, Sicherstellung stiller Reserven und Entstrickung FR 2009, 22 (23 ff.) und die dazu korrespondierende Theorie der finalen Betriebsaufgabe – *BFH* FR 2010, 183 m. Anm. *Mitschke* – ausdrücklich aufgegeben.

96 Technisch erfolgt die Übertragung stiller Reserven über das Kapitalkonto des jeweiligen Betriebs, indem das Wirtschaftsgut über das Kapitalkonto gewinnneutral aus- und eingebucht wird.

97 Dazu *BFH* BStBl. II 1993, 706.

98 In diese Richtung *Fischer* in Lademann EStG, § 6 Rn. 205.

99 Siehe dazu unter Abschnitt III. 2 a).

100 Siehe dazu unter Abschnitt III. 2 b).

101 Siehe dazu unter Abschnitt III. 2 d).

102 Siehe dazu unter Abschnitt III. 2 e).

lichen Betriebsgrundlagen mit übertragen werden.[103] Wesentliche Betriebsgrundlagen sind die Wirtschaftsgüter, die für den Betrieb funktional wesentlich sind, d. h. die für den Betrieb bedeutenden Wirtschaftsgüter.[104] Auf die Übertragung wesentlicher Betriebsgrundlagen kann ausnahmsweise verzichtet werden, wenn eine natürliche Person in ein Einzelunternehmen aufgenommen wird oder wenn ein Mitunternehmeranteil unentgeltlich auf eine natürliche Person übertragen wird und diese den Mitunternehmeranteil nicht innerhalb von fünf Jahren veräußert oder aufgibt (§ 6 Abs. 3 S. 2 EStG). Soweit stille Reserven nicht aufgedeckt wurden, ist der Rechtsnachfolger an die Buchwerte des Rechtsvorgängers gebunden (§ 6 Abs. 3 S. 2 EStG). Die stillen Reserven gehen somit auf den Rechtsnachfolger über, so dass dieser sie im Falle einer späteren Aufdeckung zu besteuern hat. Ob eine unentgeltliche Übertragung vorliegt, bestimmt sich danach, ob das für die Übertragung des Betriebs gezahlte Entgelt niedriger ist als der Buchwert des übertragenen Betriebs (sog. Einheitstheorie).[105] Liegt das Entgelt über dem Buchwert, ist eine entgeltliche Veräußerung gegeben, so dass zwar § 6 Abs. 3 EStG nicht mehr in Betracht kommt, aber ggf. § 6b EStG.[106]

b) Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter (§ 6 Abs. 5 S. 3 EStG)

Nicht nur bei der unentgeltlichen Übertragung eines Betriebes (§ 6 Abs. 3 EStG), sondern auch bei der Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter auf einen anderen Rechtsträger können stille Reserven auf diesen überspringen, wenn eine Mitunternehmerschaft beteiligt ist. Voraussetzung dafür ist, dass die Wirtschaftsgüter

- unentgeltlich oder gegen Gewährung oder Minderung von Gesellschaftsrechten aus dem Betriebsvermögen des Mitunternehmers in das Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft und umgekehrt (§ 6 Abs. 5 S. 3 Nr. 1 EStG), oder
- unentgeltlich oder gegen Gewährung oder Minderung von Gesellschaftsrechten aus dem Sonderbetriebsvermögen des Mitunternehmers in das Gesamthandsvermögen derselben oder einer anderen Mitunternehmerschaft, an der er beteiligt ist, und umgekehrt (§ 6 Abs. 5 S. 3 Nr. 2 EStG), oder
- unentgeltlich zwischen den jeweiligen Sonderbetriebsvermögen verschiedener Mitunternehmer derselben Mitunternehmerschaft (§ 6 Abs. 5 S. 3 Nr. 3 EStG)

---

103 *Fischer* (Fn. 98), § 6 Rn. 188; werden die wesentlichen Betriebsgrundlagen nicht übertragen, kann zwar keine Buchwertübertragung aber eine Betriebsaufgabe vorliegen, die nach §§ 16 Abs. 3, 34 EStG begünstigt ist, wenn die wesentlichen Betriebsgrundlagen ins Privatvermögen entnommen werden. Werden die wesentlichen Betriebsgrundlagen in ein anderes Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen überführt, ist eine Buchwertfortführung für die in das andere Betriebsvermögen überführten Wirtschaftsgüter möglich (§ 6 Abs. 5 S. 1 EStG, vgl. dazu III. 1.); hinsichtlich der auf den neuen Rechtsträger übertragenen Wirtschaftsgüter liegt eine nicht begünstigte Betriebsaufgabe vor (vgl. zum Ganzen *BMF* BStBl. I 2005, 458, Rn. 5 ff.).

104 *BMF* BStBl. I 2005, 458; zur funktional-quantitativen Betrachtung der Rechtsprechung im Bereich des § 16 EStG vgl. *BFH* BStBl. II 1998, 104 und unten Abschnitt IV.

105 *BFH* BStBl. II 1990, 847; zur sog. Einheits- und Trennungstheorie siehe auch oben Abschnitt II. 2. b).

106 Vgl. oben Abschnitt II.

übertragen werden.[107] Da auch die Übertragung von Wirtschaftsgütern gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten eine teilentgeltliche Übertragung darstellt,[108] erfasst § 6 Abs. 5 S. 3 EStG nicht nur ausschließlich unentgeltliche, sondern teilweise auch entgeltliche Übertragungsvorgänge. Zusätzlich ist aber erforderlich, dass die übertragenen Wirtschaftsgüter nicht innerhalb von drei Jahren nach Abgabe einer Steuererklärung durch den Übertragenden für das Jahr der Übertragung veräußert oder entnommen werden (sog. Sperrfrist, § 6 Abs. 5 S. 4 Halbs. 2 EStG). Wird das Wirtschaftsgut innerhalb dieser Sperrfrist veräußert oder entnommen, ist die Übertragung grundsätzlich rückwirkend (§ 175 Abs. 1 Nr. 2 AO)[109] mit dem Teilwert anzusetzen, so dass der Übertragende rückwirkend die stillen Reserven zu versteuern hat (§ 6 Abs. 5 S. 4 Halbs. 1 EStG). Die rückwirkende Versteuerung der stillen Reserven kann nur durch Erstellung einer Ergänzungsbilanz, in der die stillen Reserven dem übertragenden Gesellschafter zugeordnet werden, vermieden werden (§ 6 Abs. 5 S. 4 Halbs. 1 EStG). Durch die Erstellung einer Ergänzungsbilanz für den übertragenden Gesellschafter werden die stillen Reserven trotz Übertragung weiterhin voll dem übertragenden Gesellschafter zugerechnet, so dass dieser die stillen Reserven weiterhin im Falle eines Veräußerungstatbestandes zu versteuern hat.[110] Würde keine Ergänzungsbilanz erstellt werden, müsste der übertragende Gesellschafter nur i. H. seines Mitunternehmeranteils an der aufnehmenden Mitunternehmerschaft die stillen Reserven bei deren Aufdeckung versteuern; der Rest wäre von den anderen Mitunternehmern zu versteuern. Zudem ist die Übertragung von Wirtschaftsgütern zum Buchwert auf Körperschaften nicht zulässig (§ 6 Abs. 5 S. 5 u. 6 EStG).[111] Der Gesetzgeber will damit nicht nur verhindern, dass stille Reserven auf Kapitalgesellschaften „überspringen", sondern vielmehr sollen generell Verfügungen über Wirtschaftsgüter ohne Aufdeckung der stillen Reserven durch Verkäufe von Anteilen an Kapitalgesellschaften unter Nutzung der Vorteile, die durch die Umstellung auf das Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren entstanden sind, vermieden werden.[112]

Eine unentgeltliche Übertragung ist im Falle der Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter nach der „Trennungstheorie" auch dann möglich, wenn das Entgelt für die Wirtschaftsgüter geringer ist als ihr Teilwert (sog. teilentgeltliche Übertragung).[113] Bei teilentgeltlichen Vorgängen gilt das Wirtschaftsgut im Verhältnis von Teilwert

---

107 Zur steuerneutralen Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter zwischen sog. Schwestergesellschaften vgl. nur *Brandenberg* Steuerschonende Übertragung bei Personengesellschaften NWB Fach 3, 15317 (15335 ff.).

108 Vgl. dazu ausführlich *Werndl* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff EStG, § 6 Rn. L 34.

109 *Fischer* (Fn. 98), § 6 Rn. 221.

110 So auch *ebd.* (Fn. 98), § 6 Rn. 221. d.

111 Wurde zulässigerweise zu Buchwerten übertragen und begründet oder erhöht eine Körperschaft innerhalb von sieben Jahren nach Übertragung des Wirtschaftsguts ihren Anteil an dem Wirtschaftsgut, führt dies rückwirkend (§ 175 I Nr. 2 AO, BT-Drucks. 14/6882, S. 33) zu einer Übertragung zum Teilwert und damit zu einer Besteuerung der stillen Reserven beim Übertragenden.

112 *Ebd.*, S. 33.

113 *BFH* BStBl. II 2002, 420; anders dagegen die „Einheitstheorie" bei der unentgeltlichen Übertragung eines Betriebs (vgl. oben Abschnitt III. 2. a).

und Teilentgelt als veräußert, im Übrigen als unentgeltlich übertragen. In Höhe des (Teil-)Entgelts liegt eine Veräußerung vor. § 6 Abs. 5 S. 3 EStG kann nur hinsichtlich des unentgeltlichen Teils in Betracht kommen.[114]

c) Verhältnis von § 6 Abs. 3, Abs. 5 EStG zu § 6b EStG

§ 6b EStG und § 6 Abs. 3, Abs. 5 EStG schließen sich gegenseitig aus, da die Übertragungen nach § 6 Abs. 3, Abs. 5 EStG i. d. R. unentgeltlich erfolgen bzw. wegen der Übertragung zu Buchwerten die stillen Reserven nicht aufgedeckt werden. § 6b EStG erfordert immer einen entgeltlichen Übergang und zusätzlich einen Veräußerungsgewinn. Letzterer kann nur entstehen, wenn die Wirtschaftsgüter nicht zu Buchwerten übertragen werden. Im Falle einer rückwirkenden Aufdeckung der stillen Reserven beim Übertragenden nach § 6 Abs. 5 S. 4 ff. EStG kann § 6b EStG angewendet werden, soweit die Übertragung entgeltlich erfolgt ist, was z. B. bei der Übertragung des Wirtschaftsguts gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten der Fall sein kann.[115] Nach der Einheitstheorie liegt in den Fällen des § 6 Abs. 3 EStG entweder ein entgeltlicher oder unentgeltlicher Vorgang vor, so dass immer nur § 6b EStG oder § 6 Abs. 3 EStG Anwendung finden kann. Wegen der bei § 6 Abs. 5 S. 3 EStG angewendeten Trennungstheorie kann in Höhe des entgeltlichen Teils § 6b EStG in Betracht kommen, in Höhe des unentgeltlichen Teils § 6 Abs. 5 S. 3 EStG.

§ 6 Abs. 3, Abs. 5 EStG haben aber auf die Behandlung des Veräußerungsgewinns bei § 6b EStG in der Weise Einfluss, dass durch die Buchwertübertragung bei Rechtsträgerwechsel die Besitzzeit (§ 6b Abs. 4 S. 1 Nr. 2 EStG) des Rechtsvorgängers (sog. Vorbesitzzeit) beim Rechtsnachfolger angerechnet werden kann, da insoweit eine unentgeltliche Übertragung vorliegt.[116] Bei teilentgeltlicher Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter ist eine Anrechnung der Vorbesitzzeit nur hinsichtlich des unentgeltlichen Anteils möglich.[117] Ferner können bereits gebildete 6b-Rücklagen trotz unentgeltlichem (Teil-)Betriebsübergang mit übertragen werden, so dass es beim Übertragenden nicht mehr zu einer gewinnerhöhenden Auflösung der Rücklage kommt.[118]

d) Realteilung von Mitunternehmerschaften (§ 16 Abs. 3 S. 2 bis 4 EStG)

Werden bei einer Realteilung[119] die übertragenen Vermögenswerte in ein Betriebsvermögen eines Mitunternehmers übertragen, kann dabei der Buchwert angesetzt wer-

114 *Carlé/Korn/Stahl/Strahl* (Fn. 50), Rn. G/4.

115 R 6b.1 Abs. 1 S. 4 EStR 2008; vgl auch oben Abschnitt III. 2. b).

116 *BFH* BStBl. II 1993, 93 (94).

117 *Strahl* Übertragung stiller Reserven nach § 6b EStG und R 35 EStR – Rechtsänderungen und Problemfelder KÖSDI 99, 12 165 (12173).

118 *BFH* BStBl. II 1995, 367 (370 f.); laut *BFH* BB 2009, 1635 m. Anm. *Günkel* soll dies allerdings nicht im Fall der mittelbaren Grundstücksschenkung gelten.

119 Realteilung i. S. d. § 16 Abs. 3 S. 2 bis 4 EStG meint den Fall, dass bei Auflösung oder Beendigung einer Gesellschaft einzelne Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile oder andere wesentliche Betriebsgrundlagen in ein anderes Betriebsvermögen eines Mitunternehmers zur weiteren Nutzung überführt werden.

den, wenn die Besteuerung der stillen Reserven sicher gestellt ist[120] (§ 16 Abs. 3 S. 2 EStG). 6b-Rücklagen können in diesem Fall von den Rechtsnachfolgern anteilig fortgeführt werden.[121] Wird wegen der Veräußerung von bestimmten Wirtschaftsgütern innerhalb einer Sperrfrist[122] rückwirkend der gemeine Wert angesetzt (§ 16 Abs. 3 S. 3 EStG), liegt aus Sicht der Mitunternehmerschaft bzw. ihrer Mitunternehmer keine Veräußerung im Sinne des § 6b EStG vor.[123] Wird dagegen ein Spitzenausgleich geleistet, d. h. ein Mitunternehmer erhält wertmäßig mehr, als ihm nach seiner Beteiligungsquote zusteht, und er zahlt dafür einen Ausgleich,[124] liegt insoweit ein entgeltliches Veräußerungsgeschäft vor, auf das § 6b EStG in Höhe des Veräußerungsgewinns Anwendung finden kann.[125] Soweit die Buchwerte übertragen werden und der gemeine Wert nicht rückwirkend angesetzt wird, kann der Mitunternehmer die Vorbesitzzeiten der Mitunternehmerschaft bei sich berücksichtigen.[126]

e) Einbringungen[127]

Werden Betriebe, Teilbetriebe oder Mitunternehmeranteile (Unternehmensteile) in eine Kapitalgesellschaft oder eine Genossenschaft gegen Gewährung von Anteilen an der Gesellschaft eingebracht, löst dies grundsätzlich die Besteuerung der stillen Reserven aus, die in dem einzubringenden Unternehmensteil vorhanden sind (§ 20 UmwStG). Wird ein Betrieb oder Teilbetrieb oder ein Mitunternehmeranteil in eine Personengesellschaft eingebracht, gilt das Gleiche, wenn der Einbringende Mitunternehmer der Gesellschaft wird (§ 24 UmwStG). Der Einbringende hat i. d. R. selbst die stillen Reserven zu versteuern, da das eingebrachte Betriebsvermögen mit dem gemeinen Wert[128] bei der Kapitalgesellschaft bzw. Personengesellschaft anzusetzen ist (§§ 20 Abs. 2 S. 1, 24 Abs. 2 S. 1 UmwStG) und dieser Wert beim Einbringenden als Veräußerungspreis zu betrachten ist (§§ 20 Abs. 3 S. 1, 24 Abs. 3 S. 1 UmwStG). Bringt eine natürliche Person einen Unternehmensteil, der nicht Teil eines Mitunternehmeranteils ist, in Form einer Sacheinlage zum gemeinen Wert (§ 9 Abs. 2 BewG) in eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft ein, kann die natürliche Person bei

120 Vgl. dazu oben Abschnitt III. 2. a).

121 *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 22.

122 Vgl. dazu schon oben Abschnitt III. 2. b).

123 *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 12.

124 *BMF* BStBl. I 2006, 253 Rn. 14.

125 *Marchal* (Fn. 34), § 6b Rn. 34.

126 *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 19; vgl. auch oben Abschnitt III. 2. c).

127 Neben der Einbringung ist auch noch die Verschmelzung, der Formwechsel, die Aufspaltung, Abspaltung oder Vermögensübertragung durch eine Körperschaft bzw. bei Personengesellschaften der Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft möglich (sog. Umwandlung). Bei diesen Vorgängen können ebenfalls stille Reserven aufgedeckt oder übertragen werden. Für einen Überblick über das Umwandlungssteuerrecht vgl. *Montag* in Tipke/Lang Steuerrecht 20. Aufl. (2010), § 18 Rn. 450 ff.

128 Vgl. § 9 Abs. 2 S. 1 BewG: „Der gemeine Wert wird durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsguts bei einer Veräußerung zu erzielen wäre". Demgegenüber bemisst sich der Teilwert danach, was ein Erwerber, der den gesamten Betrieb erwerben möchte, im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut zahlen würde (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG).

der Aufdeckung der stillen Reserven den Freibetrag nach § 16 Abs. 4 EStG und die begünstigte Besteuerung nach § 34 Abs. 1 u. Abs. 3 EStG in Anspruch nehmen (§ 20 Abs. 4 UmwStG), da insoweit eine Betriebsveräußerung vorliegt. Dasselbe gilt, wenn ein Betrieb oder Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil zum gemeinen Wert in eine Personengesellschaft eingebracht wird und es sich nicht um Teile eines Mitunternehmeranteiles handelt (§ 24 Abs. 3 S. 2 UmwStG). Voraussetzung ist aber, dass alle wesentlichen Betriebsgrundlagen eingebracht werden.[129] Bei der Einbringung in eine Personengesellschaft nach § 24 UmwStG ist es allerdings ausreichend, wenn die wesentlichen Betriebsgrundlagen in das Sonderbetriebsvermögen eines Gesellschafters der Personengesellschaft überführt werden.[130]

Auf Antrag kann die Einbringung unter bestimmten Voraussetzungen aber auch zu Buch- oder sog. Zwischenwerten, d. h. einem Wert zwischen Buchwert und gemeinen Wert, erfolgen (§§ 20 Abs. 2 S. 2 UmwStG, 24 Abs. 2 S. 2 UmwStG). In diesem Fall kommt es zu keiner bzw. nur zu einer verringerten Aufdeckung der stillen Reserven beim Einbringenden. Bereits beim Einbringenden gebildete 6b-Rücklagen können im einzubringenden Betriebsvermögen fortgeführt werden (§§ 23 Abs. 1, Abs. 3 u. 24 Abs. 4 UmwStG i. V. m. § 12 Abs. 3 UmwStG).[131] Bei Einbringungen zum Zwischenwert kann die Rücklage nur anteilig übertragen werden.[132] Erfolgt die Einbringung zum Teilwert, ist die Rücklage beim Einbringenden gewinnerhöhend aufzulösen.[133]

Da die Einbringung i. S. v. §§ 20, 24 UmwStG gegen Gewährung von Anteilen bzw. Gesellschaftsrechten erfolgt, liegt eine Veräußerung i. S. v. § 6b EStG vor. Wird durch die Einbringung ein Veräußerungsgewinn erzielt, was immer dann der Fall ist, wenn die Wirtschaftsgüter über dem Buchwert eingebracht werden, kann § 6b EStG Anwendung finden.[134] Aus Perspektive der übernehmenden Gesellschaft findet eine Anschaffung i. S. d. § 6b EStG statt.[135] Soweit es bei der Einbringung zu keiner vollständigen Aufdeckung der stillen Reserven kommt, findet in Höhe der nicht aufgedeckten stillen Reserven eine Besitzzeitanrechnung statt (§§ 20, 23 Abs. 1 i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 3 u §§ 24 Abs. 4, 23 Abs. 1 i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 3 UmwStG).[136]

3. Übertragung stiller Reserven auf andere Wirtschaftsgüter desselben Steuerpflichtigen

Die Übertragung von stillen Reserven auf ein anderes Wirtschaftsgut desselben Steuerpflichtigen ist auch durch Bildung einer sog. Rücklage für Ersatzbeschaffung (RfE)

---

129 Da die §§ 16, 34 EStG Anwendung finden, ist die funktional-quantitative Betrachtungsweise (vgl. dazu *BFH* BStBl. II 1998, 104 und unten Abschnitt IV.) anzuwenden (so jedenfalls *BMF* BStBl. I 2000, 1253).

130 *BMF* BStBl. I 1998, 268.

131 Umwandlungssteuererlass Rn. 22.06 u. 24.04, BStBl. I 1998, 268.

132 B/B § 22 UmwStG Rn. 18.

133 Umwandlungssteuerlass Rn. 22.11, BStBl. I 1998, 268.

134 *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 7 m. w. N.

135 *Ebd.*, § 6b Rn. 12 m. w. N.

136 *Welbers* (Fn. 22), § 6b Rn. 91; vgl. zur Besitzzeitanrechnung auch Abschnitt III. 2. c).

möglich.[137] Sowohl § 6b EStG und die RfE müssen von vergleichbaren Instrumenten zur Gewinnvermeidung abgegrenzt werden.[138]

a) Rücklage für Ersatzbeschaffung (R 6.6 EStR)

Scheiden Wirtschaftsgüter gegen Entschädigung infolge höherer Gewalt (z. B. Brand, Sturm, Überschwemmung oder andere unabwendbare Ereignisse wie Diebstahl oder unverschuldete Unfälle)[139] oder infolge bzw. zur Vermeidung eines behördlichen Eingriffs aus dem Betriebsvermögen aus, ist gewohnheitsrechtlich anerkannt,[140] dass die stillen Reserven nicht aufgedeckt und besteuert werden müssen, sondern durch Übertragung auf ein angeschafftes oder hergestelltes Ersatzwirtschaftsgut im Wirtschaftsjahr des Ausscheidens oder durch Bildung einer gewinnmindernden Rücklage für Ersatzbeschaffung (RfE) die Besteuerung vermieden werden kann. Voraussetzung ist lediglich, dass am Bilanzstichtag die Absicht besteht, ein funktionsgleiches Wirtschaftsgut (Ersatzwirtschaftsgut) anzuschaffen oder herzustellen.[141] Die RfE ist innerhalb einer angemessenen Frist auf ein angeschafftes oder hergestelltes Ersatzwirtschaftsgut zu übertragen oder aufzulösen.[142] Die Grundsätze gelten entsprechend für die Beschädigung von Wirtschaftsgütern.[143] Das Ersatzwirtschaftsgut muss grundsätzlich[144] im selben Betrieb angeschafft oder hergestellt sein wie das alte Wirtschaftsgut und muss mit diesem wirtschaftlich gleichartig sein und ebenso wie das alte genutzt werden.[145] Demzufolge ist die RfE, anders als § 6b EStG,[146] grundsätzlich betriebs- und nicht personenbezogen.[147] Die Grundsätze der RfE gelten bei der Gewinnermittlung nach Einnahmen-Überschussrechnung sinngemäß.[148]

Scheiden die Wirtschaftsgüter infolge höherer Gewalt aus dem Betriebsvermögen aus, liegt insoweit keine Veräußerung i. S. v. § 6b EStG vor.[149] Das Gleiche gilt, wenn eine Entschädigung geleistet wird, die kein Gegenwert für das veräußerte Wirtschaftsgut ist, sondern ein Ausgleich für einen anderen Nachteil darstellt, der anlässlich der Veräußerung eintritt.[150] Insoweit schließen sich § 6b EStG und RfE immer aus. Allerdings ist die Veräußerung zur Vermeidung eines behördlichen Eingriffs auch eine Veräußerung im Sinne des § 6b EStG, so dass diesbezüglich auch eine

137 Siehe dazu unter Abschnitt III. 3 a).
138 Siehe dazu unter Abschnitt III. 3 b).
139 R 6.6 Abs. 2 EStR.
140 *BFH* BStBl. II 1985, 250; BStBl. II 1988, 330.
141 *BFH* BStBl. II 2004, 421; nach Wegfall der umgekehrten Maßgeblichkeit durch das BilMoG ist für die Bildung einer RfE ein korrespondierender handelsrechtlicher Posten nicht mehr erforderlich (s. o. Fn. 33; vgl. aber dagegen noch R 6.6 Abs. 1 Nr. 3 EStR).
142 Vgl. dazu R 6.6 Abs. 4 EStR.
143 *Crezelius* in Lademann EStG, § 4 Rn. 256, Rücklage für Ersatzbeschaffung.
144 Für Ausnahmen vgl. *BFH* BStBl. II 2004, 421.
145 *BFH* BStBl. II 1999, 488.
146 Vgl. dazu Abschnitt II. 1.
147 *Roser* Übertragung der § 6b-Rücklage von Kapitalgesellschaften EStB 2005, 177 (180).
148 R 6.6 Abs. 5 EStR.
149 R 6b.1 Abs. 1 S. 4 EStR.
150 *BFH* BFH/NV 2004, 1092 (1093); *BFH* BStBl. II 2001, 641 (643).

Übertragung der stillen Reserven nach § 6b EStG in Betracht kommt. In diesem Falle stehen § 6b EStG und die RfE selbständig nebeneinander. Bei der Bildung der Rücklage muss sich der Steuerpflichtige noch nicht entscheiden, nach welcher Regelung er die stillen Reserven übertragen will, soweit er die Absicht hat, ein Ersatzwirtschaftsgut anzuschaffen. Die beim gleichen Wirtschaftsgut aufgedeckten stillen Reserven können aber immer nur einheitlich als RfE oder als 6b-Rücklage behandelt werden.[151] Wird ein Wirtschaftsgut angeschafft, kann grundsätzlich sowohl die RfE als auch die Investitionsrücklage nach § 6b Abs. 3 EStG, die aus der Veräußerung von zwei unterschiedlichen Wirtschaftsgütern stammen, auf dieses Wirtschaftsgut übertragen werden.

b) Abgrenzung zu anderen Rücklagen und ähnlichen Abzugsbeträgen

Neben o. g. Rücklagen gibt es derzeit noch die Rücklage für Investitionszuschüsse (R 6.5 EStR) und den Investitionsabzugsbetrag[152] (§ 7g EStG). Der Investitionsabzugsbetrag wird zwar nicht gewinnmindernd in der Bilanz als Rücklage erfasst, aber gewinnmindernd außerhalb der Bilanz durch Abzug des Investitionsbetrags vom Gewinn berücksichtigt.[153] Von der steuerlichen Auswirkung ist er mit einer gewinnmindernden Rücklage vergleichbar.

Die Rücklage für Investitionszuschüsse kann (Wahlrecht) dann gebildet werden, wenn der Steuerpflichtige Anlagegüter mit Zuschüssen aus öffentlichen oder privaten Mitteln anschafft oder herstellt, der Zuschuss erfolgsneutral durch Abzug von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten behandelt werden soll (R 6.5 Abs. 2 S. 3 EStR) und die Zuschüsse bereits gewährt worden sind, bevor das entsprechende Wirtschaftsgut angeschafft oder hergestellt worden ist (R 6.5 Abs. 4 EStR). Die Rücklage ist im Jahr der Anschaffung oder der Herstellung des Anlageguts auf dieses zu übertragen.[154]

Der Investitionsabzugsbetrag nach § 7g EStG kann gewinnmindernd berücksichtigt werden, wenn der Steuerpflichtige eine künftige Anschaffung oder Herstellung eines abnutzbaren beweglichen Wirtschaftsgutes plant und der Betrieb des Steuerpflichtigen nicht bestimmte Größenmerkmale überschreitet (vgl. § 7g Abs. 1 EStG). Der Investitionsabzugsbetrag beträgt max. 40 % der Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten der künftigen Investition. Er ist gewinnerhöhend zu berücksichtigen, was durch außerbilanzielle Zurechnung zum Gewinn erfolgt, wenn die beabsichtigte Investition getätigt wird (§ 7g Abs. 2 EStG) oder nicht bis zum Ende des dritten auf das Wirtschaftsjahr des Abzugs folgenden Wirtschaftsjahres eine Investition in entsprechender Höhe erfolgt (§ 7g Abs. 3 EStG). Wird die Investition getätigt, ist im Wirtschaftsjahr der Investition die Gewinnerhöhung zu berücksichtigen; bleibt die Investition aus, ist der Investitionsabzugsbetrag im Wirtschaftsjahr des Abzugs wie-

151 A. A. *Welbers* (Fn. 22), § 6b Rn. 173.

152 Ehemals Ansparrücklage nach § 7g Abs. 3 (zur zeitlichen Anwendung vgl. § 52 Abs. 23 EStG).

153 Vgl. dazu *Lambrecht* in Lademann EStG, § 7g Rn. 12.

154 Die Bildung eines handelsrechtlichen Postens ist nicht mehr erforderlich (s. oben Fn. 33).

der rückgängig zu machen (vgl. § 7g Abs. 3 S. 2 u. 3 EStG). Die Rücklage für Investitionszuschüsse und der Investitionsabzugsbetrag unterscheiden sich von den anderen o. g. Rücklagen dadurch, dass Einnahmen unabhängig von der Aufdeckung stiller Reserven vorübergehend nicht der Besteuerung unterworfen werden, da eine künftige Investition erleichtert werden soll. Dagegen wird bei den anderen Rücklagen (§ 6b EStG, RfE) die Besteuerung aufgedeckter stiller Reserven in die Zukunft verschoben. Der Investitionsabzugsbetrag[155] und die Rücklage für Investitionszuschüsse sind, anders als § 6b EStG,[156] nicht personen-, sondern betriebsbezogen.

IV. Verhältnis von § 6b EStG zu §§ 16, 34 EStG

Im Falle einer Betriebsveräußerung (§ 16 Abs. 1 EStG) bzw. Betriebsaufgabe (§ 16 Abs. 3 EStG), die nur dann vorliegt, wenn alle wesentlichen Betriebsgrundlagen übertragen bzw. ins Privatvermögen überführt werden,[157] entsteht ebenfalls ein Veräußerungsgewinn, welcher der Besteuerung unterliegt. Durch Anwendung des § 16 EStG kann der Steuerpflichtige, wenn er das 55. Lebensjahr vollendet hat oder im sozialversicherungsrechtlichen Sinne dauernd berufsunfähig ist, auf Antrag einen Betrag von zurzeit max. 45 000 € (Freibetrag) von der Besteuerung freistellen (§ 16 Abs. 4 EStG).[158] Nach § 34 EStG unterliegen die Gewinne aus der Betriebsveräußerung/-aufgabe als außerordentliche Einkünfte einem ermäßigten Steuersatz (§ 34 Abs. 1, 2 Nr. 1 EStG). Für Zwecke der §§ 16, 34 EStG liegen wesentliche Betriebsgrundlagen nach der funktional-quantitativen Betrachtungsweise[159] dann vor, wenn Wirtschaftsgüter für den Betrieb funktional wesentlich sind, oder es sich um Wirtschaftsgüter handelt, die zwar für den Betrieb nicht wesentlich sind, in denen aber erhebliche stille Reserven stecken.[160] Wird ein Betrieb unentgeltlich übertragen,[161] liegt keine Betriebsveräußerung bzw. Betriebsaufgabe vor;[162] es kommt allenfalls eine Buchwertübertragung nach § 6 Abs. 3 EStG in Betracht.[163]

§ 6b EStG ist grundsätzlich auch bei stillen Reserven anwendbar, die anlässlich der Betriebsveräußerung oder der Veräußerung von Wirtschaftsgütern im Rahmen einer Betriebsaufgabe aufgedeckt werden, da insoweit eine Veräußerung vorliegt.[164] Wer-

155 *BFH* DStR 2007, 2052.
156 Vgl. oben Abschnitt II. 1.
157 *BFH* BStBl. II 2001, 282; BStBl. II 1994, 838.
158 Die Betriebsveräußerung/-aufgabe unterliegt aufgrund des Gewinnbegriffs nach § 4 Abs. 1 EStG auch ohne § 16 EStG der Besteuerung. Der Norm kommt lediglich hinsichtlich der partiellen Steuerfreistellung stiller Reserven in Form des Freibetrags konstitutiver Charakter zu *Lang* (Fn. 13), § 9 Rn. 196.
159 Vgl. dagegen die rein funktional Betrachtungsweise bei § 6 Abs. 3 EStG oben Abschnitt III. 2. a).
160 *BFH* BStBl. II 1998, 104.
161 Zur Unentgeltlichkeit vgl. oben Abschnitt III. 2. a).
162 *BFH* BStBl. II 1990, 847.
163 Vgl. oben Abschnitt III. 2. a).
164 *BFH* BFH/NV 1997, 754 (755).

den bei einer Betriebsaufgabe dagegen Wirtschaftsgüter ins Privatvermögen überführt, liegt eine Entnahme vor und § 6b EStG kann nicht in Anspruch genommen werden, da die (Veräußerungs-)Fiktion des § 16 Abs. 3 S. 1 EStG nicht als Veräußerung i. S. v. § 6b EStG gilt.[165] § 6b EStG und die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes nach § 34 EStG schließen sich allerdings aus (§ 34 Abs. 1 S. 4 EStG).[166] Im Verhältnis zu § 16 EStG ist eine Übertragung stiller Reserven nach § 6b EStG nur in Höhe des nicht steuerfreien Gewinns (§ 16 Abs. 4 EStG) möglich.[167]

Wird eine vor der Betriebsveräußerung gebildete 6b-Rücklage nicht im Rahmen der Veräußerung aufgelöst, kann der Freibetrag von max. 45 000 € (§ 16 Abs. 4 EStG) und die Tarifermäßigung nach § 34 EStG nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die betreffende 6b-Rücklage keine stillen Reserven enthält, die bei einer früheren Veräußerung eines zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen gehörenden Wirtschaftsguts aufgedeckt werden.[168] Werden dagegen 6b-Rücklagen im Rahmen einer Betriebsveräußerung bzw. Betriebsaufgabe aufgelöst, zählen diese zum begünstigten Veräußerungsgewinn, unterfallen also §§ 16, 34 EStG.

V. Fazit

Der Gesetzgeber und die Rechtsprechung ermöglichen in vielen Fällen, dass die Aufdeckung von stillen Reserven nicht unmittelbar zu einer Steuerlast führt; die Besteuerung der aufgedeckten stillen Reserven wird auf die Zukunft verschoben. Dadurch wird es dem Steuerpflichtigen ermöglicht, die durch die Veräußerung aufgedeckten stillen Reserven bzw. Mittel ohne steuerliche Belastung wieder zu reinvestieren und für die weitere Erzielung von Einkünften zu nutzen, so dass Investitions- und Umstrukturierungsmaßnahmen keine ertragsteuerlichen Hürden entgegen stehen.[169]

165 *Marchal* (Fn. 34), § 6b Rn. 170 „Aufgabe eines Betriebs".

166 *BFH* BFH/NV 2007, 1293.

167 Vgl. zum Ganzen *Jachmann* (Fn. 9), § 6b Rn. 37.

168 R 6b.2 Abs. 10 S. 3 EStR.

169 Dies entspricht auch *Adam Smith*, wenn dieser eine Effizienz der Steuern verlangt („economy in collection") und u. a. meint, der Leistungswille der Bevölkerung dürfe durch die Steuererhebung nicht gehemmt werden; vgl. *Adam Smith* Der Wohlstand der Nationen. Aus dem englischen übertragen und mit einer umfassenden Würdigung des Gesamtwerks von Horst-Klaus Recktenwald München 1974, S. 703 ff.

Laura Vásárhelyi-Nagy*

Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts: Der Kampf zwischen Sitztheorie und Gründungstheorie

Abstract

Das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht ist bislang nicht kodifiziert. Ein entsprechender Referentenentwurf wurde nicht weiter verfolgt. Daher ist nach wie vor unklar, nach welcher Kollisionsnorm das Gesellschaftsstatut zu bestimmen ist: Nach der Sitztheorie, die das Gesellschaftsstatut nach dem Sitz der tatsächlichen Hauptverwaltung der Gesellschaft bestimmt, oder nach der Gründungstheorie, die auf den Ort der Gesellschaftsgründung abstellt.

Der nachfolgende Beitrag zeichnet den Streit zwischen Sitz- und Gründungstheorie nach. Zu Beginn steht die Frage nach dem Inhalt und Reichweite des Gesellschaftsstatuts. Sodann widmet er sich der historischen Entwicklung und den rechtspolitischen Hintergründen sowie den Problemen insbesondere bei der Bestimmung des Anknüpfungsmoments beider Kollisionsnormen. Weiter stellt der Beitrag die rechtlichen Auswirkungen von Sitz- und Gründungstheorie bei Verlegung des Verwaltungssitzes einer Gesellschaft ins Ausland dar. Schließlich wird aufgezeigt, welche Argumente jeweils für die Sitztheorie und die Gründungstheorie streiten.

* Die Verfasserin studiert im vierten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist Chefredakteurin der StudZR sowie wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Herrn *Prof. Dr. Dr. h. c. Rüdiger Wolfrum*, Max-Planck-Institut für internationales öffentliches Recht und Völkerrecht. Der nachfolgende Beitrag entstand im Rahmen eines im WS 2009/2010 von Herrn *Prof. Dr. Dr. h. c. Werner F. Ebke*, LL.M. (UC Berkeley) durchgeführten Seminars zum Europäischen und Internationalen Gesellschafts- und Unternehmensrecht.

I. Inhalt und Reichweite des Gesellschaftsstatuts

Bei Sitz- und Gründungstheorie handelt es sich um Kollisionsnormen, anhand derer die Gerichte und Behörden eines Staates das auf eine Gesellschaft anwendbare materielle Gesellschaftsrecht (Gesellschaftsstatut) bestimmen. Dies wirft in der Praxis die Frage nach der Qualifikation bestimmter Rechtsnormen auf: Nur wenn sie gesellschaftsrechtlicher Natur sind, können Sitz- und Gründungstheorie die Frage beantworten, ob sie auf die Verhältnisse einer Gesellschaft anwendbar sind. Nach herkömmlicher Definition zählen zum Gesellschaftsrecht alle Normen, die sich damit beschäftigen wie eine Gesellschaft entsteht, lebt und vergeht.[1] Die Qualifikation einer Norm als solche des Gesellschaftsrechts richtet somit nach ihrem Zweck.[2] Gesellschaftsrechtliche Normen befassen sich demnach mit der Gründung, Rechtsfähigkeit, Binnenorganisation, Vertretung, Liquidation und damit verbundenen Abwicklung, sowie Beendigung einer Gesellschaft.[3]

In Grenzbereichen kann die gesellschaftsrechtliche Qualifikation einer Norm problematisch sein.[4] Augenfällig wird dies insbesondere am Beispiel von Gläubigerschutzinstrumenten. Diese befinden sich oftmals an einer Schnittstelle von Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht und allgemeinem Zivilrecht. So ist etwa fraglich, ob die Existenzvernichtungshaftung nach deutschem Recht, die nach dem „Trihotel-Urteil" des *BGH* dogmatisch in § 826 BGB zu verorten ist,[5] als deliktsrechtlich oder gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren ist.[6] Ein ähnliches Problem – gesellschaftsrechtliche oder insolvenzrechtliche Qualifikation – stellt sich mit Blick auf das durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) grundlegend reformierte Recht der Gesellschafterdarlehen.[7] Derartige Detailfragen können im Rahmen dieser Arbeit nur angerissen, jedoch nicht beantwortet werden.

Denkbar ist auch die Mehrfachqualifikation einer Norm. Es ist jedoch Zurückhaltung dabei geboten, diese „für eine Reihe von Sachnormen in Betracht zu ziehen, die man bisher ganz selbstverständlich dem Gesellschaftsstatut zugeschlagen hat".[8]

---

1 Staudinger/*Großfeld* IntGesR 1998, Rn. 1.

2 *Behme* Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei der britischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland ZIP 2008, 351 (352); *Kindler* „Inspire Art" – Aus Luxemburg nichts Neues zum internationalen Gesellschaftsrecht NZG 2003, 1086 (1090).

3 RGZ 73, 366 (367).

4 Ausführlich *Lanzius* Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen unter der Gründungstheorie 2005, S. 223 ff.

5 *BGH* ZIP 2007, 1552; dazu *Altmeppen* Abschied vom „Durchgriff" im Kapitalgesellschaftsrecht NJW 2007, 2657; *Schanze* Gesellschafterhaftung für unlautere Einflussnahme nach § 826 BGB: Die Trihotel-Doktrin des *BGH* NZG 2007, 681; *Weller* Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den *BGH* und ihre Implikationen für die Praxis ZIP 2007, 1681.

6 *Raiser/Veil* Recht der Kapitalgesellschaften 5. Auflage (2010), § 58 Rn. 13.

7 *Ebd.*, § 58 Rn. 15.

8 *Kindler* „Anerkennung" der Scheinauslandsgesellschaft und Niederlassungsfreiheit (zu *BGH* 1.7.2002 – II ZR 380/00) NZG 2003, 1086 (1090).

Mehrfachqualifikationen sind die Ausnahme und machen nicht die Entscheidung für eine Qualifikation entbehrlich.[9]

II. Möglichkeiten zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts

Das Gesellschaftsstatut ist durch verschiedene Kollisionsnormen bestimmbar.

1. Sitztheorie

a) Anknüpfungsmoment

Die Sitztheorie knüpft zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts an den tatsächlichen Sitz[10] der Hauptverwaltung der Gesellschaft an.[11] Dieser ist nach der „lex fori" zu ermitteln, d. h. vor deutschen Gerichten nach deutschem Recht.[12] In Deutschland ist die Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes nicht gesetzlich geregelt.[13] Denkbar ist einerseits, auf den Ort der internen Willensbildung der Verwaltungsorgane als Entscheidungszentrum der Gesellschaft abzustellen.[14] Andererseits kommt der Ort der Umsetzung der grundlegenden Verwaltungsentscheidungen in Betracht.[15]

aa) Ort der internen Willensbildung

Die Anknüpfung an den Ort der internen Willensbildung wird durch § 10 Abgabenordnung (AO) nahe gelegt,[16] der die Geschäftsleitung als Ort der geschäftlichen

9 *Sonnenberger* in MünchKomm BGB X 4. Aufl. (2006), Einl. IPR Rn. 531.

10 Früher stellte der *BGH* teilweise auch auf den Satzungssitz ab. Seit 1970 stellt der *BGH* jedoch ausschließlich auf den tatsächlichen Verwaltungssitz als Anknüpfungsmerkmal ab vgl. BGHZ 53, 181 (183).

11 *OLG Frankfurt a. M.* BGHZ 97, 269 (271); *OLG Düsseldorf* WM 1995, 808 (810); *Kruse* Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG 1997, S. 6; *Kübler/Assmann* Gesellschaftsrecht 6. Auflage (2006), S. 554.

12 *Kindler* in MünchKomm BGB XI 4. Aufl., IntGesR Rn. 436.

13 *Dinkhoff* Internationale Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Gesellschaftsrechts und des Steuerrechts 2001, S. 65.

14 *Kindler* in MünchKomm BGB XI 3. Aufl., IntGesR Rn. 321; siehe dazu unter Abschnitt II. 1. a) aa).

15 Sog. Sandrock'sche Formel; vgl. *Sandrock* Die multinationalen Korporationen im Internationalen Privatrecht in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 1978, 169 (238); BGHZ 97, 269, (272); *OLG Hamburg* MDR 1976, 402; BGHZ 97, 269 (272); *OLG Oldenburg* NJW 1990, 1422; *BayObLG* DB 1986, 1326; *OLG Hamburg* RIW 1988, 816; *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 434; *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 228; für das Beispiel der Konzernuntergesellschaften vgl. auch *von Falkenhausen* Durchgriffshaftung mit Hilfe der Sitztheorie des Internationalen Gesellschaftsrechts RIW 1987, 818 (819); *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 438; *Spahlinger/Wegen* Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis 2005, Rn. 104; siehe dazu unter Abschnitt II. 1. a) bb).

16 *Ebenroth/Sura* Das Problem der Anerkennung im Internationalen Gesellschaftsrecht RabelsZ 1979, 315 (323 f.).

Oberleitung definiert. Darunter wird der Ort verstanden, an dem die grundlegenden Unternehmensentscheidungen getroffen werden.[17] Ein Indiz für den Ort der internen Willensbildung ist der Ort, an dem Versammlungen der leitenden Verwaltungsorgane einer Gesellschaft abgehalten werden (z. B. Vorstands- oder Aufsichtsratssitzungen).[18] Problematisch ist jedoch, dass § 10 AO auf die Bestimmung des Umfangs der Körperschaftsteuerpflicht einer Gesellschaft abzielt und damit ein anderes Ziel verfolgt als das Internationale Gesellschaftsrecht, das die Gesellschaft als Ganzes betrachtet.[19] Zudem kann die Geschäftsleitung Entscheidungen mittels moderner Kommunikationsmittel dezentral von jedem beliebigen Ort aus treffen, ohne dass dieser notwendigerweise einen Bezug zur Gesellschaft aufweist.[20] Eine präzise Bestimmung des Ortes der internen Willensbildung ist somit nicht möglich.[21]

Probleme bereitet die Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes anhand des Kriteriums der internen Willensbildung insbesondere auch bei Konzernsachverhalten: Handelt es sich bei der Konzernuntergesellschaft um eine GmbH, können die grundlegenden Entscheidungen von der Konzernobergesellschaft getroffen werden, die gegenüber der Konzernuntergesellschaft weisungsbefugt ist.[22] Die Konzernuntergesellschaft hat faktisch keine eigene Entscheidungskompetenz.[23] Der tatsächliche Verwaltungssitz der Konzernuntergesellschaft könnte nur im Rückgriff auf den der Konzernobergesellschaft bestimmt werden. Bei Konzernunter- und Konzernobergesellschaften handelt es sich jedoch jeweils um eigenständige juristische Personen, deren tatsächlicher Verwaltungssitz gesondert zu ermitteln ist.[24] Das Kriterium der internen Willensbildung ist folglich nicht tauglich, um den eigenständigen Verwaltungssitz der Konzernuntergesellschaft zu ermitteln.

bb) Ort der Umsetzung der grundlegenden Verwaltungsentscheidungen

Daher wird neben dem Ort, an dem die grundlegenden Verwaltungsentscheidungen der Gesellschaft intern getroffen werden, ergänzend an den Ort ihrer Umsetzung nach außen angeknüpft.[25] Fallen der Ort, an dem die Entscheidung getroffen wird,

17 Vgl. zur Auslegung des Begriffs „Geschäftsleitung" *BFH* BStBl. 1991, 554.

18 Unpräzise *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 434; kritisch gegenüber diesem Kriterium *Ebenroth/Bippus* Die Sitztheorie als Theorie effektiver Verknüpfungen der Gesellschaft JZ 1988, 677 (680). Auf den Ort der Aufsichtsratssitzungen abzustellen, erscheint jedoch nur sinnvoll, wenn der Aufsichtsrat aufgrund eines Zustimmungsvorbehalts gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG die unternehmerischen Leitentscheidungen aktiv beeinflussen kann.

19 *Knobbe-Keuk* Umzug von Gesellschaften in Europa ZHR 154 (1990), S. 325 (355).

20 *Ebenroth/Bippus* (Fn. 18), S. 678; *Zimmer* Von Debraco bis DaimlerChrysler: Alte und neue Schwierigkeiten bei der internationalgesellschaftsrechtlichen Sitzbestimmung in FS für Buxbaum, 2000, S. 655 (666 f.).

21 Dies verkennen *Ebenroth/Sura* (Fn. 16), S. 324.

22 *Spahlinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 104; *von Falkenhausen* (Fn. 15), S. 819.

23 *Behrens* in Hachenburg/Ulmer GmbHG 8. Aufl., Einl. GmbHG Rn. 113; *von Falkenhausen* (Fn. 15), S. 819.

24 *Spahlinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 104; vgl. auch *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 437 f.; *Raiser/Veil* (Fn. 6), § 58 Rn. 19.

25 Sog. Sandrock'sche Formel (Fn. 15).

und der Ort der Umsetzung, wie möglicherweise bei einer Konzernuntergesellschaft in Rechtsform einer GmbH (s. Beispiel oben), auseinander, kann somit nur letzteres ausschlaggebend sein.[26]

Als Ort der Umsetzung der Verwaltungsentscheidungen kommt dabei regelmäßig der Tätigkeitsort der für das Tagesgeschäft zuständigen Mitglieder des Verwaltungsorgans in Betracht.[27] Daneben wird zu seiner Bestimmung auf folgende Kriterien zurückgegriffen: Zum einen werden der wirtschaftliche Schwerpunkt einer Gesellschaft,[28] die Adressangabe bei der Kontoeröffnung[29] und der Gesellschaftszweck[30] als Kriterien für die Umsetzung wesentlicher Leitentscheidungen an einem bestimmten Ort herangezogen. Zum anderen kann das Fehlen einer angemessenen Personal- bzw. Sachausstattung, z. B. in Form der Nichterreichbarkeit unter den angegeben Kontaktdaten,[31] gegen eine Umsetzung wesentlicher Leitentscheidungen an diesem Ort sprechen.[32]

Teilweise wird verkannt, dass es sich hierbei lediglich um Indizien handelt, die Aufschluss darüber geben, wo die Umsetzung der grundlegenden internen Entscheidungen der Geschäftsleitung erfolgt, und nicht um gesonderte Kriterien zur Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes.[33] Keine tauglichen Indizien zur Bestimmung des Orts der Umsetzung grundlegender Leitentscheidungen sind hingegen der Ausführungsort einzelner wichtiger Geschäfte[34] und der Ort an dem bloße sekundäre Verwaltungstätigkeiten ausgeführt werden.[35] Der Ort der Betriebsstätte ist ebenfalls ungeeignet,[36] da diese rein praktische Ausführung unternehmerischer Entscheidungen nicht unbedingt wesentliche planerische Elemente der Umsetzung grundlegender Verwaltungsentscheidungen berücksichtigt.[37]

Hat eine Gesellschaft zwei operative Verwaltungszentren, wie z. B. die (inzwischen wieder gespaltene) *Daimler Chrysler AG* in Stuttgart und Auburn Hills (Michigan/

---

26 So auch *von Falkenhausen* (Fn. 15), S. 819; *Spahlinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 104; *BGH* WM 1979, 692 f.

27 *Spahlinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 83; *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 434.

28 So in *KG* NJW 1989, 3100 (3101); vor Entwicklung der Sandrock'schen Formel zog der *BGH* zur Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes allein den wirtschaftlichen Schwerpunkt heran vgl. *BGH* NJW 1967, 36 (38).

29 Vgl. *OLG Düsseldorf* WM 1995, 808 (810).

30 Vgl. *OLG Frankfurt* NJW 1990, 2204 (2205); kritisch *Zimmer* (Fn. 20), S. 659 ff.

31 Vgl. *OLG Düsseldorf* WM 1995, 808 (810); *LG Rottweil* IPrax 1986, 110 (111); *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 435.

32 Als zusätzliches Indiz in Verbindung mit dem wirtschaftlichen Schwerpunkt einer Gesellschaft in *OLG Hamm* NJW-RR 1995, 469 (471 f.).

33 So jedoch *Spahlinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 84 ff.; *Grasmann* System des internationalen Gesellschafsrechts 1970, Rn. 103, 348 ff.; so auch teilweise *Zimmer* Internationales Gesellschaftsrecht im 21. Jahrhundert in FS für Lutter, 2000, S. 231 (237 f.); *ders.* (Fn. 20), S. 659.

34 *OLG Hamm* NJW-RR 1995, 469 (471); *OLG München* NJW 1986, 2197 (2198).

35 *LG Essen* NJW 1995, 1500 (1501).

36 *BayOLG* IPRax 1986, 161 (164); *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 435; *Spahlinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 88.

37 Vgl. *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 435; *Ebenroth/Bippus* (Fn. 18), S. 680.

USA), ist eine Bestimmung des hauptsächlichen Verwaltungssitzes ebenfalls anhand ihres wirtschaftlichen Schwerpunkts als Indiz für den Ort, an dem die meisten grundlegenden Entscheidungen umgesetzt werden, möglich.[38] Ein Rückgriff auf den Satzungssitz ist nicht praktikabel.[39]

b) Historische Entwicklung

Die Sitztheorie entwickelte sich in drei Phasen ausgehend vom Domizilprinzip über das Prinzip der Staatsangehörigkeit bis zu ihrer Geltung in den meisten europäischen Staaten Mitte des 19. Jahrhunderts. Im Folgenden soll diese Entwicklung in Deutschland unter Berücksichtigung französischer und belgischer Einflüsse skizziert werden.

aa) Das Domizilprinzip als Ursprung der Sitztheorie

Die Sitztheorie hat ihren Ursprung in dem zunächst nur für natürliche Personen geltenden Domizilprinzip.[40] Das Domizil natürlicher Personen wurde in Deutschland wie in den meisten anderen kontinentaleuropäischen Staaten nach ihrem tatsächlichen Wohnsitz bestimmt.[41] Diese Vorstellung geht auf *Friedrich Carl v. Savigny* zurück, demzufolge sich am tatsächlichen Lebensmittelpunkt der Person im Hinblick auf ihre Rechtsstellung der „Sitz des Rechtsverhältnisses" befindet.[42] Diese Anknüpfung hat der französische *Court de Cassation* 1853 auf die Bestimmung des Domizils juristischer Personen übertragen.[43] In Deutschland kam die Anwendung des Domizilprinzips auf juristische Personen in zahlreichen Verträgen mit ausländischen Staaten zum Ausdruck wie dem Übereinkommen des Norddeutschen Bundes mit der Schweiz 1869, das für die Rechts- und Parteifähigkeit von Aktiengesellschaften ihre Gründung nach dem Recht des Domizilstaates voraussetzt.[44] Die Anknüpfung an den Verwaltungssitz zur Bestimmung des Domizils juristischer Personen erfolgte in Frankreich[45] und Belgien[46] in Analogie zu den Vorschriften über den Wohnsitz natürlicher Personen.[47] In Belgien folgte im Jahre

38 Dies verkennt *Zimmer* (Fn. 33), S. 246; *ders.* (Fn. 20), S. 665, der eine eindeutige Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes anhand der bisherigen Indizien nicht für möglich hält.

39 Vorschlag von *Zimmer* (Fn. 33), S. 245 ff., der jedoch ebenso einsieht, dass ein allgemeines Abstellen auf den Satzungssitz nicht möglich ist.

40 *Großfeld* Die Entwicklung der Anerkennungstheorien im Internationalen Gesellschaftsrecht in FS für Westermann, 1974, S. 199 (203).

41 *Ebd.*, S. 204.

42 *Savigny* System des heutigen römischen Rechts VII 1849, S. 24–28, 108.

43 Cass. Civ., Recueil Sirey 1853.1.689.

44 Amtliche Sammlung von Bundesgesetze und Verordnungen der schweizerischen Eidgenossenschaft Bd. IX 1869, 919 (932).

45 Analogie zu Art. 102 Code Civil: „Le domicile de tout Français, quant à l'exercise de ses droits civils, est au lieu, où il a son principal établissement."

46 Vgl. *Namur* De la situation légale des sociétés étrangères en Belgique Journal du droit international (Clunet) 1877, 381 ff., 384, zitiert nach *Großfeld* (Fn. 40), S. 212.

47 *Großfeld* (Fn. 40), S. 208 f., 212.

1873 die gesetzliche Verankerung der Sitztheorie in Art. 128 und 129 des Gesetzes über Handelsgesellschaften.[48] Unter diesem Einfluss wurde auch in Deutschland die Anknüpfung an den Verwaltungssitz als maßgeblich erachtet.[49]

bb) Übergang zum Staatsangehörigkeitsprinzip

Im Zuge nationaler Einigungsbewegungen fand für natürliche Personen, ausgelöst durch den Vortrag „Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti" von *Pasquale Stanislao Mancini* (1851), ein Übergang vom Domizil- zum Staatsangehörigkeitsprinzip statt.[50] Dieses bestimmt die Rechtstellung natürlicher Personen nach ihrer Volkszugehörigkeit.[51] Inwiefern das Staatsangehörigkeitsprinzip auf juristische Personen übertragbar ist, ist nicht abschließend geklärt.[52] Unabhängig davon hatte die nationalstaatliche Denkweise im 19. Jahrhundert erheblichen Einfluss auf die weitere Etablierung der Sitzanknüpfung bei juristischen Personen. Ausgehend von der Vorstellung, dass sich die wirtschaftliche Macht einer Gesellschaft an ihrem Verwaltungssitz entfaltet, waren die neu entstehenden Nationalstaaten bestrebt, wirtschaftliche Macht in ihrem Hoheitsgebiet und damit die Gesellschaften mit Sitz auf ihrem Territorium zu kontrollieren.[53] Außerdem wurde die Bindung einer Gesellschaft, wie die eines Staatbürgers, als exklusiv im Verhältnis zu dem Staat angesehen, in dessen Territorium sie ihre wirtschaftliche Macht ausübt.[54]

cc) Geltung der Sitztheorie in Deutschland

Die Sitztheorie galt Ende des 19. Jahrhundert als herrschend in Deutschland.[55] Dies zeigt sowohl eine Entscheidung des *Reichsgerichts* von 1882[56] wie auch die Allgemeine Begründung zum Gesetz betr. Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften (1884),[57] die jeweils das Recht des Sitzstaates für die Beurteilung der Rechtstellung juristischer Personen als maßgeblich erachteten.[58] Auch bei den Beratungen zum BGB (bzw. zum EGBGB) ging man wie selbstverständlich von der Gel-

48 Art. 128: „Die Aktiengesellschaft und die anderen Handels-, Industrie- oder Finanzgesellschaften, die im Ausland gegründet worden sind und dort ihren Sitz haben, können in Belgien eine Tätigkeit entfalten und vor Gericht auftreten."
Art. 129: „Jede Gesellschaft, deren Hauptniederlassung in Belgien ist, unterliegt dem belgischem Gesetz, selbst wenn die Gründung im Ausland geschah."

49 *Großfeld* (Fn. 40), S. 213 f.

50 *Von Hofmann/Thorn* Internationales Privatrecht 9. Auflage (2007), § 2 Rn. 34.

51 *Kropholler* Internationales Privatrecht 6. Auflage (2006), S. 261.

52 *Großfeld* (Fn. 40), S. 206.

53 *Sandrock* Sitztheorie, Überlagerungstheorie und der EWG-Vertrag: Wasser, Öl und Feuer RIW 1989, 505 (506).

54 *Ebd.*, S. 506 f.

55 *Großfeld* (Fn. 40), S. 214.

56 RGZ 7, 68 (70).

57 Verhandlungen des Reichstags 5. Legislaturperiode 4. Sess. 1884, Anlagen III Nr. 21 S. 233 ff.

58 *Großfeld* (Fn. 40), S. 214.

tung der Sitztheorie aus.[59] Deren Anwendung zu Reichsgerichtszeiten wurde 1970 vom *BGH* bestätigt.[60]

c) Schutzzweck und rechtspolitische Hintergründe

Das Grundanliegen der Sitztheorie besteht darin, die inländische Rechtsordnung vor dem Zuzug ausländischer Gesellschaften mit anderer Binnenorganisation und geringerem Schutzniveau zu schützen.[61] In Zeiten einer zunehmenden Internationalisierung des Wirtschaftslebens verschafft die Sitztheorie damit der von der Tätigkeit der Gesellschaft am stärksten betroffenen Rechtsordnung die Möglichkeit, in einer Art „Wächteramt" die Gesellschaftsformen in seinem Hoheitsgebiet zu kontrollieren und ausländische Gesellschaften den Anforderungen des eigenen Sachrechts zu unterwerfen.[62] Zugleich soll die Sitztheorie die Flucht von nach dem eigenen Recht gegründeten Gesellschaften in ein regelärmeres Rechtssystem verhindern.[63] Damit trägt sie den Schutzinteressen der Gläubiger, Gesellschafter und Arbeitnehmer Rechnung, die durch einen Wegzug am meisten betroffen sind.[64]

Diese Einschränkung der grenzüberschreitenden Mobilität der Gesellschaften soll insbesondere verhindern, dass infolge einer freien Wahl des Gesellschaftsstatuts durch die Gesellschaftsgründer ein Wettbewerb der Rechtsordnungen entsteht, in dem sich die Rechtsordnung mit dem niedrigsten Schutzniveau durchsetzt[65] (sog. „Race to the bottom", wegen vergleichbarer Entwicklungen in den USA auch als „Delaware-Effekt" bezeichnet, da in diesem Bundesstaat aufgrund der geringen Regulierung von Gesellschaften lange Zeit die meisten Neugründungen stattfanden).[66]

Schließlich lässt sich das Kontrollbedürfnis der am stärksten betroffenen Rechtsordnung auch wie folgt begründen: Multinationale, auf Dauer bzw. gar „Unsterblichkeit" angelegte Unternehmen verfügen über eine enorme wirtschaftliche Macht, die häufig über die ihrer Heimatstaaten hinausgeht.[67] Indem sie etwa die Versorgung der

59 Manche Vertreter der Gründungstheorie interpretieren Einzelheiten der Beratungen dagegen als Abkehr von der Sitztheorie, so insbesondere *Grasmann* (Fn. 33), Rn. 457; dagegen *Großfeld* (Fn. 40), S. 215 ff.

60 BGHZ 53, 181 (183).

61 *Kübler/Assmann* (Fn. 11), S. 555; *Raiser/Veil* (Fn. 6), § 58 Rn. 17; *Spahlinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 35; dagegen *Behme* (Fn. 2), S. 351 f.

62 *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 41; *Spahlinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 35.

63 *Spahlinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 35; *Leible* Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung? in FS für Jayme I, 2004, S. 485 (496); *Bayer* Die *EuGH*-Entscheidung Inspire Art und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen BB 2003, 2357 (2358); *Stork* Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union 2003, S. 35.

64 *Spahlinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 35.

65 *Spahlinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 35.

66 So *Behrens* Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des *EuGH* und den Schlussanträgen zu Inspire Art IPRax 2003, 193 (195). Zum Wettbewerb der Gesetzgeber *Hommelhoff/Teichmann* Das Recht der GmbH im Wettbewerb der Gesetzgeber StudZR 2006, 3; *Eidenmüller* Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen ZGR 2007, 168.

67 *Großfeld* Multinationale Unternehmen und nationale Souveränität JuS 1978, 73; zur „Unsterblichkeit" *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 164.

Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern wie Energie gewährleisten, nehmen sie auch auf politischer Ebene eine immer zentralere Position ein.[68] Die Sitztheorie verhindert, dass wirtschaftliche Schlüsselpositionen von Gesellschaften beherrscht werden, die nach dem Recht anderer Staaten gegründet worden sind und womöglich nicht das Schutzniveau der eigenen Rechtsordnung gewährleisten.[69]

2. Gründungstheorie

a) Anknüpfungsmoment

Die Gründungstheorie knüpft zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts an die Rechtsordnung des Staates an, nach der die Gesellschaft gegründet worden ist.[70] Problematisch ist jedoch, dass sich die Gründung einer Gesellschaft im Anschluss an die interne Willensbildung der Gesellschaftsgründer in mehreren formellen Akten vollzieht. Die Gründungsakte können an unterschiedlichen Orten vorgenommen werden.[71] Fraglich ist insofern, ob für die Bestimmung der Gründung als Anknüpfungsmerkmal der Wille der Gründer oder formale Kriterien maßgeblich sind.

aa) Wille der Gründer

Teilweise wird das Anknüpfungskriterium subjektiv bestimmt und auf den Willen der Gründer zur Wahl der Gründungsrechtsordnung abgestellt.[72] Demnach bestünde eine der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht gleichkommende Rechtswahlfreiheit.[73] Gegen eine Parteiautonomie im internationalen Gesellschaftsrecht sprechen indes zahlreiche Unterschiede zwischen schuldrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Verträgen: Während der schuldrechtliche Vertrag divergierende Interessen der Parteien ausgleicht, ist der Gesellschaftsvertrag auf einen gemeinsamen Zweck gerichtet.[74] Zudem sind durch den Gesellschaftsvertrag regelmäßig Drittinteressen betroffen.[75] Das Anknüpfungsmoment muss ferner aus Gründen der

68 *Großfeld* (Fn. 67), S. 74.

69 *Großfeld* (Fn. 67), S. 74.

70 *Knobbe-Keuk* (Fn. 19), S. 326; *Wiedemann* Internationales Gesellschaftsrecht in FS für Kegel, 1977, S. 187 (195); *Spahlinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 59; *Raiser/Veil* (Fn. 6), § 58 Rn. 5; *Ebenroth/Sura* (Fn. 16), S. 322; vgl. auch *OLG Hamburg* NJW 1986, 2199.

71 Vgl. Ausführungen zur Aktiengesellschaft bei *Beitzke* Kollisionsrecht von Gesellschaften und juristischen Personen in Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht Vorschläge und Gutachten zur Reform des Deutschen Internationalen Personen- und Sachenrechts 1972, S. 94 (107).

72 *OLG Hamburg* ZIP 2007, 1108 (1109); hierzu auch *Hoffmann* Das Anknüpfungsmoment der Gründungstheorie ZVglRWiss 101 (2002), 283.

73 So *Zimmer* Internationales Gesellschaftsrecht 1996, S. 222 f. unter Verweis auf die Grenzen der Privatautonomie im Vertragsrecht; *ders.* (Fn. 20), S. 656; *Knobbe-Keuk* (Fn. 19), S. 326; *Grasmann* (Fn. 33), Rn. 512; vgl. zum Grundsatz der Privatautonomie im Internationalen Vertragsrecht *Leible* (Fn. 63), S. 489 ff.

74 *Von Bar* Internationales Privatrecht II 1991, Rn. 617; *Kaulen* Zur Bestimmung des Anknüpfungsmoments unter der Gründungstheorie IPRax 2008, 389 (393).

75 *Kaulen* (Fn. 74), S. 393.

Rechtssicherheit klar bestimmbar sein. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn die Gründer die Gesellschaft in Staat A registrieren und im Gesellschaftsvertrag das Recht des Staates B wählen[76] oder nicht erkennbar ist, welches Gründungsrecht gewählt wurde. Außerdem ist für eine Gesellschaftsgründung die Einhaltung der jeweiligen inländischen Gründungsvoraussetzungen zwingend erforderlich.[77] So wird die Wahlfreiheit der Gründer auf die im jeweiligen nationalen Gesellschaftsrecht angebotenen Gesellschaftsformen beschränkt.[78]

bb) Formale Kriterien

Ist somit der Wille der Gesellschaftsgründer allein als Anknüpfungsmoment ungeeignet, ist auf formale Kriterien zurückzugreifen, denen eine Indizwirkung für die Bestimmung des Gründungsorts der Gesellschaft zukommt.

(1) Ort des Vertragsschlusses

Ein für alle Gesellschaftsformen geeignetes Kriterium könnte zunächst der Ort des Abschluss des Gesellschaftsvertrags darstellen.[79] Dieser kann jedoch aus praktischen Gründen ohne Bezug zum Inhalt des Vertrags gewählt werden.[80] Die Gründer haben somit nicht notwendigerweise die Absicht, mit der Wahl des Abschlussorts kollisionsrechtliche Konsequenzen zu verbinden.[81]

(2) Ort des Satzungssitzes bzw. statuarischen Sitzes

Teilweise wird die Gründungstheorie als „Satzungssitztheorie" verstanden und als Anknüpfungsmoment der Satzungssitz bzw. (bei Personengesellschaften) der statuarische Sitz gewählt.[82] Jedenfalls bei Kapitalgesellschaften, deren Satzungssitz im Inland liegen muss (§§ 4 a GmbHG, 5 AktG), ist der Satzungssitz ein taugliches Anknüpfungsmoment zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts nach der Gründungstheorie. Probleme bereitet lediglich der Ausnahmefall einer Gesellschaft mit Doppelsitz,[83] sofern die Satzungssitze in unterschiedlichen Staaten liegen.

Dies lässt sich auf Personengesellschaften nur eingeschränkt übertragen. Selbst wenn man entgegen noch herrschender Auffassung[84] davon ausgeht, dass bei Anmeldung

76 *Kaulen* (Fn. 74), S. 393.
77 *Von Bar* (Fn. 74), Rn. 618; *Kaulen* (Fn. 74), S. 393.
78 *Schmidt* Gesellschaftsrecht 2002, S. 96; *von Bar* (Rn. 74), Rn. 618.
79 So auch das italienische IPR „Gesellschaften [...] unterliegen den Gesetzen des Staates, in dessen Herrschaftsbereich das Verfahren ihrer Gründung beendet worden ist."
80 *Grasmann* (Fn. 33), Rn. 90 ff.
81 *Kaulen* (Fn. 74), S. 391.
82 *Kaulen* (Fn. 74), S. 391; vom Satzungssitz als Anknüpfungsmoment gehen auch aus: *Behrens* Zu den Folgen einer gesellschaftsrechtlichen Sitzverlegung ins Ausland EuZW 1992, 550; *Weller* Zum identitätswahrenden Wegzug deutscher Gesellschaften DStR 2004, 1218.
83 Zur Zulässigkeit eines Doppelsitzes *Schäfer* in von Staub HGB 4. Aufl., § 106 Rn. 21.
84 *BGH* BB 1957, 799; *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 41; *Hoffmann* Die stille Bestattung der Sitztheorie durch den Gesetzgeber ZIP 2007, 1581 (1588).

einer Personenhandelsgesellschaft zum Handelsregister gem. § 106 Abs. 2 HGB nicht der tatsächliche Verwaltungssitz, sondern ein gesellschaftsvertraglich bestimmter statuarischer Sitz anzugeben ist,[85] ist zu beachten, dass sie gem. § 123 Abs. 2 HGB schon durch den Beginn ihrer Geschäfte entstehen können. Bei Nichteintragung droht nur die Auferlegung eines Zwangsgeldes, §§ 14 HGB, 388 ff. Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG); eine Eintragung von Amts wegen ist nicht möglich. Ein statuarischer Sitz ist dann nicht feststellbar.[86]

(3) Ort der Registereintragung

Der Referentenentwurf zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften[87] sieht als primäres Anknüpfungsmoment den Ort der Registereintragung vor.[88] Für eine wirksame Gründung müssen Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften mit Rechtspersönlichkeit (§ 106 Abs. 1 HGB) in ein inländisches Register eingetragen werden.[89] Die Registereintragung erfolgt gem. §§ 39 Abs. 1 AktG, 10 Abs. 1 GmbHG, 106 Abs. 1 HGB bei dem Gericht am Ort des Satzungssitzes. Die Bestimmung des Ortes der Registereintragung ist somit problematisch, wenn eine Gesellschaft mehrere Satzungssitze in verschiedenen Staaten hat, da hier regelmäßig zwei Eintragungen nötig sind. Eine eindeutige Bestimmung mittels der Registereintragung des Gründungsstaates ist dann nicht möglich. Gleiches gilt bei nicht eingetragenen Personenhandelsgesellschaften sowie der nicht registerfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Der Referentenentwurf zum internationalen Gesellschaftsrecht sieht für nicht eingetragene Gesellschaften die Anknüpfung an das Recht des Ortes vor, nach dem die Gesellschaft organisiert ist.[90] Dieses Kriterium ist freilich nichts anderes als Ausfluss der Parteiautonomie im internationalen Gesellschaftsrecht, da die Beachtung der Vorschriften einer Rechtsordnung über die Organisation von Gesellschaften auf einen entsprechenden Willen der Gesellschafter zur Wahl dieser Rechtsordnung schließen lässt.

b) Historische Entwicklung

Die Gründungstheorie entwickelte sich im 18. Jahrhundert in England.[91] Sie geht auf das englische Verständnis des Domizilprinzips für natürliche Personen zurück.[92] Dieses

85 *LG Köln* NJW 1950, 871; *Baumbach/Hopt* HGB Kommentar 34. Aufl., § 106 Rn. 8.

86 Wie hier *Kaulen* (Fn. 74), S. 392.

87 Siehe dazu ausführlich *Kußmaul/Richter/Ruiner* Die Sitztheorie hat endgültig ausgedient! DB 2008, 451 (451 ff.).

88 So auch *Bayer* (Fn. 63), S. 2358.

89 *Werlauff* Ausländische Gesellschaft für inländische Aktivität ZIP 1999, 867 (874).

90 Vgl. hierzu auch die US-amerikanische Anknüpfung für „foreign limited partnerships und limited liability companies" an das Recht „under which a foreign limited partnership (limited liability company) is organized".

91 *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 339.

92 *Ebenroth/Sura* (Fn. 16), S. 326; *Großfeld* (Fn. 40), S. 201.

knüpft im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen Verständnis an das „domicile of origin", also den Geburtsort der Person an.[93] Die hieraus resultierende Möglichkeit, weltweit Gesellschaften nach englischem Recht zu gründen, entsprach den Bedürfnissen Englands als Kolonialmacht und Kapitalexportland.[94] Die wirtschaftlichen Aktivitäten der nach englischem Recht gegründeten Gesellschaften blieben unter der Herrschaft der Kolonialmacht und sie genossen gleichzeitig diplomatischen Schutz, der eine ungestörte wirtschaftliche Entwicklung sicherte.[95] Durch die liberale Ausgestaltung des englischen Aktienrechts in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde die Wahl der englischen Rechtsordnung für Gesellschaften besonders attraktiv.[96] Die Gründungstheorie wird heute unter Einschränkungen in zahlreichen Rechtsordnungen wie Großbritannien, den Niederlanden (ebenfalls eine ehemalige Kolonialmacht), der Schweiz, Italien und Japan vertreten.[97] In jüngerer Zeit findet sie – insbesondere unter dem Einfluss europarechtlicher Entwicklungen – auch in Deutschland zunehmend Anhänger.[98]

c) Schutzzweck und rechtspolitische Hintergründe

Die Gründungstheorie ermöglicht Rechtswahlfreiheit der Gesellschaftsgründer hinsichtlich der international zur Verfügung stehenden Gesellschaftsformen. Staaten erhalten die Möglichkeit, ihr Rechtssystem in anderen Staaten zu etablieren und dort ihre wirtschaftlichen Interessen durchzusetzen.

3. Vermittelnde Ansätze

In der Literatur werden verschiedene vermittelnde Ansätze vertreten, die Alternativen zu Sitz- und Gründungstheorie darstellen, diese modifizieren oder – mit der Folge einer Aufspaltung des Gesellschaftsstatuts – zusammenführen. Sie sollen im Folgenden kurz dargestellt werden.

a) Differenzierungslehre

Nach der von *Grasmann* begründeten „Differenzierungslehre" soll zwischen dem Innen- und Außenverhältnis einer Gesellschaft unterschieden werden. Rechtsfragen,

---

93 *Ebenroth/Sura* (Fn. 16), S. 326; *Großfeld* (Fn. 40), S. 202.

94 *Großfeld/König* Das Internationale Gesellschaftsrecht in der Europäischen Gemeinschaft RIW 1992, 433.

95 *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 339; *Ebenroth/Sura* (Fn. 16), S. 326 f.; *Großfeld* (Fn. 40), S. 203.

96 *Großfeld* (Fn. 40), S. 202.

97 Vgl. *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 154–160; *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 340.

98 Auch der *BGH* beurteilt zugezogene Gesellschaften aus EG-Mitgliedstaaten inzwischen nach Maßgabe der Gründungstheorie vgl. BGHZ 154, 185; zustimmend *Eidenmüller* Beurteilung der Rechtsfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaates JZ 2003, 526 (529); einen Überblick über die Instanzrechtsprechung bieten *Leible/Hoffmann* „Überseering" und das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht ZIP 2003, 925 (926 f.); s. ferner nur *Bayer* (Fn. 63), S. 2363; *Ebke* Überseering: Die wahre Liberalität ist Anerkennung JZ 2003, 927 (928 f.); *Forsthoff* Internationales Gesellschaftsrecht im Umbruch DB 2003, 979; *Maul/Schmidt* Inspire Art – Quo vadis Sitztheorie? BB 2003, 2297 f.

die das Innenverhältnis einer Gesellschaft betreffen, sollen nach der Gründungstheorie entschieden werden. Für Fragen des Außenverhältnisses der Gesellschaft findet die Sitztheorie Anwendung.[99]

b) Überlagerungstheorie

Bei der von *Sandrock* entwickelten „Überlagerungstheorie" wird das Gesellschaftsstatut grundsätzlich durch die Gründungstheorie bestimmt. Wenn jedoch die privatrechtlichen Interessen der Gesellschaft eine rechtliche und wirtschaftliche Einbuße erleiden, soll die Gründungstheorie durch die Anwendung der Sitztheorie „überlagert" werden.[100] Zwischenzeitlich hat *Sandrock* diese Lehre unter dem Eindruck der Rechtsprechung des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften stark eingeschränkt.[101]

c) Einschränkung von Sitz- und Gründungstheorie nach *Beitzke*

Beitzke wendet zwar grundsätzlich die Gründungstheorie an, schränkt diese jedoch ein, wenn sich der Satzungs- oder Verwaltungssitz einer ausländischen Gesellschaft im Inland befindet. In diesem Fall soll eine eingeschränkte Sitztheorie zur Anwendung kommen, nach der der ausländischen Gesellschaft eine Frist zur Umorganisation nach inländischem Recht eingeräumt wird.[102]

d) Einschränkung der Gründungstheorie nach *Behrens*

In eine ähnliche Richtung gehen Ansätze von *Behrens*, der grundsätzlich der Gründungstheorie folgt, diese aber durch einen generellen Vorbehalt zugunsten des Sitzrechts in allen Fällen, in denen Gläubigerinteressen betroffen sind, einschränken will.[103]

e) Kombinationstheorie

Die von *Zimmer* vertretende „Kombinationstheorie" unterscheidet beim Auseinanderfallen von Sitz- und Gründungsstaat zwischen zwei Fallgruppen. Besteht ein grundlegender Auslandsbezug der Gesellschaft, wird die Gründungstheorie angewandt, fehlt ein solcher Auslandsbezug, die Sitztheorie.[104]

99 Vgl. *Grasmann* (Fn. 33).

100 *Sandrock* (Fn. 15), S. 200.

101 *Sandrock* Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie ZVglRWiss 102 (2003), 447; *ders.* BB-Forum – Nach Inspire Art – Was bleibt vom deutschen Sitzrecht übrig? BB 2003, 2588.

102 *Beitzke* (Fn. 71), S. 116 ff.

103 *Behrens* (Fn. 23), Rn. 87.

104 *Zimmer* (Fn. 73), S. 239.

IV. Auswirkungen von Sitz- und Gründungstheorie im Falle der Sitzverlegung

Praktische Relevanz hat die Wahl der Kollisionsnorm insbesondere in Fällen, in denen eine Gesellschaft ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegt hat, Sitz- und Gründungstheorie das Gesellschaftsstatut also unterschiedlich bestimmen. Von einer solchen Sitzverlegung sind zwei Rechtsordnungen betroffen: Die Rechtsordnung, nach der die Gesellschaft gegründet wurde (Wegzugsfall) und die Rechtsordnung des Aufnahmestaats (Zuzugsfall). Für erstere stellt sich insbesondere die Frage, ob die Sitzverlegung den Verlust der Rechtsfähigkeit nach dem Gründungsrecht zur Folge hat. Für letztere stellt sich die Frage, ob zuziehende Gesellschaften einer fremden Rechtsordnung als solche anzuerkennen sind. Beide Fragen können nur durch das Zusammenspiel der jeweiligen Kollisionsnorm mit dem zur Anwendung berufenen Sachrecht beantwortet werden. Im Folgenden sollen die kollisionsrechtlichen Auswirkungen von Wegzug und Zuzug jeweils unter Geltung der Sitztheorie und unter Geltung der Gründungstheorie dargestellt werden.

1. Sitztheorie

a) Zuzugsfall

Nach der Sitztheorie findet auf jede Gesellschaft das Sachrecht des Staates Anwendung, in dem sich ihr Verwaltungssitz befindet; der Aufnahmestaat wendet also sein eigenes Gesellschaftsrecht an. Da sich – trotz partieller unionsrechtlicher Harmonisierung[105] – die nationalen Gesellschaftsrechte hinsichtlich ihrer Anforderungen an die Gründung von Gesellschaften stark unterscheiden, werden bei Zuzug insbesondere einer ausländischen Kapitalgesellschaft die Gründungsvorschriften einer vergleichbaren Kapitalgesellschaft des Aufnahmestaats kaum je erfüllt sein. Daher wurden etwa in Deutschland zuziehende Auslandsgesellschaften lange Zeit als rechtliches Nullum behandelt, d. h. ihnen wurde die Rechts- und Parteifähigkeit aberkannt.[106] Seit der Jersey-Entscheidung des *BGH*[107] werden sie in Deutschland als Personengesellschaft behandelt, d. h. in eine GbR oder OHG umqualifiziert, deren Gründungsvoraussetzungen erfüllt sind. Dass sich hierfür die Bezeichnung „modifizierte Sitztheorie" eingebürgert hat,[108] ist insofern irreführend, als dadurch kollisions- und sachrechtliche Ebene vermischt werden;[109] es handelt sich um eine bloße Anwendung der Sitztheorie.

---

105 Siehe insbesondere Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976.

106 BGHZ 53, 181 (183); 97, 269 (271 f.); *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 427.

107 BGHZ 151, 204; *Kindler* (Fn. 8), S. 44; *Leible/Hoffmann* Vom Nullum zur Personengesellschaft – Die Metamorphose der Scheinauslandsgesellschaft im deutschen Recht DB 2002, 2203 (2204).

108 *Binz/Mayer* Die Rechtsstellung von Kapitalgesellschaften aus Nicht-EU/EWR/USA-Staaten mit Verwaltungssitz in Deutschland BB 2005, 2361; *Lieder/Kliebisch* Nichts Neues im Internationalen Gesellschaftsrecht: Anwendbarkeit der Sitztheorie auf Gesellschaften aus Drittstaaten? BB 2009, 338 (339).

109 Zutreffend *Leible/Hoffmann* (Fn. 107), S. 2203.

b) Wegzugsfall

Auch der Heimatstaat wendet nach der Sitztheorie auf jede Gesellschaft das Sachrecht des Staates an, in dem sich ihr Verwaltungssitz befindet, d. h. auf fortgezogene Gesellschaften das Recht des Aufnahmestaats. Die Verweisung auf das Recht des Aufnahmestaats ist eine Gesamtnormverweisung, d. h. sie erstreckt sich auf dessen IPR und Sachrecht (vgl. für das deutsche IPR Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB). Insofern ist wiederum zu differenzieren:

Folgt der Aufnahmestaat ebenfalls der Sitztheorie, gelangt sein Sachrecht zur Anwendung, das die Gesellschaft regelmäßig in eine Personengesellschaft seiner Rechtsordnung umqualifizieren wird (s. o.). Folgt der Aufnahmestaat dagegen der Gründungstheorie, erfolgt eine Rückverweisung auf das Heimatrecht der Gesellschaft. Um ein auf diese Weise mögliches „Ping-Pong-Spiel" zwischen den betroffenen Rechtsordnungen zu vermeiden, werden die internationalen Privatrechte der meisten Rechtsordnungen eine dem Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB vergleichbare Vorschrift enthalten, wonach die Rückverweisung auf das Sachrecht beschränkt ist. Das Sachrecht des Heimatstaates entscheidet also über die Zulässigkeit der Verwaltungssitzverlegung ins Ausland und ihre Konsequenzen. So erlaubt etwa Deutschland den nach deutschem Recht gegründeten Gesellschaften nach überwiegender Auffassung seit der Neufassung der §§ 4 a GmbHG, 5 AktG durch das MoMiG einen ausländischen Verwaltungssitz.[110] Dies zeigt: Die Sitztheorie sagt als bloße Kollisionsnorm über die Zulässigkeit der Verwaltungssitzverlegung nichts aus. Aus ihrer Anwendung folgt nicht, dass die Sitzverlegung ins Ausland unzulässig ist, sondern nur die Anwendung des Sachrechts des Verwaltungssitzstaates.

Folgt das internationale Gesellschaftsrecht des Zielstaats der Gründungstheorie, kommt ohne den Umweg über eine Rückverweisung ebenfalls das Sachrecht des Heimatstaates der Gesellschaft zur Anwendung, das über die Folgen der Sitzverlegung entscheidet.

2. Gründungstheorie

a) Zuzugsfall

Auf zuziehende Gesellschaften wird nach der Gründungstheorie das Recht ihres Heimatstaates angewandt. Sie werden durch den Zuzugsstaat mithin als solche anerkannt, sind also als Auslandsgesellschaften rechts- und parteifähig. Gleichwohl kann es im Einzelfall aus Gründen des öffentlichen Interesses zur Anwendung des Sachrechts des Aufnahmestaats und damit zu einer Durchbrechung des Gesellschaftsstatuts kommen. Im deutschen Kollisionsrecht lässt sich dies zum einen durch die

110 *Behme* Der Weg deutscher Aktiengesellschaften ins Ausland BB 2008, 70 (72); *Peters* Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes der GmbH ins Ausland GmbHR 2008, 245 ff.; *Seibert/Decker* Die GmbH-Reform kommt! ZIP 2008, 1208 (1209); a. A. *Werner* Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht nach Cartesio und Trabrennbahn GmbHR 2009, 191 (195).

Sonderanknüpfung zwingender Bestimmungen des deutschen Rechts begründen. Zum anderen verbietet Art. 6 EGBGB die Anwendung ausländischer Rechtsnormen, wenn sie zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts unvereinbar ist. Die so entstehende Lücke wird durch die Anwendung deutschen Rechts geschlossen.[111]

b) Wegzugsfall

Verlegt eine Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einen anderen Staat, wendet ihr Heimatstaat nach der Gründungstheorie weiterhin sein Sachrecht auf die Gesellschaft an. Dieses entscheidet mithin über Zulässigkeit und Folgen der Sitzverlegung. Die Gründungstheorie als bloße Kollisionsnorm gibt hierüber keine Auskunft. Insofern ist es nicht richtig, wenn aus der bloßen Geltung der Gründungstheorie gefolgert wird, die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland sei zulässig. Der Fall *Cartesio*[112] hat gezeigt, dass dies nicht notwendigerweise der Fall ist: Dass der betroffenen ungarischen Kommanditgesellschaft die Verlegung ihres Verwaltungssitzes nach Italien untersagt worden war, ergab sich aus dem materiellen ungarischen Gesellschafts- und Registerrecht. Dieses war erst dadurch zur Anwendung berufen, dass das ungarische Gesellschaftskollisionsrecht der Gründungstheorie folgt.[113]

V. Kritik

Im Folgenden sollen die Vor- und Nachteile von Sitz- und Gründungstheorie herausgearbeitet werden. Ungeachtet aller rechtspolitischen Erwägungen wird der Streit infolge der Rechtsprechung des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit heute jedoch zumindest teilweise europarechtlich überlagert. Die Kritik an Sitz- und Gründungstheorie lässt sich in verschiedene Kategorien unterteilen, die nachfolgend herauszuarbeiten sind.

1. Kritik in Bezug auf das Anknüpfungsmoment

Nach der Sitztheorie wird der tatsächliche Verwaltungssitz als Anknüpfungsmoment anhand von Indizien bestimmt.[114] Die Vielzahl dieser Indizien wie auch die Tatsache, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse einer Gesellschaft ständig ändern können,

111 Ausführlich zum Ganzen *Behme* (Fn. 2), S. 352; *Mittelstädt* Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf europäische Kapitalgesellschaften Bucerius Law Journal 2007, 7 (10).

112 *EuGH* Urteil vom 16.12.2008 – Rs. C-210/06 (Cartesio), BB 2009, 11 mit Kommentar *Behme/Nohlen*.

113 Teilweise wird offenbar sogar aus der Unzulässigkeit der Sitzverlegung gefolgert, das ungarische Kollisionsrecht folge der Sitztheorie. Siehe etwa *Teichmann* Cartesio: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug ZIP 2009, 393.

114 Siehe dazu unter II. 1. a).

bergen jedoch eine gewisse Rechtsunsicherheit.[115] Insbesondere kann der Verwaltungssitz von allen Beteiligten unbemerkt ins Ausland verlegt werden.

Diese Rechtsunsicherheit wird teilweise dadurch kompensiert, dass die Sitztheorie ohne Sonderanknüpfungen und ohne die Anwendung des „ordre public" auskommt,[116] da die auf diesem Wege gesicherten Schutzinteressen schon durch ihre bloße Anwendung hinreichend berücksichtigt werden, während die Gründungstheorie durch die notwendigen Sonderanknüpfungen ihrerseits Rechtsunsicherheit bewirkt.[117] Auch besteht der teilweise behauptete Gewinn an Rechtssicherheit durch die eindeutige Bestimmbarkeit des Anknüpfungsmoments der Gründungstheorie nur eingeschränkt: Jedenfalls bei Personengesellschaften, bei denen ein statuarischer Sitz nicht feststellbar ist, kann die Bestimmung des Gründungsorts der Gesellschaft Probleme bereiten.

2. Schutzzweckbezogene und rechtspolitische Kritik

Die Sitztheorie bringt ein Grundprinzip der Anknüpfung im Internationalen Privatrecht, die Anwendung des Rechts des Staates mit der größten Sachnähe,[118] zum Ausdruck[119] und stellt dessen nationale Schutzinteressen in den Vordergrund. Das Prinzip der größten Sachnähe gewährleistet jedoch noch nicht, dass der am stärksten betroffene Staat die Schutzinteressen anderer betroffener Staaten ebenfalls hinreichend berücksichtigt.[120]

Die Gründungstheorie führt hingegen zu einer Freiheit der Rechtswahl für Unternehmensgründer, die verbreitet auch als „Wettbewerb der Gesellschaftsrechte" charakterisiert wird,[121] und ermöglicht damit eine weiterreichende Geltung der Privatautonomie.[122] Abgesehen davon, dass dieser Wettbewerb das oben skizzierte „race to the bottom" auslösen kann, ermöglicht er die gezielte Umgehung der von der Sitztheorie verfolgten Schutzinteressen durch Wahl einer ausländischen Gesellschaftsform.[123] Dagegen zwingt die Sitztheorie inländische Unternehmer zur Wahl einer

115 *Raiser/Veil* (Fn. 6), § 58 Rn. 17; *Spahlinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 58; *Zimmer* (Fn. 33), S. 234; *Bayer* (Fn. 63), S. 2358; *Knobbe-Keuk* (Fn. 19), S. 356; *Grasmann* (Fn. 33), Rn. 351; *Dinkhoff* (Fn. 13), S. 86.

116 *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 42.

117 *Ebd.*, Rn. 56.

118 Vgl. zu diesem Grundprinzip *Rehbinder* Zur Politisierung des Internationalen Privatrechts JZ 1973, 151.

119 *BayOLG* EuZW 1992, 549; *Kübler/Assmann* (Fn. 11), § 35 Abs. 2 S. 555.

120 Dies verkennt *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 41.

121 Dieser Begriffswahl liegt die Vorstellung zugrunde, dass Gesellschaftsrechte wie andere Güter angeboten und nachgefragt werden. *Eidenmüller* Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa ZIP 2002, 2233 (2235).

122 *Zimmer* (Fn. 33), S. 233; *ders.* (Fn. 20), S. 656; gegen privatautonome Gestaltung *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 54.

123 Eine Auslandsgesellschaft unterliegt etwa nicht der deutschen Unternehmensmitbestimmung; so hat sich in Deutschland die Ltd. & Co KG inzwischen als Mittel zur Umgehung der deutschen Unternehmensmitbestimmung etabliert.

inländischen Gesellschaftsform; sie soll auf diese Weise eine Kontrolle der starken Machtposition von Großunternehmen auf politischer, wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Ebene ermöglichen.[124] Ob jedoch durch ihre Anwendung staatliche Interessen sowie die Interessen von Gläubigern, Arbeitnehmern und Minderheitsgesellschaftern geschützt werden, ist zweifelhaft.[125]

Staatliche Schutzinteressen werden schon durch die Anwendung öffentlich-rechtlicher Normen auf Grundlage des Territorialitätsprinzips gesichert.[126]

Hinsichtlich des Schutzes von Gläubigerinteressen ist zwischen Gläubigern kraft Rechtsgeschäfts und kraft Gesetzes zu differenzieren. Bei ersteren ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sie ihren Vertragspartner frei wählen und somit Risiken, die sich gerade aus der ausländischen Rechtsform ergeben, durch das Ausweichen auf nach inländischem Recht gegründete Gesellschaften vermeiden können.[127] Schutzbedürftig sind sie, soweit ein Informationsdefizit hinsichtlich der Folgen der fremden Rechtsform besteht. Vor sonstigen vertraglichen Risiken werden sie durch die Schutzmechanismen des allgemeinen Zivilrechts geschützt (z. B. §§ 134, 138, 305 ff. BGB). Anders stellt sich die Lage bei Gläubigern kraft Gesetzes dar, da diese keine Möglichkeit des Selbstschutzes haben.[128] Auch sie werden jedoch durch die Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts geschützt, sodass der Sitztheorie in dieser Hinsicht keine eigenständige Schutzfunktion zukommt. Zuwider läuft die Sitztheorie Gläubigerinteressen insofern, als sie dazu führt, dass die Gesellschaft mangels Parteifähigkeit Forderungen nicht gerichtlich geltend machen kann und ihr somit Vermögen zur Befriedigung von Gläubigern entzogen wird.[129]

Mitbestimmungsrechte speziell deutscher Arbeitnehmer werden durch die Sitztheorie nicht gesichert, da sie nicht zu einer Erstreckung der deutschen Unternehmensmitbestimmung auf im Ausland gegründete Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz führt. Selbst wenn das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) und das Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (DrittelBG) kollisionsrechtlich zur Anwendung berufen werden, beschränkt sich ihr Geltungsbereich aus Gründen des Sachrechts (§§ 1 Abs. 1 MitbestG, 1 Abs. 1 DrittelBG) auf nach deutschem Recht gegründete Gesellschaften.[130] Ungeachtet der Frage, ob die Unternehmensmitbestimmung überhaupt dem Arbeitnehmerschutz dient,[131] werden die Arbeitnehmer ausländischer Gesellschaften jedenfalls durch die Sitztheorie nicht geschützt. Mittelbar führt die Sitztheorie freilich durch die Nichtanerkennung ausländischer Gesellschaften zur Neugründung mitbestimmungspflichtiger deutscher Unternehmen.[132]

---

124 Vgl. *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 39; *BayOLG* EuZW 1992, 549; *Kübler/Assmann* (Fn. 11), S. 555.

125 Für eine solche Schutzwirkung der Sitztheorie: *BayOLG* EuZW 1992, 549; *Wiedemann* (Fn. 70), S. 196; *Leible* (Fn. 63), S. 497; *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 48.

126 *Behrens* (Fn. 66), S. 195.

127 *Eidenmüller* (Fn. 121), S. 2236; im Ergebnis auch *Behrens* (Fn. 66), S. 195 f.

128 *Eidenmüller* (Fn. 121), S. 2236.

129 *Behrens* (Fn. 66), S. 195.

130 Grundlegend *Behme* (Fn. 2), S. 351.

131 Dagegen *Behme* (Fn. 2), S. 356; *Eidenmüller* (Fn. 121), S. 2242.

132 *Roth* „Centros": Viel Lärm um Nichts? ZGR 2000, 311 (333).

Hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit von Minderheitsgesellschaftern ist zu beachten, dass die Beteiligung an einer nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaft auf einer freien Willensentschließung beruht, die sich auf die damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen erstreckt.[133] Regelmäßig sind Gesellschafter damit, was ihre Beteiligung gerade an einer ausländischen Gesellschaft anbelangt, nur eingeschränkt schutzbedürftig.

3. Rechtsfolgenbezogene Kritik

Einerseits wird angeführt, dass die Sitztheorie dadurch, dass bei ihrer Anwendung ausländische Gesellschaften nicht als solche anerkannt werden, einer fehlerhaften Ansiedlung ausländischer Gesellschaften vorbeugt und somit Gerichte und Behörden entlastet.[134] Diese Entlastung könnte allenfalls damit begründet werden, dass Gerichte und Behörden auf die Gesellschaft nicht das ihnen wenig vertraute ausländische Recht anwenden müssen. Jedoch kann die Sitztheorie sie nicht generell von der Pflicht zur Anwendung ausländischen Gesellschaftsrechts entbinden, sondern lediglich dessen Anwendung auf Auslandsgesellschaften mit ausländischem Verwaltungssitz beschränken.

Aus Sicht der Gesellschaften hat die Geltung der Sitztheorie in ihrem Heimatstaat keine Konsequenzen. Beschränkend wirkt sich lediglich die Sanktionierung einer Sitzverlegung durch Auflösung und Liquidation aus, die aber auf der Ebene des Sachrechts erfolgt und keine Folge der Sitztheorie ist. Eine Beschränkung der Gesellschaft ergibt sich dagegen, wenn der Aufnahmestaat sie in Anwendung der Sitztheorie nicht als solche anerkennt, sondern zur Neugründung zwingt oder in eine Personengesellschaft seines Rechts umqualifiziert mit der Konsequenz persönlicher Haftung der Gesellschafter und einer Duplizierung der Rechtspersönlichkeit.[135] Freilich soll die Gesellschaft durch Anpassung im Vorfeld der Sitzverlegung die Nichtanerkennung vermeiden können.[136] Auch eine solche angepasste ausländische (Kapital-)Gesellschaft würde jedoch lediglich in die entsprechende (Kapital-)Gesellschaftsform des Aufnahmestaats umqualifiziert, das heißt vermieden würde lediglich die persönliche Haftung, nicht aber die Duplizierung der Rechtspersönlichkeit und die damit verbundenen „unlösbaren"[137] Folgeprobleme.

4. Ökonomische Kritik

Aus ökonomischer Perspektive hat die Sitztheorie zunächst einen positiven Effekt für inländische Unternehmer: Indem sie mit dem Erfordernis einer kostspieligen und aufwendigen Neugründung hohe Hürden für einen Zuzug ausländischer Unternehmen aufstellt, hält sie den inländischen Markt frei von ausländischen Konkurren-

133 *Behrens* (Fn. 66), S. 195; *Knobbe-Keuk* (Fn. 19), S. 346.
134 *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 43.
135 *Behrens* (Fn. 66), S. 200; *Binz/Mayer* (Fn. 108), S. 2363 f.; *Lieder/Kliebisch* (Fn. 108), S. 341.
136 *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 49.
137 Vgl. *Ebke* (Fn. 98), S. 928.

ten,[138] die insbesondere Dienstleistungen oft günstiger anbieten können als inländische Anbieter. Damit korreliert jedoch ein negativer Effekt für die nachfragenden Konsumenten, die von einem starken Wettbewerb zwischen möglichst vielen in- und ausländischen Anbietern profitieren. Andererseits führt die Rechtswahlfreiheit infolge der Gründungstheorie zugleich zu einer Pluralität der Rechtsformen im Inland, die Informationskosten für den Rechtsverkehr verursacht: Gesellschaftsgründer bedürfen bei der Gründung einer Gesellschaft noch intensiverer Beratung hinsichtlich der Wahl der Rechtsform; Gläubiger müssen sich im Vorfeld eines Geschäfts über die Rechtsform ihres Vertragspartners informieren.[139]

Bei der ausländischen Gesellschaft führt die Nichtanerkennung in einem der Sitztheorie folgenden Aufnahmestaat zu Kosten, da sie dort zur Neugründung gezwungen wird. Die damit verbundene Beschränkung des Marktzugangs im Aufnahmestaat hat einen wettbewerbsbeschränkenden Effekt,[140] zumal der Zwang zur Neugründung in einem anderen Staat neben den eigentlichen Kosten der Neugründung auch weitere Kosten nach sich ziehen kann: Wenn die Geltung der Sitztheorie etwa einen ausländischen Unternehmer zur Gründung einer deutschen GmbH oder AG zwingt, welche die für das Eingreifen der Unternehmensmitbestimmung relevanten Schwellenwerte gem. §§ 1 Abs. 1 MitbestG, 1 Abs. 1 DrittelBG überschreitet, unterliegt seine neue Gesellschaft der deutschen Mitbestimmung,[141] was seine Investitionsbereitschaft deutlich schmälern dürfte.

Mit der Gründungstheorie kann ein Staat einerseits sein eigenes Gesellschaftsrecht exportieren, andererseits aber die Ansiedlung ausländischer Unternehmen im Inland ermöglichen bzw. in Verbindung mit einer attraktiven Ausgestaltung des materiellen Gesellschaftsrechts gezielt fördern.[142] Die Nichtanerkennung ausländischer Gesellschaften infolge der Sitztheorie verhindert hingegen, dass inländische Unternehmer sich einer ausländischen Gesellschaftsform mit möglicherweise geringeren Gründungsanforderungen bedienen können. Dass dadurch der internationale Wettbewerb beschränkt wird, macht insbesondere der Vergleich zweier Unternehmen deutlich, von denen das eine aus einem Sitztheoriestaat (Staat A), das andere aus einem Gründungstheoriestaat (Staat B) stammt und die sich beide in einem Drittstaat wirtschaftlich betätigen wollen, welcher der Gründungstheorie folgt. Während das Unternehmen aus Staat A sich dabei lediglich einer der Gesellschaftsformen bedienen kann, die das Recht von Staat A bereithält, kann das Unternehmen aus Staat B aus einer Vielzahl von Rechtsordnungen die passende Gesellschaftsform auswählen. Demgegenüber zwingt Staat A seinem Unternehmen ein bestimmtes Schutzniveau auf; im Wettbewerb mit dem Unternehmen aus Staat B wird es damit benachteiligt.

---

138 *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 50; *Ebenroth* Konzernkollisionsrecht im Wandel außenwirtschaftlicher Ziele 1978, S. 29.

139 Vgl. *Eidenmüller* (Fn. 121), S. 2237; *Roth* (Fn. 132), S. 334.

140 *Sandrock* (Fn. 53), S. 507 f.

141 Sehr kritisch aus ökonomischer Perspektive *Adams* Das Ende der Mitbestimmung ZIP 2006, 1561 (1563 f.).

142 *Hauschka* Rechtliche Ausprägungen von Interaktion und Wettbewerb zwischen konkurrierenden Wirtschaftssystemen ZVglRWiss 1988, 46 (48).

5. Europarechtliche Überlagerung

Seit den *EuGH*-Entscheidungen zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften (Art. 49, 54 AEUV) wird der Streit zwischen Sitz- und Gründungstheorie partiell durch das Europarecht überlagert. Jede rechtliche Behandlung zuziehender Gesellschaften durch den Aufnahmestaat ist am Maßstab der Niederlassungsfreiheit zu überprüfen,[143] ebenso wie Beschränkungen des Wegzugs, sofern nicht nur der Verwaltungssitz, sondern die gesamte Gesellschaft ins Ausland verlagert und dabei in eine Gesellschaft des Aufnahmestaats umgewandelt wird.[144] Teilweise wird daraus eine europarechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten zur Anwendung der Gründungstheorie abgeleitet, während gegenüber Drittstaaten weiterhin die Sitztheorie gelten soll.[145] Das Europarecht stellt jedoch nur das Ergebnis der Anwendung von Kollisions- und Sachrecht unter den Zwang der Rechtfertigung durch zwingende Allgemeininteressen, ist aber an sich kollisionsrechtsneutral.[146]

143 Vgl. *EuGH* Urteil vom 9.3.1999 – Rs. C-212/97 (Centros); *EuGH* Urteil v. 5.11.2002, Rs. C-208/00 (Überseering); *EuGH* Urteil v. 30.9.2003, Rs. C-167/01 (Inspire Art).

144 *EuGH* Urteil vom 16.12.2008 – Rs. C-210/06 (Cartesio) BB 2009, 11 mit Kommentar *Behme/Nohlen*, anknüpfend an *EuGH* Urteil vom 27.9.1988 – Rs. C-81/87 (Daily Mail).

145 So jüngst auch der BGHZ 153, 353; hierzu *Behme/Nohlen* Rechts- und Parteifähigkeit einer schweizerischen Aktiengesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland StudZR 2009, 199 ff.

146 Zu kollisionsrechtlichen Implikationen der Niederlassungsfreiheit ausführlich *Teichmann* Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht 2006, S. 402 ff.

Setzen Sie die richtigen Schwerpunkte!

Die Reihe „Schwerpunkte Pflichtfach"

- systematische Stoffvermittlung mit Tiefgang
- Vorlesungsbegleitung und Vertiefung oder punktuelle Wiederholung vor der Prüfung
- Übungen zur Fallanwendung und zum Prüfungsaufbau anhand von einleitenden Fällen mit Lösungsskizzen

Prof. Dr. Haimo Schack
BGB-Allgemeiner Teil
12. Auflage 2008. € 18,-

Prof. Dr. Harm Peter Westermann/
Prof. Dr. Peter Bydlinski/
Prof. Dr. Ralph Weber
BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil
6. Auflage 2007. € 21,-

Prof. Dr. Volker Emmerich
BGB-Schuldrecht Besonderer Teil
12. Auflage 2009. € 24,-

„Bewährte Studienliteratur, die bereits vielen tausend Lesern auf die Sprünge geholfen hat." Studium SS 2009

Alle Titel aus der Reihe und mehr Infos unter: **www.cfmueller-campus.de/schwerpunkte**

C.F. Müller Jura auf den gebracht

Heinrich Nemeczek*

Systemkonformität und Wertungskonkordanz einer vertragsrechtlichen Bestätigungslösung bei unerlaubter Telefonwerbung

Abstract

Die im Rahmen der Beratungen zum Telefonwerbung-Bekämpfungsgesetz (BGBl. I 2009, S. 2413) vom Bundesrat vorgeschlagene „Bestätigungslösung" wirft zahlreiche dogmatische Streitfragen auf. Neben der zweifelhaften Stellung einer vertragsrechtlichen Sanktion im UWG wäre das Wirksamkeitserfordernis einer Bestätigungserklärung bei im Rahmen unerlaubter Telefonwerbung geschlossener Verträge auch dem allgemeinen Zivilrecht fremd.

Problematisch erscheint es insbesondere, dass eine vertragsrechtliche Sanktion gewählt werden soll, die an den rechtswidrigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des angerufenen Verbrauchers anknüpft. Daneben ist zu fragen, ob die geforderte „Bestätigungslösung" ein – systemwidriges – Gestaltungsrecht schafft, das allein durch Unterlassen ausgeübt werden kann, und wie ein wertender Vergleich zu den allgemeinen bürgerlichrechtlichen Instituten ausfällt.

* *Heinrich Nemeczek*, Freiburg im Breisgau. – Für die Durchsicht des Manuskripts und ihre wertvolle Unterstützung danke ich *Eva Thörner*.

I. Einführung

1. Durch das am 29. Juli 2009 in Kraft getretene Telefonwerbung-Bekämpfungsgesetz[1] (TWBG) erfuhren namentlich das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) markante Änderungen. Diesen vorangegangen waren Diskussionen, in denen Möglichkeiten zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung eingehend untersucht wurden. Mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen „Bestätigungslösung" sollte der seit einiger Zeit immer lauter werdenden Forderung nach einer vertragsrechtlichen Lösung im Lauterkeitsrecht[2] entsprochen werden. Diese sah vor, § 7 UWG in seiner jetzigen Fassung einen Absatz 4 hinzuzufügen:[3]

> *„(4) Die auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung, die ein Verbraucher bei einem Telefonanruf nach Absatz 2 Nr. 2 abgibt, wird erst wirksam, wenn der Verbraucher sie durch eine nachfolgende Erklärung in Textform innerhalb von zwei Wochen bestätigt. Der Unternehmer trägt die Beweislast dafür, dass eine unzumutbare Belästigung des Verbrauchers gemäß Absatz 2 Nr. 2 nicht vorgelegen hat."*

Die „Bestätigungslösung" fand zwar wegen des dezidierten Widerstands vonseiten der Bundesregierung und des Bundestags keinen Niederschlag im TWBG. Gleichwohl distanzierte sich der Bundesrat nicht von seinem Vorschlag und auch in der Literatur wird die bisher fehlende lauterkeitsrechtliche Vertragslösung bedauert.[4] Dies zeigt, dass die Akzessorietät zwischen lauterkeitsrechtlichen Sanktionen und dem Vertragsrecht kein endgültig verworfenes Theorem darstellt und auch zukünftig Eingang in Gesetzesvorschlägen finden könnte.

2. Auch wenn es zunächst nur vorteilhaft für den Verbraucher erscheinen mag, unerlaubte Telefonwerbung auch vertragsrechtlich zu sanktionieren, wirft die „Bestätigungslösung" sowohl praktische[5] als auch dogmatische Streitfragen auf. Letzteren

---

1 BGBl. I 2009, S. 2413.

2 Vgl. *Fezer* Das wettbewerbsrechtliche Vertragsauflösungsrecht in der UWG-Reform WRP 2003, 127; kritisch dazu *Köhler* UWG-Reform und Verbraucherschutz GRUR 2003, 265 (266 ff.). Der Gesetzesvorschlag von *Fezer* Die Nichtigkeit der Folgeverträge unlauterer Telefonwerbung WRP 2007, 855 (861) sah sogar die Nichtigkeit des Folgevertrages im Rahmen unerlaubter Telefonwerbung vor.

3 BT-Drs. 16/10734, S. 20.

4 So etwa *Mankowski/Siemonsen* Das fernabsatzrechtliche Widerrufsrecht nach dem Telefonwerbungsbekämpfungsgesetz MMR 2009, 515 (516); dagegen *Köhler* Neue Regelungen zum Verbraucherschutz bei Telefonwerbung und Fernabsatzverträgen NJW 2009, 2567 (2569 f.).

5 Die Annahme, strengere Anforderungen an den im Rahmen unerlaubter Telefonwerbung geschlossenen Vertrag zu stellen, wirke sich positiv auf den Verbraucher aus, kann sich nicht ohne weiteres bestätigen. Dadurch, dass die Willenserklärung des Verbrauchers erst durch die schriftliche Bestätigung wirksam werden soll, wird dem unlauter handelnden Telefonwerber viel daran gelegen sein, den Verbraucher zu einer solchen Bestätigung zu drängen, indem er diesen mehrfach anruft. Außerdem hat die fehlende Bestätigung zur Folge, dass der Vertrag über die bereicherungsrechtlichen Vorschriften (§§ 812 ff. BGB) abzuwickeln ist und nicht

widmet sich der vorliegende Beitrag, indem er die Systemkonformität und Wertungskonkordanz der „Bestätigungslösung" im Kontext des Lauterkeitsrechts und des allgemeinen Zivilrechts untersucht.

II. Die Bestätigungslösung im Kontext des Lauterkeitsrechts

1. Mit seinem generalpräventiven Charakter wendet sich das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) grundsätzlich gegen die Vornahme einer unlauteren geschäftlichen Handlung. Hat diese den Abschluss eines Rechtsgeschäftes zur Folge, bedeutet das nicht dessen Nichtigkeit nach § 134 BGB. Denn das UWG sanktioniert lediglich die Art und Weise des Zustandekommens solcher Geschäfte, wohingegen es keine Entscheidung über deren Inhalt und Wirksamkeit trifft.[6] Anders verhält es sich, wenn der Abschluss des Vertrages selbst ein wettbewerbswidriges Handeln darstellt, wenn also der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung die Wettbewerbswidrigkeit innewohnt: Der dieser Verpflichtung zugrunde liegende Basisvertrag ist nach § 134 BGB nichtig.[7]

Unerlaubte Telefonwerbung begründet aber *eo ipso* die Wettbewerbswidrigkeit, während der darauf folgende Vertragsabschluss diese Wertung nicht zu berühren vermag, ja auf sie keinen Einfluss ausübt. Aufgrund der Verbindung mit dem Vertragsrecht schiene mit der „Bestätigungslösung" und ihrer vertragsrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzung ein Systembruch innerhalb des Lauterkeitsrechts vorzuliegen.

2. Die Integration einer vertragsrechtlichen Vorschrift in das UWG ist allerdings nicht neu: § 13a UWG in der bis zum 7.7.2004 geltenden Fassung sah ein Rücktrittsrecht des Abnehmers vor, der durch eine unwahre und zur Irreführung geeignete Werbeangabe beeinflusst wurde. Zwischen § 13a UWG a. F. und § 7 Abs. 4 UWG-E als vertragsrechtliche Vorschriften mag insoweit ein sachlicher Zusammenhang bestehen. Darin ein entstehungsgeschichtliches Argument für die Systemkonformität der „Bestätigungslösung" zu erblicken,[8] überzeugt allerdings nicht. Zum einen

---

über das (verbraucherfreundliche) Widerrufsrecht (§§ 355, 357 BGB). Siehe zu den Vorteilen die Stellungnahmen zu der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (abrufbar unter: http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/44_Unerlaubte_Telefonwerbung/04_SV-Stellungnahmen/) (zuletzt aufgerufen am 21. Dezember 2009) von: *Fezer*, S. 2 ff.; *Heidemann-Peuser*, S. 4 f.; *Jahn*, S. 5 f.; *Lüblinghoff*, S. 4 und zu den Nachteilen die Stellungnahmen von: *Ohly*, S. 2 f.; *Nauen*, S. 4 ff.; *Rheinländer*, S. 4; siehe außerdem *Vander* Telefonmarketing im Fadenkreuz MMR 2008, 639 (641).

6 *Köhler* in Hefermehl/Köhler/Bornkamm 27. Aufl., Einl. Rn. 7.8; *Ohly* in Piper/Ohly/Sosnitza 5. Aufl., Einf. D Rn. 67.

7 *BGH* NJW 1998, 2531 (2533) – Co-Verlagsvereinbarung; *OLG Stuttgart* NJW-RR 1997, 236 (237).

8 Vgl. *Fezer* Protokoll der 125. Sitzung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags, 28. Januar 2009, S. 39, abrufbar unter: http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/44_Unerlaubte_Telefonwerbung/05_Wortprotokoll. pdf (zuletzt aufgerufen am 22. Dezember 2009).

wurde § 13a UWG a. F. überwiegend als „Fremdkörper" innerhalb des UWG angesehen[9] und aufgrund seiner praktischen Irrelevanz[10] wieder gestrichen.

Zum anderen ist ein Vergleich beider Normen insoweit problematisch, als sie sich als wesensverschieden erweisen. § 13 UWG a. F. und § 7 Abs. 4 UWG-E unterscheiden sich zunächst in ihrer primären Zielsetzung. Während die „Bestätigungslösung" den Verbraucher vor Belästigung schützen soll, diente § 13 UWG a. F. primär dem Schutz des irregeführten Abnehmers und verstand sich als Ausprägung des Konkurrentenschutzgedankens.[11] Neben dem Rücktrittsrecht aus § 13 UWG a. F. standen dem Abnehmer keine weiteren Rechtsbehelfe – etwa Nachbesserung oder Minderung – zur Verfügung. Insoweit konnte sich der Abnehmer lediglich für oder gegen das Fortbestehen des Vertrages in seiner konkreten Form entscheiden.[12] Entschied er sich dagegen, erhielten die Mitbewerber erneut die Chance, den Verbraucher zu umwerben.

Unabhängig der primären Schutzzweckbestimmung knüpfte § 13a UWG a. F. weiterhin an die Beeinträchtigung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers an.[13] Erforderlich war das Vorliegen einer „unwahren und zur Irreführung geeigneten Werbeangabe" im Sinne von § 4 UWG a. F., d. h. einer strafbaren Werbung, die im heutigen § 16 UWG geregelt ist.[14] Insoweit bestand eine sachliche Nähe zu den §§ 119 ff. BGB. Im Gegensatz zu sämtlichen anderen lauterkeitsrechtlichen Vorschriften,[15] die an Art und Weise tatbestandsmäßiger Handlungen im Sinne des UWG anknüpfen, stellte § 4 UWG a. F. daher auch – ausnahmsweise – ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar.[16]

Um die Entscheidungsfreiheit geht es bei § 7 Abs. 4 UWG-E aber gerade nicht: Mit der unerlaubten Telefonwerbung greift der Unternehmer in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers ein. Dieser Eingriff berührt nicht zwingend auch die Willensfreiheit des Verbrauchers, der sich zwar belästigt fühlt, von den Umständen des Vertragsschlusses in der Regel aber ausreichende Kenntnis hat.

In einem Punkt ging das einstige Rücktrittsrecht weiter als die vorliegend in Rede stehende „Bestätigungslösung": Mit jenem vollzog sich der Übergang vom ausschließlich kollektiven zum individuellen Verbraucherschutz.[17] Aus der „Bestätigungslösung" kann der Verbraucher dagegen keine Rechte ableiten. Die Bestätigung stellt lediglich eine weitere vertragliche Wirksamkeitsvoraussetzung dar. Dem Verbraucher wäre es allenfalls möglich, eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO zu er-

9 Vgl. *Schaffernak* Das wettbewerbsrechtliche Vertragsauflösungsrecht nach § 13a UWG 1991, S. 46.

10 Vgl. *Holtorf* in Gloy/Loschelder/Erdmann 4. Aufl., § 21, Rn. 7; *Beater* Unlauterer Wettbewerb 2002, § 28 Rn. 46 ff.; *Köhler* in Piper/Köhler 3. Aufl., § 13a Rn. 1.

11 BGHZ 123, 330; *Beater* (Fn. 10), § 28 Rn. 47; Staudinger/*Köhler* 2001, § 13a UWG Rn. 2.

12 *Beater* (Fn. 10), § 28 Rn. 47.

13 *Schaffernak* (Fn. 9), S. 47.

14 Vgl. *Dreyer* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig 2. Aufl., § 16 Rn. 2.

15 *Köhler* (Fn. 2), S. 271.

16 *Piper* in Piper/Köhler 3. Aufl., § 4 Rn. 2.

17 *Teplitzky* Wettbewerbsrechtliche Ansprüche 7. Auflage (1997), Kap. 37 Rn. 2; *Köhler* (Fn. 11), § 13a UWG Rn. 1.

heben, die auf die Feststellung des Bestehens bzw. Nichtbestehens eines am Telefon geschlossenen Vertrages gerichtet wäre. Nach derzeitiger Rechtslage ist dagegen kein Fall denkbar ist, in dem ein vom Verbraucher geschlossener Vertrag aus lauterkeitsrechtlichen Gründen unwirksam wäre. Das gilt selbst dann, wenn der Verbraucher einen Vertrag mit einem Unternehmer schließt, der nach § 134 BGB i. V. m. einer lauterkeitsrechtlichen Vorschrift nichtig wäre: Verpflichtet sich eine Person vertraglich zu einer wettbewerbswidrigen Handlung, unterfällt diese deshalb dem Unternehmerbegriff des § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG, weil sie dann im Auftrag eines anderen Unternehmers handelt. Ein Verbraucher, der eine solche Verpflichtung eingeht, ist daher kein Verbraucher. Insoweit wäre die Möglichkeit einer solchen Feststellungsklage neu. Gleichwohl werden Individualrechte des Verbrauchers damit nicht begründet.

3. Im Übrigen hätte die Regelung der „Bestätigungslösung" im UWG einen schwerwiegenden Systembruch zur Folge. Die ausbleibende Nichtigkeit eines Vertrages infolge unlauterer geschäftlicher Handlungen wäre fortan schwerlich damit begründbar, dass sich das UWG, ohne die vertragliche Wirksamkeit zu berühren, ausschließlich gegen die Art des Zustandekommens wendet. Denn dem stünde das systematische Argument aus § 7 Abs. 4 UWG-E entgegen, der an die Art des Zustandekommens des Vertrags (Telefonwerbung) die Nichtigkeit knüpft.

Man mag zwar einwenden, diese Auswirkungen auf den Vertrag stellten eine abschließende Ausnahme dar. Doch kann sich das in stetiger Bewegung befindende Lauterkeitsrecht samt seiner Prinzipien alsbald über solche gesetzgeberischen Erwägungen hinwegsetzen, wenn es die Harmonie des kodifikatorischen Systems gebietet.[18] Einen solchen diskordanten Systembruch gälte es dann aufzulösen.

Darüber hinaus ist neben den Erwägungen des Gesetzgebers auch die lauterkeitsrechtliche Systematik zu beachten: Die Normen des UWG lassen sich auf die heute in § 3 Abs. 1 UWG und § 7 Abs. 1 UWG aufgegangene Generalklausel insoweit zurückführen, als sie diese konkretisieren und präzisieren.[19] Innerhalb dieser Normen würde es eine Ungleichbehandlung bedeuten, würde sich die unzulässige geschäftliche Handlung nur bei § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG auf den Vertrag auswirken. Die unlautere geschäftliche Handlung nach § 4 Nr. 1 UWG wiegt demgegenüber schwerer und steht außerdem in näherem Zusammenhang zu einem Vertrag insofern, als sie die Entscheidungsfreiheit des von der Handlung Betroffenen unsachlich beeinflusst.[20] Aber nicht nur das: Aus § 7 Abs. 4 UWG-E kann der Grundsatz erwachsen, dass die lauterkeitsrechtliche Sanktion nicht nur in einem Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch, sondern darüber hinaus in der Unwirksamkeit des Vertrages besteht.[21] Die Begründung des Bundesrats tendiert dazu, keine für § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ausnahmsweise vertragsrechtliche Sanktion zu wählen.[22]

---

18 Vgl. *Larenz/Canaris* Methodenlehre 3. Auflage (1995), S. 137 ff.

19 *Köhler* (Fn. 6), § 3 Rn. 63 f.; § 7 Rn. 1; *Sosnitza* in Piper/Ohly/Sosnitza 5. Aufl., § 3 Rn. 4 f.; *Ohly* (Fn. 6), § 7 Rn. 1.

20 Vgl. *Sosnitza* (Fn. 19), § 4.1 Rn. 1/4.

21 Vgl. *Fezer* (Fn. 8), S. 5, 40.

22 Vgl. BT-Drs. 16/10734, S. 20.

4. Akzessorietät der Vertragsnichtigkeit zur fehlenden Einwilligung

Es erscheint problematisch, dass die ausbleibende Wirksamkeit oder gar eintretende Nichtigkeit[23] eines Vertrags an das Fehlen der Einwilligung anknüpft. Nach Ansicht *Fezers*[24] ist die Nichtigkeit des Vertrages eine systemkonforme Folge zur Abwehr eines konkreten Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers. Sie sei akzessorisch zum Fehlen der Einwilligung, da der Unternehmer durch die unerlaubte Telefonwerbung die Dispositionsfreiheit des Verbrauchers über seine Privatsphäre missachte.

Eine solche Akzessorietät besteht m. E. aber nicht; die vertragsrechtliche Sanktion kann nicht an die ausbleibende Einwilligung angeknüpft werden. Kennzeichnend für die Einwilligung ist die Erlaubnis des Dispositionsbefugten zum Eingriff in dessen subjektive Rechte.[25] Demgemäß schließt sie die Rechtswidrigkeit des Eingriffs aus.[26] Sie muss vor dem Eingriff erklärt werden,[27] sodass eine nachträgliche Genehmigung lediglich den Verzicht auf die Rechtsfolgen der Handlung begründet.[28] Ruft der werbende Unternehmer einen Verbraucher an und liegt eine entsprechende Einwilligung vor, greift jener zwar in das Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers ein; der Eingriff ist aber aufgrund der Einwilligung gerechtfertigt. Ruft er aber einen Verbraucher an, ohne dass dieser darin eingewilligt hat, greift der Unternehmer rechtswidrig in das Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers ein. Dieser Eingriff bleibt rechtswidrig und verletzt den Verbraucher in seinem Persönlichkeitsrecht, auch wenn der Verbraucher den Eingriff nachträglich genehmigt.[29] Dadurch bestehen Abwehransprüche aufgrund der subjektiven Rechte fort. Die Annahme einer Akzessorietät verkennt den Unterschied zwischen der bei Telefonwerbung bestehenden persönlichkeitsrechtlichen Abwehrbefugnis einerseits und der privatautonomen Gestaltungsmöglichkeit andererseits.

Letztere kann nur innerhalb der gesetzlich zugelassenen Grenzen verwirklicht werden.[30] Werden die Grenzen des rechtlichen Dürfens überschritten, so hat ein solcher Verstoß die Nichtigkeit zur Folge. Die Nichtigkeit kann dagegen in Fällen unerlaubter Telefonwerbung nicht die Folge einer fehlenden Erlaubnis zum Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Form der Einwilligung sein. Sie kann dann angeordnet werden, wenn der Freiheitsgehalt der Privatautonomie beschnitten wäre, weil der Einzelne seine rechtlichen Verhältnisse aufgrund der Beeinflussung seiner Entscheidungsfreiheit nicht eigenverantwortlich regeln kann.[31] Doch ist die Beeinflus-

---

23 Vgl. Fn. 3.

24 *Fezer* (Fn. 2), S. 861.

25 *Ohly* Volenti non fit iniuria 2002, § 9 II 1a), S. 181.

26 Palandt/*Sprau* 69. Aufl., § 823 Rn. 38. A. A.: *Ohly* (Fn. 25), § 7 II 2, S. 127 ff.; § 9 II 3b), S. 197, der darin einen tatbestandsausschließenden Grund sieht.

27 *OLG München* NJW-RR 1991, 477 (478).

28 *Ohly* (Fn. 25), § 12 III, S. 344.

29 Vgl. *BGH* NJW 1960, 860; *Bub* in Bamberger/Roth 2. Aufl., § 185 Rn. 12.

30 Palandt/*Ellenberger* 69. Aufl., § 138 Rn. 1; *Dörner* in Schulze/Dörner/Ebert 6. Aufl., § 134 Rn. 1.

31 Vgl. *Ohly* (Fn. 25), § 9 II 1a), S. 179.

sung der Entscheidungsfreiheit bei Telefonwerbung nicht die Regel, sodass keine notwendige Akzessorietät zur Einwilligung besteht. Abgesichert wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht als subjektives Recht vielmehr durch § 823 Abs. 1 BGB oder § 1004 BGB.[32]

Diese Grundsätze gelten auch für § 7 Abs. 4 UWG-E: Die Bestätigung führt zu keiner Rechtfertigung des in das Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers eingreifenden Telefonwerbers. Als weitere Wirksamkeitsvoraussetzung ist sie akzessorisch zur vertraglichen Gestaltungsmöglichkeit des Verbrauchers, nicht hingegen zur fehlenden Einwilligung.

5. Ergebnis

Die „Bestätigungslösung" des § 7 Abs. 4 UWG-E ist mit dem System des Lauterkeitsrechts nicht zu vereinbaren. Die Vertragsunwirksamkeit ist eine dem Lauterkeitsrecht systemfremde Sanktion. Vertragliche Wirksamkeitsvoraussetzungen sollten nicht in das UWG integriert werden, da sich dieses generalpräventiv gegen die Vornahme unlauterer geschäftlicher Handlungen wendet.

III. Die Bestätigungslösung und das allgemeine Zivilrecht

Teilt der Gesetzgeber die systematischen Bedenken, die bei der Kodifikation der „Bestätigungslösung" innerhalb des UWG bestehen, kann er diesem Problem nicht durch dessen Normierung im BGB entgehen. Selbst innerhalb des allgemeinen Zivilrechts stößt die „Bestätigungslösung" auf systematische und wertungsmäßige Bedenken.

1. Untätigsein als Ausübung eines Gestaltungsrechts?

Im Rahmen der Beratungen zum TWBG wurde vielfach angemahnt, die „Bestätigungslösung" sei systemwidrig, da diese es dem Verbraucher erlaube, sich vom Vertrag durch bloßes Untätigsein zu lösen.[33] Das impliziert, dass ein Gestaltungsrecht durch Unterlassen ausgeübt werden könne. Grundsätzlich dienen Gestaltungsrechte dazu, durch einseitige Erklärung ein Rechtsverhältnis zu begründen, zu ändern oder zu beenden.[34] Wenn der Verbraucher im Rahmen des § 7 Abs. 4 UWG-E tatsächlich in der Lage sein soll, sich vom Vertrag durch bloßes Unterlassen zu lösen, müsste ein solcher zuvor wirksam geworden sein. Das Problem dieser spezi-

32 *Ebd.*, § 9 II 1a), S. 182.

33 Vgl. *Ohly* Protokoll der 125. Sitzung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags, 28. Januar 2009, S. 16 f., abrufbar unter: http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a06/anhoerungen/Archiv/44_Unerlaubte_Telefonwerbung/05_Wortprotokoll.pdf (zuletzt aufgerufen am 22. Dezember 2009).

34 *Larenz/Wolf* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 9. Auflage (2004), § 13 Rn. 29; *Leverenz* Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts Jura 1996, 1.

fischen Situation liegt darin, dass sich der Vertrag zwischen Telefonwerber und Verbraucher nach der Telefonwerbung im Schwebezustand befindet. Bis auf die Bestätigungserklärung liegen alle übrigen Wirksamkeitsvoraussetzungen vor, insbesondere haben sich die Parteien regelmäßig über die *essentialia negotii* und die sonstigen Vertragsbestandteile geeinigt. Die Bestätigung hat keine die Vertragsinhalte bestimmende Wirkung, sondern bezieht sich nur auf die bereits vereinbarten. Die erste Erklärung des Verbrauchers, die am Telefon abgegeben wird, wird aber erst mit der Bestätigungserklärung wirksam. Der Telefonwerber bleibt dagegen an sein Angebot gebunden. Ob der Vertrag endgültig wirksam wird oder nicht, hängt von da an nur noch vom Verbraucher ab; der Telefonwerber wäre deshalb dessen Fremdbestimmung ausgesetzt.[35]

Darin die Ausübung eines Gestaltungsrechts zu sehen, erscheint allerdings zweifelhaft, wenn man die Wirkung der Bestätigungserklärung betrachtet: Durch sie wird das Rechtsverhältnis zwischen Telefonwerber und Verbraucher endgültig begründet. Mit dem bloßen Untätigsein kann sich der Verbraucher aber nicht vom Vertrag lösen, da ein solcher noch nicht wirksam geworden ist und deshalb Rechte und Pflichten begründet hätte. Vielmehr ist die Erklärung der Bestätigung selbst als Ausübung eines Gestaltungsrechts zu sehen. Bis Abgabe der Bestätigung ist der Vertrag schwebend unwirksam.[36]

Im Kontext der Gestaltungsrechte greift die „Bestätigungslösung" daher kein neues, systemwidriges Konzept auf.

2. Bestätigungslösung und Anfechtungsrecht nach § 123 Abs. 1 BGB

a) Eine tief greifende Einflussnahme auf den Willensbildungsprozess durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung hat nicht die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge. Das Opfer der Täuschung oder Drohung muss, um sich vom Vertrag zu lösen, diesen nach § 123 Abs. 1 BGB anfechten. Der von einer unerlaubten Telefonwerbung Betroffene hat dagegen nicht tätig zu werden, damit der Vertrag endgültig unwirksam wird. Ein solcher Wertungswiderspruch ist sachlich nicht zu rechtfertigen, zumal der Eingriff in die Privatsphäre des Verbrauchers nicht auch die Beeinträchtigung seiner rechtsgeschäftlichen Entschließungsfreiheit zur Folge hat.[37]

b) Bei der Anhörung vor dem Rechtsausschuss wurde hierzu angemerkt, dass der von der arglistigen Täuschung Betroffene den Vertrag nicht anzufechten habe.[38] Der Täter erfülle vielmehr den Betrugstatbestand (§ 263 StGB) und verstoße deshalb gegen ein Schutzgesetz. Der Vertrag sei wegen dieses Verstoßes nach § 134 BGB

35 Vgl. *Medicus* Allgemeiner Teil des BGB 9. Auflage (2006), Rn. 81.

36 Auch wenn die Einräumung eines Widerrufsrechts aus § 109 Abs. 1 BGB analog zweifelhaft erscheint, wäre dieses regelmäßig schon wegen § 109 Abs. 2 BGB analog ausgeschlossen, da der Telefonwerber ohnehin gem. § 7 Abs. 4 S. 2 UWG-E die Beweislast für das Vorliegen einer Einwilligung trüge.

37 So auch die dezidierte Stellungnahme von *Ohly* (Fn. 5); vgl. II. 2.

38 *Fezer* (Fn. 8), S. 41.

nichtig. Das allerdings ist nicht richtig. Wäre dies der Fall, hätte § 123 BGB keine Bedeutung.[39] Ein strafbewehrtes Verbot führt nur dann zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, wenn dessen Tatbestand von beiden Vertragsparteien objektiv und subjektiv erfüllt wird.[40] Betrügt und erpresst der eine Vertragspartner den anderen, ist die zweiseitige Verwirklichung des Betrugstatbestands nicht gegeben und der Vertrag deshalb nicht nach § 134 BGB nichtig.[41]

3. Bestätigungslösung und Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB

Die „Bestätigungslösung" lässt sich wertungsmäßig auch nicht mit der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB in Einklang bringen. § 138 BGB setzt der Privatautonomie dort eine Grenze, wo sie in Widerspruch zu Grundprinzipien der Rechts- und Sittenordnung gerät.[42]

Gegenstand des Sittenwidrigkeitsurteils sind der Inhalt oder der Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts.[43] Jedoch hat die Vornahme unerlaubter Telefonwerbung per se keinen Einfluss auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts.[44] Im Falle indifferenten Vertragsinhalts kann sich die Sittenwidrigkeit auch aus den Begleitumständen ergeben.[45] Entscheidend ist eine Gesamtwürdigung des Rechtsgeschäfts, in die Beweggründe und Zweck des Rechtsgeschäfts einzubeziehen sind.[46] Der Tatbestand der unerlaubten Telefonwerbung regelt jedoch nur das Verhalten gegenüber den Marktpartnern. Er ist nicht Ausdruck eines besonders verwerflichen Verhaltens, der vom Schutzzweck des § 138 I BGB erfasst sein soll.

Schließlich bedarf es auch keines weiter gehenden Schutzes des Verbrauchers durch die Einschränkung privatautonomen Handelns; diesem steht nach Wirksamwerden des Vertrages regelmäßig noch das Widerrufsrecht aus §§ 312d Abs. 1, 355 Abs. 1 BGB zu.

4. Bestätigungslösung als Bestätigung im Sinne des § 141 BGB

Nach § 141 Abs. 2 BGB kann ein nichtiger Vertrag von den Parteien bestätigt werden mit der Folge, dass dieser ex nunc[47] wirksam wird. § 141 BGB beruht darauf, dass ein nichtiges Rechtsgeschäft bei späterem Wegfall des Nichtigkeitsgrundes nichtig bleibt.[48] Der Vertrag wird daher nur bei erneuter Vornahme wirksam. Die Bestätigung bedeutet daher kein Überwinden des Nichtigkeitsgrundes. Liegt dieser auch

---

39 Vgl. *Armbrüster* in MünchKomm BGB I 5. Aufl., § 134 Rn. 53.
40 *BGH* BGHZ 132, 313.
41 *Larenz/Wolf* (Fn. 34), § 40 Rn. 28; *Wendtland* in Bamberger/Roth 2. Aufl., § 134 Rn. 18.
42 *Ellenberger* (Fn. 30), § 138 Rn. 1.
43 *BGH* NJW 1990, 567 (568); *Ellenberger* (Fn. 30), § 138 Rn. 7.
44 Vgl. II. 2.
45 *Sack* Folgeverträge unlauteren Wettbewerbs GRUR 2004, 625 (627).
46 *BGH* NJW 1990, 704; 2001, 1127.
47 *BAG* NJW 2005, 3595 (3596).
48 *Ellenberger* (Fn. 30), § 141 Rn. 1; *Jauernig* in Jauernig 13. Aufl., § 141 Rn. 1.

bei erneuter Vornahme des Rechtsgeschäfts in Form der Bestätigung vor, bleibt dieses nichtig.[49]

Die Bestätigung des § 7 Abs. 4 UWG-E erfolgt jedoch nicht zweiseitig durch beide Vertragsparteien. Ein solches einseitiges Bestätigungsrecht ist dem BGB fremd.[50] Ihr liegt auch kein nichtiges Rechtsgeschäft im Sinne des § 141 Abs. 1 BGB zugrunde, das, weil der Nichtigkeitsgrund inzwischen entfallen ist, neu vorgenommen werden kann. Bis zur Bestätigung durch den Verbraucher ist der Vertrag insgesamt schwebend unwirksam.[51] Für einen solchen Fall ist die Anwendung des § 141 BGB jedoch ausgeschlossen.[52]

5. Die Bestätigung als Genehmigung nach § 184 Abs. 1 BGB

Die Bestätigungserklärung könnte eine Genehmigung im Sinne des § 184 Abs. 1 BGB darstellen. Dem entspricht es, dass der Bundesrat die Bestätigung als eine Zustimmung ansah.[53] Jedoch differiert die Situation des § 184 Abs. 1 BGB von der des § 7 Abs. 4 UWG-E, wenn man bedenkt, wer jeweils an der Vornahme der Rechtsgeschäfte beteiligt ist:

Die Wirksamkeit des Vertrags hängt bei § 184 Abs. 1 BGB vom Zustimmungsberechtigten ab, der sein Einverständnis mit dem Rechtsgeschäft erklären muss, weil er dieses selbst nicht vorgenommen hat.[54] Die Willenserklärung einer der Parteien, die am Rechtsgeschäft beteiligt waren, bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung einer von dieser verschiedenen, dritten Partei, nämlich der zustimmungsberechtigten.

Demgegenüber herrscht im Fall des § 7 Abs. 4 UWG-E zwischen der Person, die am Rechtsgeschäft beteiligt war, und der, die zustimmungsberechtigt ist, Personenidentität. Eine solche ist dem BGB fremd, da es keinen Fall gibt, in dem der Schwebezustand von derselben Person beendet werden kann, deren Willenserklärung sich in eben diesem Zustand befindet.

Fälle solcher Personenidentität behandelt das BGB auf zwei Arten:[55]

Zum einen ordnet es die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts an. Geschützt werden sollen beispielsweise Geschäftsunfähige (§ 104 BGB) vor den Folgen ihres Handelns im Rechtsverkehr.[56] Gibt also eine Person im Zustand der Bewusstlosigkeit eine Willenserklärung ab, die zum Abschluss eines Vertrags führen soll, so ist der Vertrag nicht schwebend unwirksam und hängt von der Zustimmung derselben Person im Zustand des Bewusstseins ab; vielmehr ist deren Willenserklärung nach § 105 Abs. 2 BGB nichtig.

---

49 *Jauernig* (Fn. 48), § 141 Rn. 3.
50 *Köhler* Vertragsrechtliche Sanktionen gegen unerwünschte Telefonwerbung? WRP 2007, 866 (872).
51 *Ebd.*, III. 1.
52 *Jauernig* (Fn. 48), § 141 Rn. 6; *Busche* in MünchKomm BGB I 5. Aufl., § 141 Rn. 3.
53 BT-Drs. 16/10734, S. 20.
54 Vgl. *Schramm* in MünchKomm BGB I 5. Aufl., Vor §§ 104 ff. Rn. 2.
55 Vgl. *Kötz* Vertragsrecht 2009, Rn. 286.
56 *J. Schmitt* in MünchKomm BGB I 5. Aufl., § 105 Rn. 1.

In anderen Fällen wird die Wirksamkeit der Willenserklärung bzw. des Rechtsgeschäfts nicht berührt, sondern es wird dem von einer besonderen Situation Betroffenen das Recht eingeräumt, sich aktiv vom Vertrag zu lösen. Das ist beispielsweise bei einer Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB der Fall. Die getäuschte Partei ist außerhalb der Täuschungssituation grundsätzlich dazu imstande, die Bedeutung und Tragweite des Rechtsgeschäfts nachzuvollziehen. Damit ist es ihr überlassen, ihre Erklärung, wenn ihr das vorteilhaft erscheint, nachträglich durch Anfechtung zu vernichten.[57]

Diese beiden Arten kommen im Übrigen nur in Betracht, wenn ein Willensmangel vorliegt.[58] Ein solcher existiert dagegen bei einem im Rahmen des § 7 Abs. 4 UWG-E geschlossenen Vertrages nicht.[59]

6. Die Bestätigungserklärung als Bedingung im Sinne des § 158 BGB – Vergleich mit dem „Kauf auf Probe"

Rechtsgeschäfte können unter einer aufschiebenden (§ 158 Abs. 1 BGB) oder einer auflösenden (§ 158 Abs. 2 BGB) Bedingung vorgenommen werden.

Der bei unerlaubter Telefonwerbung geschlossene Vertrag könnte unter der aufschiebenden Bedingung der Bestätigungserklärung des Verbrauchers stehen, wenn man davon ausgeht, dass erst hierdurch dessen Willenserklärung wirksam wird. Der Vertrag wäre dann am Telefon vollendet, wobei dessen Rechtswirkungen erst mit Abgabe der Bestätigungserklärung einträten.[60]

Nach anderer Ansicht[61] soll der Vertrag bereits am Telefon wirksam zustande kommen und der Verbraucher 14 Tage lang gebunden sein, bis eine fristgerechte Bestätigung erfolgt. Der Vertrag könnte insofern unter der auflösenden Bedingung der ausbleibenden Bestätigung stehen. Allerdings spricht der Gebrauch des Futurs in § 7 Abs. 4 UWG-E gegen ein Wirksamwerden schon zum Zeitpunkt des Telefonats: Die Willenserklärung des Verbrauchers *wird* erst durch die Bestätigung wirksam. Die Wirksamkeit der Willenserklärung am Telefon erfordert insoweit zwei Erklärungen des Verbrauchers. Dieser soll dadurch vor einem vorschnellen Vertragsschluss gewarnt werden.[62]

Während sich der Verbraucher innerhalb von 14 Tagen noch entscheiden kann, eine vertragliche Bindung einzugehen oder nicht, ist der Unternehmer an seine Erklärung gebunden. Der Vertrag steht damit im freien Belieben des Verbrauchers. Wenn auch ein gewichtiger Teil in der Literatur dem skeptisch gegenüber steht,[63] ist die Zulässig-

57 *Kötz* (Fn. 55), Rn. 286.
58 Vgl. *Kötz* (Fn. 55), Rn. 286.
59 Vgl. II. 2.
60 Vgl. *Jauernig* (Fn. 48), § 158 Rn. 7.
61 *Fezer* (Fn. 8), S. 5 f.
62 BT-Drs. 16/10734, S. 20.
63 *Jauernig* (Fn. 48), § 158 Rn. 4; *Flume* Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts Bd. 2, 4. Auflage (1992), § 38 2d; *Larenz/Wolf* (Fn. 34), § 50 Rn. 17 f.

keit einer solchen Wollensbildung aufgrund der Normierung des „Kaufs auf Probe" (§§ 454 ff. BGB) zu bejahen.[64]

Zwischen einem bei unerlaubter Telefonwerbung geschlossenen Vertrag und dem „Kauf auf Probe" könnte deshalb eine strukturelle Wesensgleichheit bestehen:

Wie auch bei einem Vertrag im Rahmen des § 7 Abs. 4 UWG-E müssen beim „Kauf auf Probe" zunächst die Voraussetzungen eines Kaufvertrags (§ 433 BGB) vorliegen.[65] Zudem gibt eine Vertragspartei zur Wirksamkeit des „Kaufs auf Probe" eine zweite Willenserklärung[66] ab, die Billigung.

Doch spricht Folgendes gegen die strukturelle Wesensgleichheit beider Konstellationen: Der „Kauf auf Probe" steht deshalb unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung, weil die Parteien dies vereinbart haben. Trotz etwaiger Unsicherheiten, die damit einhergehen, dass der Vertrag im freien Belieben nur einer Partei steht, hat sich die andere Partei vertraglich durch Abgabe ihrer Willenserklärung darauf eingelassen. Eine solche Bedingung wurde aufgrund des rechtsgeschäftlichen Willens der Parteien in den Vertrag integriert.[67] Die Bestätigung ist dagegen nicht als parteiliche Nebenabrede zu sehen, da sie nicht aufgrund parteiautonomer Vereinbarung Bestandteil des Vertrages wurde, sondern von § 7 Abs. 4 UWG-E vorausgesetzt wird. Daher kann von einer Bedingung im Sinne der §§ 158 ff. BGB nicht die Rede sein. Es handelt sich demgegenüber um eine Rechtsbedingung, da die Bestätigungserklärung eine weitere gesetzliche Voraussetzung für das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrages ist.[68]

Doch auch wertungsmäßig differiert die Risikoverteilung vom gesetzlich normierten „Kauf auf Probe": Während das Schweigen des Verbrauchers nach der unerlaubten Telefonwerbung, und damit das Fehlen der Bestätigung ausnahmslos die Unwirksamkeit des Vertrages zur Folge hat, gilt beim „Kauf auf Probe" die Billigungsfiktion unter den Voraussetzungen des § 455 S. 2 BGB.

7. Ergebnis

Die „Bestätigungslösung" ist mit dem System des allgemeinen Zivilrechts nicht in Einklang zu bringen. Durch unerlaubte Telefonwerbung wird der Verbraucher nicht in seiner Entscheidungsfreiheit berührt. Will er sich nicht rechtlich binden, kann er aufgrund eigenverantwortlicher Willensbildung das Angebot des Telefonwerbers ablehnen. Es besteht keine Notwendigkeit dazu, die Wirksamkeit in diesem Fall einzuschränken. Deshalb wäre es systemwidrig, höhere Anforderungen an die Wirksam-

64 *Oetker/Maultzsch* Vertragliche Schuldverhältnisse 3. Auflage (2007), § 2 Rn. 457; *Ellenberger* (Fn. 30), Einf v § 158 Rn. 10; *Medicus* (Fn. 35), Rn. 831.

65 Vgl. *Saenger* in Schulze/Dörner/Ebert 6. Aufl., § 455 Rn. 1; Palandt/*Weidenkaff* 69. Aufl., § 454 Rn. 8.

66 A. A. *H. P. Westermann* in MünchKomm BGB III 5. Aufl., § 454 Rn. 8.

67 Palandt/*Ellenberger* 69. Aufl., Einf v § 158 Rn. 1.

68 Vgl. *BGH* NJW 1952, 1330 (1331 f.); *H. P. Westermann* (Fn. 66), § 158 Rn. 54; *Ellenberger* (Fn. 30), Einf v § 158 Rn. 5.

keit einer Willenserklärung im Falle des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu stellen. Das Fehlen eines solchen Instrumentariums bewirkt freilich kein Schutzdefizit. Dem Eingriff des Telefonwerbers in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers kann sich dieser mit Ansprüchen aus §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB widersetzen.[69]

69 *Köhler* (Fn. 4), S. 2570; vgl. II. 2.

Ihr Schlüssel zum Einstieg!

Die Reihe „Start ins Rechtsgebiet"

- komprimierte Darstellung für schnellen Einstieg
- rasche Orientierung durch graphische Übersichten, Tabellen und Merksätze
- anschaulich durch viele Beispiele, einprägsam durch Glossar und Wiederholungsfragen

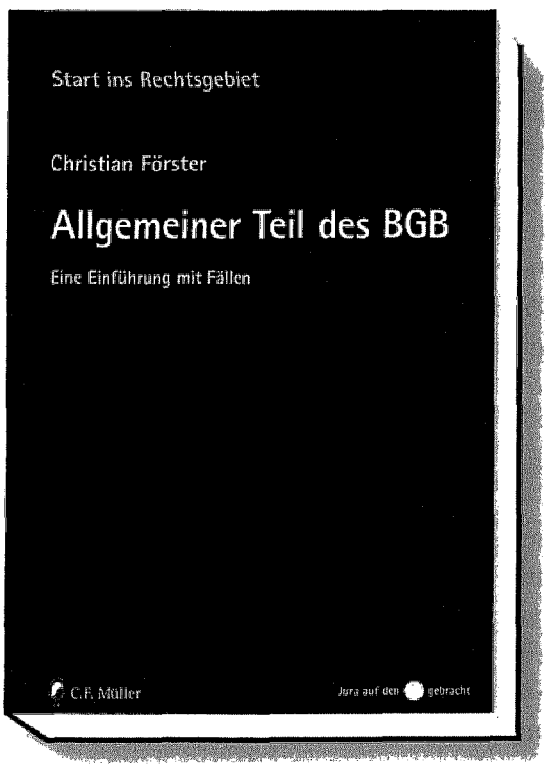
Priv. Doz. Dr. Christian Förster

Allgemeiner Teil des BGB

Eine Einführung mit Fällen

2010. € 12,95

Die Einführung hilft, gleich von Anfang an das Interesse am Bürgerlichen Recht zu wecken und damit eine solide Basis für die Aneignung tiefergehenden Wissens im Zivilrecht zu schaffen. Mit 60 Beispielsfällen und Lösungen.



Alle Titel aus der Reihe und mehr Infos unter: **www.cfmueller-campus.de/start**

C.F. Müller Jura auf den gebracht

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

Rechtsprechungsanalyse

Prof. Dr. Frank L. Schäfer, LL.M. (Cambridge)*

Die Vindikation im englischen Privatrecht – Zehn Jahre Foskett v. McKeown

Abstract

Von der deutschen rechtsvergleichenden Literatur bislang fast unbeachtet, verfügt das englische Privatrecht seit zehn Jahren über eine Vindikation. Damit erhält das ehemals amorphe Rechtsgebiet des „law of restitution" klare Konturen: Nicht jede Restitution fällt dem Bereicherungsrecht zu. Vielmehr trennt nunmehr auch das englische Privatrecht die Vindikation als dinglichen Herausgabeanspruch vom schuldrechtlichen Bereicherungsanspruch. Zugleich schlägt das englische Recht die Brücke zum kontinentaleuropäischen Recht. Rechtsvergleichung und europäische Rechtsvereinheitlichung werden wesentlich erleichtert.

* Der Verfasser ist Professor für Bürgerliches Recht, Europäische und Deutsche Rechtsgeschichte, Historische Rechtsvergleichung an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

I. Einführung – Civil Law, Common Law, Equity

Im kontinentaleuropäischen Privatrecht, dem „civil law", ist die Vindikation ein zentraler Baustein des Sachenrechts. Der dingliche Herausgabeanspruch ist eine der effektivsten Formen des Eigentumsschutzes. Ein solcher Schutz ist in den europäischen Privatrechtsordnungen keine Selbstverständlichkeit. Das englische Privatrecht verfügt erst seit zehn Jahren über eine Vindikation. Das Londoner *House of Lords*, das inzwischen durch den *Supreme Court of the United Kingdom* abgelöst worden ist,[1] führte die Vindikation am 18. Mai 2000 mit der Entscheidung *Foskett v. McKeown* in die Rechtsordnung von England und Wales ein.[2] Die deutsche Rechtsvergleichung und das Europäische Privatrecht haben bislang von dieser wichtigen Wegmarke nur am Rande Kenntnis genommen.[3] Zum zehnjährigen Jubiläum sollen das Urteil, seine Vorgeschichte und seine Konsequenzen für das englische und europäische Recht näher vorgestellt werden.

Ausschlaggebend für die geringe Resonanz in Deutschland dürften zwei Faktoren sein, bei denen die funktionale Rechtsvergleichung offenbar an ihre Grenzen stößt. Der Unterschied der Privatrechtssystematik ist der erste Faktor. Insbesondere das deutsche Privatrecht trennt kategorisch zwischen Schuld- und Sachenrecht. Dem traditionellen „common law" hingegen ist eine solche Unterscheidung von schuld- und sachenrechtlichen Instituten und Ansprüchen unbekannt.

Der „trust" als englische Ausprägung der Treuhand ist der zweite Faktor.[4] Während das deutsche Recht die Treuhand auf dinglicher Ebene ausschließlich dem Treuhänder zuordnet, hat das englische Recht aufgrund seiner historischen Randlage einen ganz anderen Weg eingeschlagen. Der „trust" zählt zum Rechtsbereich der „equity", die sich vereinfacht als Ansammlung von Billigkeitssätzen zur Korrektur der strengen Regeln des „common law" beschreiben lässt. Das bedeutet indessen nicht, dass

1 Constitutional Reform Act 2005, Part 3.

2 *Foskett v. McKeown* [2000] UKHL 29, [2001] 1 A.C. 102. Auszüge abgedruckt z. B. bei *Burrows/McKendrick/Edelman* Cases and Materials on the Law of Restitution 2. Aufl. (2007), S. 678 ff.

3 Siehe *Häcker* Consequences of Impaired Consent Transfers: A Structural Comparison of English and German Law 2009, S. 276 ff.; *Rusch* Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht 2003, S. 101, Fn. 476; *Schäfer* Das Bereicherungsrecht in Europa: Einheits- und Trennungslehren im gemeinen, deutschen und englischen Recht 2001, bes. S. 632 ff.; *Schlechtriem/Coen* Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa: Eine rechtsvergleichende Darstellung II 2001, bes. S. 147, Fn. 357; *Wendehorst* Die Leistungskondiktion und ihre Binnenstruktur in rechtsvergleichender Perspektive in Zimmermann Grundstrukturen eines europäischen Bereicherungsrechts 2005, S. 47 (55 f.). International ist hinzuweisen auf *Visser* Unjustified Enrichment in Reimann/Zimmermann The Oxford Handbook of Comparative Law 2006, S. 969 (987 ff.).

4 Rechtsvergleichender Überblick bei *v. Bernstorff* Einführung in das englische Recht 3. Aufl. (2006), S. 158 ff.; *Kötz* Trust und Treuhand: Eine Rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen trust und funktionsverwandter Institute des deutschen Rechts 1963.

die englische Treuhand ausschließlich „equity"-Regeln folgt. Vielmehr vereinigt sie auf der dinglichen Ebene sowohl Elemente der „equity" als auch solche des „common law": Der „trust" wird in der Regel von einem Treugeber („settlor") rechtsgeschäftlich begründet. Der Treuhänder („trustee") hat dann den dinglichen „title at law", d. h. die Rechtsmacht nach „common law", die aus dem „trust" begünstigte Person („beneficiary") hingegen den „title in equity", d. h. die Rechtsmacht nach den Regeln der „equity". Im Verhältnis der beiden Rechtspositionen ist der „title in equity" der wichtigere. Der Treuhänder hat lediglich eine formale Position inne, der Begünstigte ist der wirtschaftliche Inhaber des Treuhandvermögens.

II. Law of Restitution – mehr als Bereicherungsrecht

Beide Faktoren sind für die Entscheidung *Foskett v. McKeown* prägend. Erstens basiert der Fall *Foskett* auf einem „trust": Ein Treuhänder veruntreute das ihm anvertraute Vermögen, indem er einer dritten Person seinen „title at law" am „trust" übertrug. Der Treubruch („breach of trust") führte nicht zur Unwirksamkeit der Übertragung des „title at law", da der Begünstigte weiterhin durch seinen „title in equity" am „trust" gesichert war. Das *House of Lords* gestattete daraufhin dem Begünstigten eine gegen den „title at law" gerichtete Vindikation.

Zweitens ordnete der Fall *Foskett* das Verhältnis von Schuld- und Sachenrecht neu. Die Rechtsprobleme in *Foskett* fallen in das Rechtsgebiet des „law of restitution". Lediglich auf einen flüchtigen ersten Blick ist das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812–822 BGB) das deutsche Pendant zum „law of restitution". Bei genauer Analyse zeigt sich, dass der Regelungsbereich des „law of restitution" bedeutend größer ist. Dieses Rechtsgebiet umfasst neben Bereicherungsansprüchen und Rückabwicklungsansprüchen im Sinne von §§ 346–354 BGB dingliche Ansprüche bzw. Rechtspositionen, von denen die Vindikation am wichtigsten ist. Mit anderen Worten treffen im „law of restitution" aus kontinentaleuropäischer Sicht schuldrechtliche Ansprüche („actio in personam", „personal remedy") und dingliche Ansprüche („actio in rem", „proprietary remedy") aufeinander.

Eine andere Frage ist, ob das englische Privatrecht nicht zumindest innerhalb des „law of restitution" deutlicher zwischen schuldrechtlichen und dinglichen Ansprüchen trennt. Im klassischen Richterrecht wird man vergeblich nach einer klaren Unterscheidung suchen. In der berühmten Entscheidung *Sinclair v. Brougham* konnten die klagenden Gesellschafter wegen der heute überholten Quasivertragsdoktrin gegen die Beklagte zwar keinen schuldrechtlichen Bereicherungsanspruch aus der altertümlichen „action for money had and received" geltend machen.[5] Dafür billigte ihnen das *House of Lords* einen dinglichen Rechtsbehelf gegenüber der Beklagten in

5 [1914] A.C. 398 (*House of Lords*); größtenteils aufgegeben in *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington Borough Council* [1996] A.C. 669 (*House of Lords*); rechtsvergleichend dazu *Meier* Irrtum und Zweckverfehlung: Die Rolle der unjust-Gründe bei rechtsgrundlosen Leistungen im englischen Recht 1999, S. 5 f. (333 ff.).

Form eines „trust" zu. Eine andere Entscheidung, *Chase Manhattan Bank N.A. v. Israel-British Bank (London) Ltd.*, gewährte für die versehentliche Doppelüberweisung der klägerischen Bank gegen die beklagte und kurze Zeit später insolvente Bank ebenfalls einen „trust".[6] Im Bestechungsfall *Attorney-General for Hong Kong v. Reid* schließlich haftete der beklagte Beamte für seinen Treubruch gegenüber der Krone („breach of fiduciary duty") nicht nur auf Gewinnherausgabe („account of profits"), sondern zugleich dinglich aus einem „trust".[7] Trotz der jeweils dinglichen Rechtsfolge firmieren diese drei Entscheidungen unter dem Obertitel „law of restitution".

In jüngerer Zeit zeichnen die englischen Juristen allerdings eine neue Landkarte des Privatrechts. In England setzt sich eine Einteilung durch, die – vom fehlenden allgemeinen Teil einmal abgesehen – der deutschen ähnelt: Obligationenrecht, wiederum unterteilt in „contract law" (Vertragsrecht), „tort law" (Delikt) und „law of restitution" (Ansprüche auf Restitution und andere Formen der Vorteilsabschöpfung), Sachenrecht (z. B. „property law" im engeren Sinne als Immobiliarrecht und „trust law") sowie Familien- und Erbrecht. Dieses System kollidiert jedoch mit der traditionellen Gemengelage im „law of restitution", das mit einem Bein im Schuldrecht und über den „trust" mit dem anderen Bein im Sachenrecht steht. Die Grundsatzentscheidung *Foskett v. McKeown* hat die Kollision nicht aufgehoben, aber zumindest gemildert, indem sie über die Vindikation einen Teil des „law of restitution" in das Sachenrecht verlagerte.

III. Wissenschaftliche Vorbereitung der Vindikation

Das Urteil *Foskett* ist aus drei Gründen bemerkenswert: Erstens etablierte es die Vindikation im englischen Privatrecht, zweitens formierte es ein dogmatisches Begriffssystem, das sich durchaus mit dem kontinentaleuropäischen vergleichen lässt, und drittens ist die Vindikation keine originäre intellektuelle Schöpfung der Lordrichter, sondern eines englischen Gelehrten.

Der letzte Punkt soll vorab näher beleuchtet werden.[8] Die Vindikation ist eine juristische „Erfindung" *Graham Virgos*, Professor of English Private Law und Professorial Fellow am Downing College in Cambridge. Er leitet an der Rechtsfakultät der Universität Cambridge zusammen mit drei Kollegen den Magisterkurs „law of restitution". Er folgt in dieser Funktion Professor *Gareth Jones* nach. Dieser hatte 1966 zusammen mit *Robert Goff*, dem späteren vorsitzenden Lordrichter *Goff of Chieveley*, das erste englische Handbuch zum „law of restitution" verfasst.[9] Virgo vertritt

6 [1981] Ch. 105 (*Court of Appeal*), ein Fall mit IPR-Bezug zum Recht des Staates New York; dazu *Meier* (Fn. 5), S. 96 ff.

7 [1994] 1 A.C. 324 (*Privy Council*); dazu *Rusch* (Fn. 3), S. 105 f. Im deutschen Recht wäre der Fall wohl nach StGB durch Anordnung von Verfall bzw. Einziehung zu lösen.

8 Überblick zur Systematik und Dogmatik des englischen „law of restitution" bei *Schäfer* (Fn. 3), S. 565 ff.; *Wendehorst* (Fn. 3), S. 47 (54 ff.), jeweils m. w. N.

9 *Goff/Jones* The Law of Restitution 1. Aufl. (1966), 7. Aufl. (2007).

eine Vindikationsthese; er will das „law of restitution" ausdifferenzieren. Die Vindikation („vindication") sei zwar unter dem Dach des „law of restitution" angesiedelt, doch müsse man sie vom Bereicherungsrecht im engeren Sinne („autonomous unjust enrichment") unterscheiden.[10] Die Vindikation basiere auf dem Sachenrecht, das Bereicherungsrecht im engeren Sinne auf dem Schuldrecht. *Virgo* stellte sein System erstmals 1997 auf der Jubiläumskonferenz zu Ehren von *Jones* einem größeren Publikum vor.[11] Zum Jahresende 1999 legte *Virgo* dann sein eigenes, sehr umfangreiches Lehrbuch zum „law of restitution" vor.[12] Obwohl die Lordrichter im Mai 2000 weder den 1998 publizierten Konferenzbeitrag *Virgos* noch dessen Lehrbuch zitierten, hatten sie sich seine Thesen entweder als Konferenzteilnehmer oder als spätere Leser zu eigen gemacht. *Virgo* selbst kündigte zu Beginn des Jahres 1999 im Kurs „law of restitution" (den damals der Verfasser des Beitrags besuchte) an, sein Lehrbuch werde im Mai erscheinen. Wie sich im Nachhinein herausstellte, spielte er damit nicht auf das eigentliche Publikationsdatum seines Lehrbuchs, sondern auf das kommende Datum der Entscheidung *Foskett v. McKeown* an.

Mit *Foskett* unterschied die englische Rechtsprechung erstmals kategorisch zwischen „vindication" und „unjust enrichment". Das blieb nicht ohne Widerspruch. Die Literatur hatte der Rechtsprechung zwar immer wieder im „law of restitution" den Weg gewiesen, doch hatte sie viele Jahre lang den grundlegenden Unterschied zwischen der dinglich wirkenden Vindikation und dem schuldrechtlichen Bereicherungsanspruch übergangen. Ganz im Gegenteil leugnete *Peter Birks*, Regius Professor of Civil Law in Oxford, in seiner bahnbrechenden Monographie „An Introduction to the Law of Restitution" (1985) einen solchen Gegensatz. Er vertrat die These, „law of restitution" und „unjust enrichment" seien Synonyme für dasselbe Rechtsgebiet.[13] Für eine eigenständige Vindikation blieb hier kein Platz. *Birks* versuchte aus rechtsvergleichender Sicht die Quadratur des Kreises, indem er Bereicherungsansprüche und Vindikation trotz erheblicher Unterschiede in den Rechtsfolgen begrifflich verschmolz. Ende der 1990er Jahre gab *Birks* seine Quadrattheorie auf,[14] doch erkannte er bis zu seinem Tod im Jahr 2004 die Vindikation nicht als eigenständigen Anspruch an.

---

10 *Virgo* The Principles of the Law of Restitution 2. Aufl. (2006), zusammenfassend S. 11 ff. Weitergehend *Tettenborn* Law of Restitution in England and Ireland 3. Aufl. (2002), Rn. 1 ff.: Er trennt Restitution und Vindikation und ordnet die Vindikation somit nicht einmal unter den Oberbegriff „restitution" ein.

11 *Virgo* What is the Law of Restitution About? in Cornish/Nolan/O'Sullivan/ders. Restitution: Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones 1998, S. 305 ff.

12 *Virgo* (Fn. 10), 1. Aufl. (1999), 2. Aufl. (2006).

13 *Birks* An Introduction to the Law of Restitution 1985, S. 17.

14 *Birks* Misnomer in Cornish/Nolan/O'Sullivan/Virgo Restitution: Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones 1998, S. 1 ff.; siehe auch *ders./Mitchell* Restitution in ders. English Private Law II 1. Aufl. (2000), Rn. 15/02 ff.; zusammenfassend *Burrows* Quadrating Restitution and Unjust Enrichment: A Matter of Principle? [2000] Restitution Law Review 257 ff.; *Watts* Birks and Proprietary Claims: With Special Reference to Misrepresentation and to Ultra Vires Contracts in Rickett/Grantham Structure and Justification in Private Law: Essays for Peter Birks 2008, S. 361 ff.; *Webb* What is Unjust Enrichment? (2009) 29 Oxford Journal of Legal Studies 215 ff.

IV. Foskett v. McKeown – Übernahme im Richterrecht

Nicht *Birks*, sondern *Virgo* setzte sich im englischen Richterrecht durch. Der Fall *Foskett v. McKeown* ist nach der Entscheidung *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.* von 1991[15] der zweite Meilenstein für das englische „law of restitution". Hatte *Lipkin Gorman* „unjust enrichment" als erste, schuldrechtliche Säule des „law of restitution" begründet, folgte *Foskett v. McKeown* mit der Vindikation als zweite Säule. Neun Jahre nach *Lipkin Gorman* entschied im Fall *Foskett* eine neue Richtergeneration. *Lord Goff of Chieveley*, Lord of Appeal in Ordinary und damit höchster Richter am *House of Lords*, war aus seinem Amt ausgeschieden. An seine Stelle traten die ausgewiesenen „trust"-Spezialisten *Lord Browne-Wilkinson* und *Lord Millett*, die Lordrichter *Hoffmann* und *Hope of Craighead* sowie *Lord Steyn* als Vertreter für die schottische Justiz.

1. Sachverhalt

Der Sachverhalt von *Foskett v. McKeown* kreist um die Veruntreuung von Treuhandgeldern: Im Jahre 1988 vertraute der klagende Investor *Paul Foskett* (F) dem Treuhänder *Timothy Murphy* (M) 2,6 Millionen £ für ein Bauprojekt an der Algarve in Portugal an. M befand sich zu dieser Zeit in finanziellen Schwierigkeiten; außerdem hatte er 1986 eine Lebensversicherung abgeschlossen. Im Todesfall von M sollte die Versicherungssumme vereinfacht dargestellt an seine drei Kinder ausgezahlt werden. Die ersten beiden Jahresprämien für 1986 und 1987 in Höhe von jeweils 10.220 £ hatte M noch aus eigenen Mitteln aufgebracht. Die dritte Prämie für 1988 bewältigte er ebenfalls im Wesentlichen aus eigenen Mitteln. Die beiden darauf folgenden Prämien für 1989 und 1990 beglich M dann durch Veruntreuung von 20.440 £ aus dem „trust". Nachdem M 1991 Selbstmord begangen hatte, zahlte die Versicherung mehr als 1 Million £ aus. Seit 1994 ging F rechtlich gegen die Kinder vor; er beanspruchte einen Großteil der Versicherungssumme für sich. Die Kernfrage lautete, ob der Kläger lediglich 20.440 £ oder rund 400.000 £ verlangen kann. Der erste Betrag entspricht exakt der Höhe der für die beiden letzten Prämien eingesetzten veruntreuten Gelder (Nominalhaftung, sog. „equitable charge"), der zweite Betrag dem 40 %-Anteil der beiden letzten, vollständig mit veruntreuten Geldern bezahlten Prämien an den insgesamt fünf Prämien (Proportionalhaftung, sog. „proportionate share"). Im letzteren Fall wird der proportionale Anteil an den Prämien auf die wesentlich höhere Versicherungssumme übertragen.

15 *Lipkin Gorman (a firm) v. Karpnale Ltd.* [1991] 2 A.C. 548. Dazu rechtsvergleichend Staudinger/*S. Lorenz* Neubearbeitung 2007, Vorbemerkung zu §§ 812 ff. Rn. 21; *Meier* (Fn. 5), bes. S. 25 ff.; *dies.* Bereicherungsanspruch, Dreipersonenverhältnis und Wegfall der Bereicherung im englischen Recht ZEuP 1993, 371 ff.; *Zülch* Bona Fide Purchase, Property and Restitution: Lipkin Gorman v. Karpnale in German Law in Swadling The Limits of Restitutionary Claims: A Comparative Analysis 1997, S. 106 ff.

2. Entscheidung des Court of Appeal

Zunächst entschied Justice *Laddie* in der Eingangsinstanz am *High Court* im Sinne der Proportionalhaftung. Ein Jahr später trat dem der *Court of Appeal* auf die Berufung der Beklagten hin entgegen.[16] Er beschränkte mit zwei zu eins Stimmen den Anspruch nach der Lesart der Nominalhaftung auf 20.440 £. Unbestritten war nach Ansicht aller drei Richter, dass sich bei Veruntreuung von Treuhandgeldern die Treuhand proportional an Surrogaten fortsetzen könne.

Für Vice-Chancellor *Scott* wies der aktuelle Sachverhalt jedoch eine entscheidende Besonderheit auf. Der Kläger nehme nicht den bösgläubigen M, sondern die gutgläubigen Kinder als zuletzt aus dem Treubruch begünstigte Personen in Anspruch. In diesem Fall könne von einer Verschuldenshaftung der Kinder keine Rede sein. Die vorliegende Konstellation sei eher mit dem Fall zu vergleichen, in dem Treuhandgelder zur Verbesserung und Erhaltung einer aus anderen Mitteln finanzierten Sache eingesetzt werden.[17] Typologisch gesehen verglich Vice-Chancellor *Scott* den Fall nicht mit einer Eingriffshaftung, sondern mit einer Haftung für Verwendungen. Diese Einordnung war für die Kinder außerordentlich günstig, weil im englischen Privatrecht der Sacheigentümer grundsätzlich nicht für Verwendungen dritter Personen auf seine Sache haftet.[18] Das englische Recht gewichtet die Interessen des Eigentümers und seinen Schutz vor einer aufgedrängten Bereicherung höher als die Interessen eines Verwenders. Das gilt auch zulasten des gutgläubigen Verwenders. Deshalb ist dem englischen Recht auch die Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtsinstitut unbekannt.

Vice-Chancellor *Scott* wollte von diesem Grundsatz nur abweichen, wenn der Sachwert durch die Verwendung tatsächlich dauerhaft erhöht worden sei. Dann hafte der redliche Beklagte pro rata. Vice-Chancellor *Scott* argumentierte, die „equity", aus der ein „trust" entspringe, lasse die gutgläubigen Beklagten nur bei einem tatsächlichen Wertzuwachs haften. Ein solcher Zuwachs sei aber nicht feststellbar. Die Versicherungssumme wäre nach den konkreten Versicherungsbedingungen sogar fällig, wenn M lediglich die beiden ersten Prämien einbezahlt hätte. Die weiteren, mit veruntreutem Geld finanzierten Prämien seien insofern irrelevant. Somit sei eine Proportionalhaftung abzulehnen.

Während Lord Justice *Hobhouse* sich in den wesentlichen Punkten dieser Argumentationslinie anschloss, gab Lord Justice *Morritt* ein Minderheitenvotum ab. Er sprach sich für die Proportionalhaftung aus. Seiner Auffassung nach war es unerheblich, ob die mit veruntreutem Geld finanzierten Prämien bereits ab 1986 oder erst später bezahlt worden seien. Ein Wertzuwachs sei in jedem Fall zu bejahen. Seiner Lesart zufolge sollten F immerhin 40 % der Versicherungssumme zustehen.[19]

16 *Foskett v. McKeown* [1998] Ch. 265 *(Court of Appeal)*.

17 *Foskett v. McKeown* [1998] Ch. 265, 278 f. (per *Sir Richard Scott V.-C.*).

18 Siehe nur *Goff/Jones* The Law of Restitution 7. Aufl. (2007), Rn. 6/001 ff.; *Verse* Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: eine kritische Betrachtung aus historisch-rechtsvergleichender Sicht 1999, S. 89 ff.

19 *Foskett v. McKeown* [1998] Ch. 265, 302 f. (per *Morritt L. J.*).

3. Entscheidung des House of Lords

Das *House of Lords* schloss sich dem *High Court* und dem Minderheitenvotum am *Court of Appeal* an. Die für den Verfahrensausgang maßgebende Majorität mit den Lordrichtern *Browne-Wilkinson*, *Hoffmann* und *Millett* entschied sich für die weitreichende Proportionalhaftung. Dagegen beschränkten sich *Lord Hope of Craighead* und *Lord Steyn* in ihren abweichenden Voten wie die Mehrheitsmeinung in der Vorinstanz auf die Nominalhaftung. Im Entscheidungsergebnis bot das *House of Lords* somit nichts Neues. Die Urteilsbegründung kam allerdings einer Revolution im englischen Privatrecht gleich.

a) Mehrheitsmeinung

Lord Millett prägte den Entscheidungskern der Mehrheitsmeinung, die den Sachverhalt teilweise mit vollkommen neuen, d. h. dem Richterrecht bislang unbekannten juristischen Kategorien bewertete. Zuerst wandte sich *Lord Millett* der Frage zu, wie der Kläger überhaupt einen Zusammenhang zwischen dem veruntreuten Geld und der ausbezahlten Versicherungssumme herstellen kann, um einen dinglichen Herausgabeanspruch zu begründen. Das war keine Selbstverständlichkeit, da das veruntreute Geld von der Treuhand über mehrere Zwischenstationen in die Versicherungssumme geflossen war. Zur Problemlösung führte *Lord Millett* die Begriffe „following" und „tracing" ein. Beide Begriffe bezeichnen keine eigenständigen Ansprüche, sondern lediglich Mechanismen zur „Identifikation" von Vermögen, das über das „law of restitution" zurückgefordert wird.[20]

„Following" bedeutet die Identifikation eines gleich bleibenden Gegenstandes, welcher von einer Person an eine andere Person gelangt. Beispiel: Person A übergibt eine Sache an Person B, diese wiederum an C. Funktional gesehen handelt es sich um die Frage der Passivlegitimation, wer also Anspruchsgegner ist. Das entspricht im deutschen Recht bei § 985 BGB der Frage, wer der aktuelle Besitzer einer fremden Sache ist.

„Tracing" ist eine Form der dinglichen Surrogation; ein Gegenstand wird durch einen anderen ersetzt. Beispiel: Person A zahlt Münzgeld auf ihr Girokonto ein. Der Anspruch gegen die Bank aus dem Bankvertrag („chose in action") ersetzt das Eigentum an den Münzen. Aus funktionaler Sicht ist „tracing" eine Form der dinglichen Haftungsfortsetzung. Eine solche extensive Möglichkeit zur dinglichen „Verfolgung" des Vermögens ist im deutschen Recht nicht der Regelfall. Bei Eigentumsverlust ist der ehemalige Eigentümer auf schuldrechtliche Folgeansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis beschränkt. Die Vindikation kann sich höchstens über Früchte fortsetzen. Parallel dazu gewähren die §§ 812–822 BGB auf rein schuldrechtlicher Ebene nur sehr eingeschränkt eine Surrogationshaftung. § 818 Abs. 1 Var. 2 BGB erfasst nach ganz h. M. keine rechtsgeschäftlichen Surrogate.[21] Ausnahmen sind § 816 Abs. 1 S. 1 BGB (nichtberechtigte Verfügung) und §§ 819 f.,

20 Dazu plastisch *Smith* The Law of Tracing 1997, S. 6 ff.

21 Statt aller *M. Schwab* in MünchKomm BGB V 5. Aufl., § 818 Rn. 41 f. m. w. N.

818 Abs. 4, 285 Abs. 1 BGB (Haftung des Bösgläubigen). Abseits dessen ist z. B. auf die dingliche Surrogation nach § 2019 Abs. 1 BGB beim Erbschaftsanspruch hinzuweisen.

Zurück zum Fall *Foskett*: Vorliegend, so *Lord Millett*, stütze sich der Kläger auf „tracing" zur Haftungserweiterung, weil das veruntreute Geld über Auszahlungsansprüche gegenüber den Banken bis hin zur Versicherungssumme mehrfach surrogiert worden sei. Der Versicherer habe das ursprüngliche, veruntreute Geld möglicherweise längst gutgläubig erworben, sodass „following" ausscheide.[22]

Für *Lord Millett* basierte die dingliche Rechtsfolge („proprietary remedy") auf einer sachenrechtlichen Anspruchsgrundlage („proprietary claim"). Folglich sei der Anspruch dem Sachenrecht und nicht dem Bereicherungsrecht zuzuordnen:[23]

> „There is no ‚unjust factor' to justify restitution [...]. The claimant succeeds if at all by virtue of his own title, not to reverse unjust enrichment. Property rights are determined by fixed rules and settled principles. They are not discretionary. They do not depend upon ideas what is ‚fair, just and reasonable'."

Noch grundsätzlicher führte er aus:[24]

> „[The] plaintiffs seek to vindicate their property rights, not to reverse unjust enrichment. The correct classification of the plaintiffs' cause of action may appear to be academic, but it has important consequences. The two causes of action have different requirements and may attract different defences.
>
> A plaintiff who brings an action in unjust enrichment must show that the defendant has been enriched at the plaintiff's expense, for he cannot have been unjustly enriched if he has not been enriched at all. But the plaintiff is not concerned to show that the defendant is in receipt of property belonging beneficially to the plaintiff or its traceable proceeds. The fact that the beneficial ownership of the property has passed to the defendant provides no defence; indeed, it is usually the very fact which founds the claim. Conversely, a plaintiff who brings an action like the present must show that the defendant is in receipt of property which belongs beneficially to him or its traceable proceeds, but he need not show that the defendant has been enriched by its receipt. He may, for example, have paid full value for the property, but he is still required to disgorge it if he received it with notice of the plaintiff's interest.
>
> Furthermore, a claim in unjust enrichment is subject to a change of position defence, which usually operates by reducing or extinguishing the element of enrichment. An action like the present is subject to the bona fide purchaser for value defence, which operates to clear the defendant's title."

22 *Foskett v. McKeown* [2000] UKHL 29, [2001] 1 A.C. 102, 128 (per *Lord Millett*).

23 *Foskett v. McKeown* [2000] UKHL 29, [2001] 1 A.C. 102, 127 (per *Lord Millett*). Anmerkung: Im Folgenden verwendet *Millett* für die Bezeichnung des Klägers sowohl den altertümlichen Begriff „plaintiff" als auch den aktuellen Begriff „claimant".

24 *Foskett v. McKeown* [2000] UKHL 29, [2001] 1 A.C. 102, 129 (per *Lord Millett*).

Auf dieser Grundlage lösten sich die weiteren Probleme des Falls auf. Für *Lord Millett* war es unerheblich, wann M genau Prämien aus veruntreutem und wann aus eigenem Geld einbezahlt hatte. In jedem Fall, so der Lordrichter, bestehe zwischen dem veruntreuten Geld am Anfang und der Versicherungssumme am Ende der Kette ein dinglicher Zusammenhang:[25]

> „It is not necessary for the claimant to show in addition that his property has contributed to any increase in the value of the new asset. This is because, as I have already pointed out, this branch of the law is concerned with vindicating rights of property and not with reversing unjust enrichment."

Folglich stellte sich für *Lord Millett* wegen der dinglichen Natur des Anspruchs auch nicht die Frage, wie überhaupt eine sanktionswürdige ungerechtfertigte Bereicherung der Beklagten von einem nicht sanktionswürdigen bloßen Zufallsgewinn (sog. Windfall) zu unterscheiden sei.

Zuletzt wandte sich *Lord Millett* dem am *Court of Appeal* aufgeworfenen Problem zu, wie sich die Gutgläubigkeit der Beklagten auf ihre Haftung auswirkt. Auch dieser Punkt sei irrelevant, urteilte *Lord Millett*. Die dingliche Haftung sei verschuldensunabhängig. Entscheidend sei allein die sachenrechtliche Zuordnung des herauszugebenden Gegenstandes. Lediglich der im konkreten Fall nicht einschlägige gutgläubige Erwerb („defence of bona fide purchase for value")[26] des „title in equity" durchbreche diesen Grundsatz, da er zum vollen Eigentumserwerb der Beklagten führe und somit dem Kläger seine Aktivlegitimation als begünstigte Person entziehe.[27]

Lord Milletts Argumente erschienen *Lord Browne-Wilkinson* offenbar so überzeugend, dass er nach seinen eigenen Worten sein Verdikt von der Nominalhaftung hin zur Proportionalhaftung änderte. *Lord Browne-Wilkinson* begann seinen Teil der Urteilsbegründung mit einem grundlegenden Bekenntnis:[28]

> „The crucial factor in this case is to appreciate that the purchasers are claiming a proprietary interest in the policy moneys and that such proprietary interest is not dependent on any discretion vested in the court. Nor is the purchasers' claim based on unjust enrichment. It is based on the assertion by the purchasers of their equitable proprietary interest in the identified property."

Dann schob *Lord Browne-Wilkinson* das „windfall"-Problem mit dem Satz beiseite:[29] „We are not dealing with a claim in unjust enrichment." Auch präzisierte *Lord Browne-Wilkinson* die Ausführungen zum redlichen Erwerb. Diese Einwendung sei in concreto irrelevant, weil die Beklagten keine Gegenleistung erbracht hätten, die „defence of bona fide purchase for value" aber über das Element „for value" eine solche Gegenleistung voraussetze. Abseits dessen kam *Lord Browne-Wilkinson* wie

25 *Foskett v. McKeown* [2000] UKHL 29, [2001] 1 A.C. 102, 132 (per *Lord Millett*).
26 Näher unten VIII.4.
27 *Foskett v. McKeown* [2000] UKHL 29, [2001] 1 A.C. 102, 139 (per *Lord Millett*).
28 *Foskett v. McKeown* [2000] UKHL 29, [2001] 1 A.C. 102, 108 (per *Lord Browne-Wilkinson*).
29 *Foskett v. McKeown* [2000] UKHL 29, [2001] 1 A.C. 102, 110 (per *Lord Browne-Wilkinson*).

Lord Millett zum Ergebnis, dass die Redlichkeit der Beklagten für die Haftung irrelevant sei:[30]

> „It is a fundamental error to think that, because certain property rights are equitable rather than legal, such rights are in some way discretionary. This case does not depend on whether it is fair, just and reasonable to give the purchasers an interest as a result of which the court in its discretion provides a remedy. It is a case of hard-nosed property rights."

Zuletzt ging *Lord Browne-Wilkinson* auf das Argument der Vorinstanz ein, die Fallkonstellation in *Foskett* sei einer nicht ersatzfähigen Verwendung gleichzustellen. Gegen die Vergleichbarkeit spreche bereits der Umstand, dass die Treuhandgelder nicht real als Sachen, sondern als Forderungen gegen eine Bank existiert hätten.

b) Abweichende Meinungen

Während sich *Lord Hoffmann* in den wesentlichen Punkten den beiden zuvor genannten Lordrichtern anschloss, dissentierten *Lord Steyn* und *Lord Hope of Craighead*. Ebenso wie die Mehrheitsmeinung am *House of Lords* bewegten sich ihre Argumente im Vergleich zum *Court of Appeal* auf einer höheren und somit grundsätzlicheren Ebene. Sie bewerten den Anspruch des Klägers allerdings nicht als selbstständige Vindikation, sondern als Anspruch aus „unjust enrichment".[31] Die beiden abweichenden Lordrichter vermischten damit aus rechtsvergleichender Sicht Schuldrecht (Bereicherungsanspruch) und Sachenrecht (Vindikation). Sie folgten der traditionellen Systematik des englischen Privatrechts, die innerhalb des „law of restitution" schuld- und sachenrechtliche Elemente zusammenfasst und unter „restitution" nur ein Synonym für „unjust enrichment" versteht. Die Essenz der Opposition *Lord Steyns* kristallisierte sich in den Worten:[32]

> „[...] the purchasers have no claim in unjust enrichment in a substantive sense against the children because the payment of the 1989 and 1990 premiums conferred no additional benefit on the children. They were not enriched by the payment of these premiums [...]."

Die Rede *Lord Hopes* ähnelt in ihrer Stoßrichtung dem Verdikt *Lord Steyns*. Entscheidendes Argument gegen die Proportionalhaftung war wiederum die Klassifikation des Anspruchs als Unterfall von „unjust enrichment":[33]

> „A remedy would lie against them in unjust enrichment for the amount unjustly subtracted from the purchasers and for any profit attributable to that amount. But in this case it is common ground that the children are innocent of any wrongdoing. They are innocent third parties to the unjust transactions between the life assured

30 *Foskett v. McKeown* [2000] UKHL 29, [2001] 1 A.C. 102, 109 (per *Lord Browne-Wilkinson*).

31 Bereits Lord Justice *Hobhouse* hatte den auf „unjust enrichment" gemünzten Begriff „gain at the expense" eingesetzt, siehe *Foskett v. McKeown* [1998] Ch. 265, 287 (per *Hobhouse LJ*).

32 *Foskett v. McKeown* [2000] UKHL 29, [2001] 1 A.C. 102, 112 (per *Lord Steyn*).

33 *Foskett v. McKeown* [2000] UKHL 29, [2001] 1 A.C. 102, 126 (per *Lord Hope of Craighead*).

and the purchasers. [...] The aim of the law is to correct an enrichment which is unjust, but the remedy can only be taken against a defendant who has been enriched. [...] The argument for a claim against them in unjust enrichment fails on causation."

4. Reichweite der Vindikation im Rechtsvergleich

Die englische Variante der Vindikation ist mit der deutschen, aus dem römischen Recht abgeleiteten Vindikation keinesfalls deckungsgleich. Die englische Vindikation reicht einerseits sehr viel weiter als die deutsche, da sie sich nicht allein gegen den unberechtigten Besitzer einer fremden Sache, sondern grundsätzlicher auf die Restitution von „property" richtet. Der Begriff „property" umfasst nicht nur das Eigentum an Sachen, sondern alle Vermögensrechte.[34] Die englische Variante der Vindikation kann sich daher z. B. auch auf den Schutz einer Forderung als lediglich relatives Recht erstrecken.

Andererseits ist *Foskett v. McKeown* wie gerade angedeutet ein Fall aus dem Bereich der „equity". Allein der Begünstigte, der einen „title in equity" vorweist, kann sich auf die Vindikation stützen. Im Bereich des Vermögens nach „common law" stellt das englische Privatrecht nach wie vor keine Vindikation bereit. Stattdessen beschränkt sich dort der Anspruch in der Regel auf schuldrechtlichen Wertersatz.[35] Der bloße unberechtigte Besitz löst mithin nicht ipso iure eine Vindikation zugunsten des Eigentümers aus. Auch an dieser Stelle zeigt sich, dass das „common law" eine Verurteilung des Beklagten auf eine bestimmte Geldsumme gegenüber einer Verurteilung zu einer spezifischen Leistung bevorzugt.[36]

Das „common law" lässt grundsätzlich nur zwei Ausnahmen zu:[37] Die erste betrifft den Entzug beweglicher Sachen durch dritte Personen. Dann kann ein verschuldensunabhängiges Eigentumsdelikt („tort of conversion") vorliegen, das dem Richter die Anordnung eines Herausgabeanspruchs ermöglicht. Die zweite Ausnahme hat Immobilien zum Gegenstand. Dort gewährt die „action for the recovery of land" einen Herausgabeanspruch.

Diese wichtige Beschränkung der Vindikation lässt sich am Fall *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.* demonstrieren:[38] Ein Partner einer Anwaltskanzlei hatte Gelder veruntreut und diese in einer Spielbank verspielt. Das *House of Lords* führte in dieser Entscheidung den Bereicherungswegfall als Einwendung gegen einen Bereicherungsanspruch ein („defence of change of position"). Der Fall *Lipkin Gorman* ähnelt den deutschen Spielbankfällen, die eine analoge Anwendung von § 816 Abs. 1 S. 2 BGB

34 Siehe nur *v. Bernstorff* (Fn. 4), S. 120 f.

35 Statt aller *Edelman/Davies* Torts and Equitable Wrongs in Burrows English Private Law 2. Aufl. (2007), Rn. 17/318 ff.

36 Parallel zum Vertragsrecht *Zweigert/Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts 3. Aufl. (1996), S. 477 ff.

37 Siehe nur *Edelman/Davies* (Fn. 35), Rn. 17/320 ff.

38 *Lipkin Gorman (a firm) v. Karpnale Ltd.* [1991] 2 A.C. 548.

auf rechtsgrundlose Verfügungen erwägen.[39] Virgo ordnet die in *Lipkin Gorman* gewährte Restitution in einer Reihe mit *Foskett* als Vindikation ein, da die Urteilsgründe an einigen Stellen die sachenrechtliche Grundlage des Anspruchs unterstreichen.[40] Aus der Perspektive der englischen Rechtsdogmatik ist eine solche Klassifikation durchaus plausibel.

Die funktionale Rechtsvergleichung wird zu einem anderen Ergebnis kommen müssen. Gegen die Einordnung als Vindikation spricht, dass das *House of Lords* gerade keinen dinglichen Herausgabeanspruch, sondern nur einen für das Bereicherungsrecht typischen Wertersatzanspruch gewährte. Das ähnelt der Wertersatzhaftung nach § 818 Abs. 2 BGB. Der Wertersatzanspruch in *Lipkin Gorman* ist deswegen eher mit der deutschen Eingriffskondiktion vergleichbar, die ebenfalls auf eine schuldrechtliche Vorteilsabschöpfung abzielt.

V. Reaktion der Literatur

Für Rechtspraktiker ist die Grundsatzentscheidung *Foskett v. McKeown* naturgemäß wegen ihrer weitreichenden Haftungsfolgen interessant. Die akademischen Kommentatoren in England sowie im übrigen Rechtskreis des „common law" betrachten den „Nutzwert" der Entscheidung überwiegend aus einer anderen Perspektive. Nur wenige Autoren befassen sich kritisch mit der Proportionalhaftung.[41] Für die meisten akademischen Autoren stehen die in *Foskett* erstmals benutzten Rechtsbegriffe sowie die systematischen Erwägungen im Vordergrund. Sie begrüßen grundsätzlich die Anerkennung eines dinglichen Rückerstattungsanspruchs. Die Literatur ist sich aber über die Klassifizierung dieses Anspruchs uneins.

Vor allem *Virgo* und seine Anhänger stimmen der Entscheidung zu,[42] weil sie die Vindikationsthese zu verbindlichem englischen Recht aufwertet. Demgegenüber

39 BGHZ 37, 363; 47, 393; dazu rechtsvergleichend *Zülch* (Fn. 15), S. 106 ff.

40 *Virgo* (Fn. 10), S. 570 f. (645 f.). Siehe auch *Smith* Restitution: The Heart of Corrective Justice [2001] 79 Texas Law Review 2115, 2170: „It is a common mistake to think that a claim can only be a vindicatio if it generates specific recovery, and it is a further mistake to go on to infer that any claim that generates only a debt cannot be based on an existing right of property."

41 *Jaffey* Tracing, Property and Unjust Enrichment [2000] Tolley's Trust Law International 194, 198: keine Bereicherung feststellbar; *Rotherham* Trust Property and Unjust Enrichment: Tracing into the Proceeds of Life Insurance Policies (2000) 59 Cambridge Law Journal 440, 443 f.; tendenziell ablehnend auf der Basis der Vorinstanzen auch *Mitchell* Tracing Trust Funds into Insurance Proceeds [1997] Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 465, 473; vgl. ferner *Hedley* A Critical Introduction to Restitution 2001, S. 300 f.

42 *Virgo* Vindicating vindication: Foskett v McKeown reviewed in Hudson New Perspectives on Property Law, Obligations and Restitution 2004, S. 203 ff.; ferner *Barker* Riddles, Remedies, and Restitution: Quantifying Gain in Unjust Enrichment Law (2001) 54 Current Legal Problems 255, 294 ff.; *Fox* Vindicating Property in Substituted Assets [2001] Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 1, 4 f.; *Goff/Jones* (Fn. 18), Rn. 2/005 ff.; *Goode* Avoidance of Transactions on Insolvency in Burrows/Lord Rodger of Earlsferry Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks 2006, S. 299 (301 f.); *Grantham/Rickett* Tracing and

sehen besonders *Birks* und sein Schülerkreis das Urteil sehr kritisch.[43] Birks hatte zwar bereits vor *Foskett* seine Quadratthese zum „law of restitution" und „unjust enrichment" aufgegeben, doch fügt sich die Vindikation auch nicht in sein verbessertes System ein. *Birks* und andere Kritiker argumentieren, der dingliche Herausgabeanspruch in *Foskett* sei wie die schuldrechtliche Restitution lediglich ein Beispiel für „unjust enrichment".

Es ist hier nicht der Ort, um in die dogmatische Diskussion des „common law" einzugreifen. Gleichwohl müssen einige kontinentaleuropäische Anmerkungen erlaubt sein. Aus der externen Sicht der funktionalen Rechtsvergleichung erleichtert *Virgos* Vindikationsthese und die Mehrheitsmeinung in *Foskett v. McKeown* ganz erheblich den Vergleich zwischen der Privatrechtswelt des „common law" und des romanistisch gefärbten „civil law". Die Entscheidung *Foskett* schafft keine internalistische, nur für Juristen des „common law" verständliche Rechtsdogmatik. Vielmehr baut sie eine Verständnisbrücke zum „civil law". *Foskett* betont gerade die Unterschiede in den Rechtsfolgen zwischen einem nur schuldrechtlichen Anspruch und einem dinglichen Herausgabeanspruch. Das Urteil kommt damit einem wesentlichen Anliegen der funktionalen Rechtsvergleichung nach, die sich nicht an der nationalen Dogmatik, sondern am Funktionszusammenhang eines Rechtssatzes orientiert.

VI. Reinterpretation der Rechtslage vor Foskett v. McKeown

Vor dem Hintergrund der Grundsatzentscheidung *Foskett v. McKeown* stellt sich die Frage, ob nicht bereits vorhandene privatrechtliche Ansprüche im „common law" oder ältere Fälle in der Retrospektive als Anwendungsfall einer Vindikation interpretiert werden können. Dazu sollen hier die „action for unconscionable receipt" sowie

---

Property Rights: The Categorical Truth (2000) 63 Modern Law Review 905, bes. 910 f.; *dies.* Property Rights as a Legally Significant Event (2003) 62 Cambridge Law Journal 717, 734 f.; *Nadler* What Right Does Unjust Enrichment Law Protect? (2008) 28 Oxford Journal of Legal Studies 245, 251 ff.; *Walker* Tracing after Foskett v McKeown [2000] Restitution Law Review 573 ff.; *Wu* Foskett v McKeown: Hard-Nosed Property Rights or Unjust Enrichment (2001) 25 Melbourne University Law Review 295 ff.

43 *Birks* Property, Unjust Enrichment, and Tracing (2001) 54 Current Legal Problems 231 ff.: Einordnung unter „unjust enrichment"; ebenso z. B. *ders.* Unjust Enrichment 2. Aufl. (2005), S. 33 ff.; ferner *Burrows* Proprietary Restitution: Unmasking Unjust Enrichment (2001) 117 Law Quarterly Review 412, 419 ff.; ebenso z. B. *ders.* The English Law of Restitution: A Ten-Year Review in Neyers/McInnes/Pitel Understanding Unjust Enrichment 2004, S. 11 (23 ff.): „title-based unjust enrichment claim"; *Chambers* Tracing and Unjust Enrichment in Neyers/McInnes/Pitel Understanding Unjust Enrichment 2004, S. 263 (bes. 264 f.); *Swadling* Ignorance and Unjust Enrichment: The Problem of Title (2008) 28 Oxford Journal of Legal Studies 627 ff.; abseits des engeren Schülerkreises *Berg* Permitting a Trustee to Retain a Profit (2001) 117 Law Quarterly Review 366, 371: constructive trust; *Cato* Foskett v McKeown, (2001) New Zealand Law Journal 276 ff.: Anspruch wegen sittenwidrigen Verhaltens („unconscionable conduct").

das Urteil *Trustee of the Property of F. C. Jones and Sons (a firm) v. Jones* (kurz: *Jones v. Jones*)[44] näher untersucht werden.

Bei der „action for unconscionable receipt", ehemals „action for knowing receipt" genannt, handelt es sich um einen schuldrechtlichen Anspruch des Begünstigten auf Wertersatz gegen die Person, welche das veruntreute „trust"-Vermögen erhalten hat. Der Anspruch ist in zweierlei Hinsicht beschränkt: Der Empfänger muss das Vermögen zu eigenen Zwecken empfangen haben und der Empfang muss mit einer qualifizierten Verschuldensform („unconscionability") verbunden sein. Unter „unconscionability" versteht man in England ähnlich wie bei § 826 BGB ein vorsätzliches und zusätzlich sittenwidriges Verhalten. Wo genau die Sittenwidrigkeit anfängt und wo sie endet, ist in der englischen Rechtsprechung umstritten. Jedenfalls haftet kein Empfänger, der aus Fahrlässigkeit vom Treubruch nichts ahnt.

Die englische Literatur diskutiert die Klassifikation dieses Anspruchs ebenso kontrovers wie die Einordnung der Vindikation. Die Stimmen reichen von „unjust enrichment"[45] bis hin zum Deliktsrecht.[46] Virgo schlägt in einer dritten Lösung vor, den Anspruch als Vindikation zu rubrizieren.[47] Die „action for unconscionable receipt" knüpfe an die Veruntreuung von „trust"-Vermögen und somit an eine dingliche Rechtsposition an. Gegen diese Deutung spricht aus Sicht der funktionalen Rechtsvergleichung indessen die Rechtsfolge: Die Vindikation zielt auf die Herausgabe des „trust"-Vermögens ab, die „action for unconscionable receipt" jedoch auf bloßen Wertersatz. Zudem enthält der letztere Anspruch im Gegensatz zur Vindikation ein qualifiziertes Verschuldenselement.

Die Entscheidung *Jones v. Jones* aus dem Jahr 1996 problematisiert die Insolvenz eines Agrarbetriebs. Einer der drei Betreiber des Agrarbetriebs stellte nach dem Insolvenzfall für seine Ehefrau auf das Gemeinschaftskonto des Unternehmens drei Schecks über insgesamt 11.700 £ aus. Die Ehefrau vervielfachte die Summe durch Terminkontrakte auf 50.760 £ und zahlte sie auf ein Bankkonto ein. Ehefrau und Insolvenzverwalter stritten sich dann um den Kontobetrag. Sowohl der *High Court* als auch der *Court of Appeal* sprachen dem Insolvenzverwalter nicht nur die anfänglichen 11.700 £, sondern aus einer sog. action for debt den gesamten Kontobetrag zu. *Millett*, damals noch Lord Justice am *Court of Appeal*, klassifizierte den Anspruch als „proprietary restitutionary claim".

Teile der Literatur greifen diese Bemerkung auf und bezeichnen den Anspruch auf dem Boden von *Foskett* als Vindikation.[48] Andere, allen voran *Birks*, deuten den Anspruch wiederum als Anwendungsfall von „unjust enrichment".[49] A prima vista spricht die

44 [1997] Ch. 159 (*Court of Appeal*).

45 *Edelman/Davies* (Fn. 35), Rn. 17/342.

46 *Smith* (Fn. 20), S. 373 f.: Analogie zum „tort of conversion".

47 *Virgo* (Fn. 10), S. 647 ff.

48 *Grantham/Ricket* Enrichment and Restitution in New Zealand 2000, S. 33, 272 f., 404, 457 f.; *Smith* [2001] 79 Texas Law Review 2115, 2168.

49 *Birks* On Taking Seriously the Difference between Tracing and Claiming (1997) 11 Trust Law International 2, 6 ff.; *Davies*, Torts and Equitable Wrongs in Birks English Private

in *Jones* angeordnete Proportionalhaftung für eine Vindikation. Bei näherer Analyse überwiegen aus Sicht der funktionalen Rechtsvergleichung aber fundamentale Unterschiede. In *Jones* gewährten die Gerichte keine Vindikation, sondern nur eine schuldrechtliche „action for debt" auf Wertersatz. Das korrespondiert mit der sachenrechtlichen Lage des Falls. Die Ehefrau veruntreute kein „trust"-Vermögen mit der Folge, dass „title in equity" und „title at law" auseinanderfallen. Vielmehr verfügte der Insolvenzverwalter in jedem Fall über die volle Rechtsmacht am Gemeinschaftskonto. Der Fall hat also kein „trust"-Vermögen zum Gegenstand, sondern nur Vermögen nach „common law". In *Foskett* war aber das Vorliegen von „trust"-Vermögen die entscheidende Voraussetzung für einen dinglichen Herausgabeanspruch.

Auf die deutschen Verhältnisse bezogen, ist die „action for debt" wohl am ehesten mit der Eingriffshaftung aus dem Bereicherungsrecht zu vergleichen. Auch die deutsche Eingriffskondiktion knüpft über den Zuweisungsgehalt an absolute Rechtspositionen an, ohne selbst eine Vindikation zu sein.

VII. Rechtsprechung nach Foskett v. McKeown

Foskett v. McKeown war als Grundsatzentscheidung konzipiert. Trotzdem behielt die Rechtsprechung in der Folgezeit eine bemerkenswerte, bis heute nicht vollkommen aufgelöste Ambivalenz. So legte *Lord Nicholls of Birkenhead* zwei Jahre nach *Foskett* folgendes obiter dictum nieder:

> „Vindication of a plaintiff's proprietary interests requires that, in general, all those who convert his goods should be accountable for benefits they receive. They must make restitution to the extent they are unjustly enriched. Liability [...] should be strict subject to defences available to restitutionary claims such as change of position: see Lipkin Gorman [...]."[50]

In der Sache soll der Bereicherungswegfall offenbar auch nach *Foskett v. McKeown* grundsätzlich eine Einwendung gegen Ansprüche auf sachenrechtlicher Grundlage sein. Konsequenterweise sieht *Lord Nicholls* die Vindikation nur als Unterfall von „unjust enrichment" an. Auf einen ersten Blick ist dies ein Widerspruch zu *Foskett*, wenn auch keine Korrektur, da es sich um keine tragenden Urteilsgründe handelte. *Lord Nicholls* hielt sich allerdings eine Hintertür offen: Es bleibt für den Leser unklar, ob er den Bereicherungswegfall tatsächlich auf den dinglichen Herausgabeanspruch oder nur auf den schuldrechtlichen Wertersatzanspruch bezog. Für letztere Deutung spricht, dass sich *Lord Nicholls* auf den Fall *Lipkin Gorman* stützte, der aus Sicht der funktionalen Rechtsvergleichung eine Eingriffskondiktion zum Gegenstand hat. Jedenfalls ist das letzte Wort in England zur genauen Abgrenzung der Vindikation zum „unjust enrichment" noch nicht gesprochen.

Law II 1. Aufl. (2000), Rn. 14/311, Fn. 495; *Fox* Common Law Claims to Substituted Assets (1997) 56 Cambridge Law Journal 30, 31 f.

50 *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. (No. 3)* [2002] UKHL 19 [79], [2002] 3 All. E. R. 209, 230 (per *Lord Nicholls of Birkenhead*).

Die Unsicherheiten im Umgang mit *Foskett* setzen sich an den Untergerichten fort. So berief sich der *Court of Appeal* in einer Entscheidung auf *Foskett v. McKeown.*[51] Der Fall problematisiert die Rückforderung zu viel bezahlter Mietzinsen. Der Mieter hatte seine Zahlungen mit dinglicher Wirkung angefochten, sodass zumindest theoretisch der Weg zur Vindikation offen war. Allerdings hatte der Mieter keinen „title in equity", sondern nur einen „title at law". Das könnte zu dem Schluss verleiten, der *Court of Appeal* habe die Vindikation auf Vermögen nach „common law" erweitert. Die knappen Urteilsgründe lassen jedoch wiederum nicht genau erkennen, ob es sich wie in *Lipkin Gorman* nur um einen schuldrechtlichen Wertersatzanspruch oder um eine echte Vindikation in der Form eines „proprietary remedy" handelte. Im Zweifel wird sich der *Court of Appeal* auf die konservative erste Alternative beschränkt haben, da das Gericht an das höherrangige Präjudiz des *House of Lords* in *Foskett* gebunden war. Es ist eine offene Frage, ob der neue *Supreme Court of the United Kingdom* jemals die Vindikation vom Bereich der „equity" auf das „common law" ausdehnt und damit das englische Privatrecht dem kontinentaleuropäischen Recht noch näher bringt.

VIII. Ausblick – weitere Weichenstellungen

Foskett v. McKeown führte in England und Wales nicht nur die Vindikation ein. Die Grundsatzentscheidung veränderte im Gefolge viele weitere Parameter des englischen Rechtssystems und gibt bis auf den heutigen Tag Anlass, traditionelle Positionen zu überdenken. Zudem erleichtert das Urteil die Integration des „common law" in das Europäische Privatrecht.

1. Richtermacht und Universität

Traditionell sind die höchstrichterlichen Urteile die wichtigste Rechtsquelle des „common law". Die Richter wenden nicht nur geltendes Recht an, sondern setzen es selbst in Form von Richterrecht. Das könnte zu dem Trugschluss verleiten, die Richter hätten in England und Wales omnipotente normative Macht. Das wäre indessen ein Widerspruch zum Selbstverständnis dieser Juristenelite. Von allen Jurisdiktionen des „common law" hat die englische Rechtsordnung die geringste Regelungsdichte an Kodifikationen bzw. Gesetzen vorzuweisen. Im Gegensatz zu den US-Bundesstaaten verfügt die englische Rechtsordnung weder über einen „civil code" noch zumindest über eine Modellgesetzgebung („uniform codes", „restatements"). Die Richter in England und Wales haben somit kein legislatives Gegengewicht. Mangels echter Gewaltenteilung muss sich die englische Rechtsprechung in eigener Verantwortung beschränken. Deshalb legt sie sich die Pflicht auf, nicht als Quasigesetzgeber aufzutreten.[52]

---

51 *West Sussex Properties v. Chichester District Council Business Tenancies* [2000] New Property Cases 74.

52 Ausführlich zum englischen „law of restitution" unter Methodengesichtspunkten *Schäfer* (Fn. 3), S. 565 ff.

England vertritt hier im Vergleich zu anderen Jurisdiktionen des „common law" wie Australien oder Kanada eine sehr restriktive Position. Trotzdem gestalten auch die englischen Richter von Zeit zu Zeit grundlegend das Recht um oder entwickeln es fort. Denn neben dem Anspruch, nur eine graduelle Rechtsfortbildung zu betreiben, steht das Bekenntnis zur Einzelfallgerechtigkeit. Der *Supreme Court* ist nicht an eigene frühere Entscheidungen gebunden. Das *House of Lords* als Vorgängerinstitution hat es sich ausdrücklich vorbehalten, aus Anlass eines neuen Rechtsstreits von den alten Präjudizien abzuweichen bzw. in Bereichen ohne Präjudizien neue zu setzen.[53] So hat das *House of Lords* erstmals ein Jahr vor *Foskett* trotz entgegenstehender Präjudizien den Rechtsirrtum als Grundlage eines Anspruchs aus „law of restitution" anerkannt.[54] Im Zweifel wird die Rechtsprechung die Gerechtigkeit im konkreten Fall über die Selbstverpflichtung zur Kontinuität stellen.

An dieser Stelle kommt die Lehrmeinung ins Spiel. Seit geraumer Zeit greift die Rechtsprechung ausdrücklich auf das akademische Schrifttum zurück, um ihre Rechtsfortbildung argumentativ zu rechtfertigen.[55] Bei *Lipkin Gorman* dauerte es noch weit über zwanzig Jahre, bis das „law of restitution" am *House of Lords* ankam. Auch in Deutschland vergehen manchmal Jahrzehnte, bis sich eine akademische Mindermeinung am *BGH* durchsetzt.[56] Dagegen benötigte *Virgos* Vindikationsthese gerade einmal drei Jahre von einer akademischen Feier bis zur Anerkennung als geltendes englisches Recht. Keine andere Lehrmeinung hat sich in England schneller etabliert als diese.

2. Common Law und Equity

Die Vindikation beschränkt sich bislang auf den veruntreuten „trust" und somit auf Vermögen nach „equity". Wie der Fall *Lipkin Gorman* illustriert, kann ein Kläger nach „common law" grundsätzlich nur Wertersatz verlangen. Nach dem status quo des englischen Privatrechts ist ein „trust" schutzwürdiger als bloßes Vermögen nach „common law". Begünstigter und Treuhänder sind durch ein Treueverhältnis („fiduciary relationship") aneinander gebunden; der Treuhänder unterliegt im Gegenzug für das in Anspruch genommene Vertrauen des Treugebers qualifizierten Pflichten. Anders als im deutschen Privatrecht sind diese Pflichten nicht nur schuldrechtlicher Natur. Denn der Treubruch durch Verfügung über das „trust"-Vermögen zugunsten einer dritten Person führt für den Begünstigten grundsätzlich nicht zum Vermögensverlust. Er ist damit weitaus besser geschützt als im deutschen Recht, das nach zutreffender Ansicht nur in Extremfällen über § 138 BGB zur Unwirksamkeit einer dinglichen Transaktion gelangt.[57]

---

53 Nach dem Practice Statement [1966] 1 W.L.R. 1234 kann von der bisherigen Rechtsprechung unter folgender Bedingung abgewichen werden: „when it appears right to do so".

54 *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council* [1999] 2 A.C. 349.

55 Dazu der Überblick bei *Zweigert/Kötz* (Fn. 36), S. 265.

56 Beispiel BGHZ 146, 341: Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

57 Siehe zur h. M. nur *Bitter* Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand 2006, S. 453 ff.; *Löhnig* Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte 2006, S. 651 ff.

Der tiefgreifende Unterschied zwischen „equity" und „common law" manifestiert sich selbstverständlich nicht nur bei der Frage, wo die Vindikation überhaupt anwendbar ist. Der schuldrechtliche Wertersatzanspruch nach „common law" hat seinerseits eine geringere Reichweite als die dinglich wirkende Vindikation. Im Fall einer Schuldnerinsolvenz genießt ein Gläubiger mit einem dinglichen Recht bzw. einem dinglichen Anspruch eine bessere Position als ein Gläubiger mit einem nur schuldrechtlichen Anspruch.[58] Darüber hinaus verschiebt das „common law" die Haftungsreichweite zulasten des Gläubigers. Die beiden Mechanismen „following" und „tracing" greifen zwar auch beim schuldrechtlichen Wertersatzanspruch ein, doch sind sie dort anders als im Bereich der „equity" zahlreichen Beschränkungen unterworfen.[59] Dieser Unterschied ließe sich wiederum mit der grundsätzlichen Privilegierung des Begünstigten rechtfertigen. Davon unbeeindruckt fordern bedeutende Stimmen in der Literatur aber schon seit langem, „following" und „tracing" zu vereinheitlichen, also die Unterscheidung nach „equity" und „common law" aufzugeben.[60] In letzter Konsequenz müsste die Rechtsprechung dann allerdings die Vindikation auf das Vermögen nach „common law" ausdehnen.

3. Trusts

Mit der Beschränkung der Vindikation auf den Bereich der „equity" rückt der „trust" aus rechtsvergleichender Sicht in den Vordergrund. Ohne „trust" kein vindizierbares Vermögen nach „equity". In *Foskett v. McKeown* schützte das *House of Lords* die rechtsgeschäftlich begründete Treuhand. Die Vindikation lässt sich aber auch auf eine Treuhand übertragen, die nicht durch Rechtsgeschäft im engeren Sinne entsteht. Zu denken ist an den „resulting trust" und den „constructive trust".[61]

Ein „resulting trust" betrifft rechtsvergleichend gesehen den Bereich der Leistungskondiktion. Ein solcher „trust" kann vereinfacht gesprochen entstehen, wenn eine Person einer anderen etwas ohne Gegenleistung zuwendet. Wie bereits die „doctrine of consideration" beim Vertragsschluss zeigt,[62] steht das englische Privatrecht unentgeltlichen Geschäften grundsätzlich skeptisch gegenüber. Es spricht sich deshalb bei einer unentgeltlichen Zuwendung gegen eine Schenkungsvermutung aus. Das englische Recht gewährt aber im Gegenzug keinen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch, sondern wählt eine dingliche Lösung: Die Unentgeltlichkeit soll implizieren, dass der Zuwendungsempfänger die Zuwendung nur als Treuhänder des Zuwendenden erhalten soll. Die zuwendende Person hat dann zwar ihr Vermögen nach „common law" verloren, aber einen „title in equity" und somit einen Schutz gegen die

58 Dazu die Beiträge bei *Rose* Insolvency and Restitution 2000.

59 Im Detail *Matthews* The Legal and Moral Limits of Common Law Tracing in Birks Laundering and Tracing 1995, S. 23 ff.

60 Stellvertretend *Birks* The Necessity of a Unitary Law of Tracing in Cranston Making Commercial Law: Essays in Honour of Roy Goode 1997, S. 239 ff.

61 Näher aus deutscher Sicht *v. Bernstorff* (Fn. 4), S. 163 f. (169); im Detail *Mitchell* Constructive and Resulting Trusts 2010.

62 Dazu *Zweigert/Kötz* (Fn. 36), S. 384 ff.

Insolvenz des Zuwendungsempfängers gewonnen. Bildlich gesprochen „springt" das Vermögen vom Zuwendungsempfänger sofort wieder an den Zuwendenden zurück. Daher stammt die Bezeichnung „resulting".

Der „constructive trust" lässt sich vergleichend eher dem Bereich der Eingriffskondiktion zurechnen. Diese Form der Treuhand verstärkt die Eingriffshaftung um eine dingliche Komponente. Anders als der „resulting trust" liegt der „constructive trust" nicht in der Nähe einer rechtsgeschäftlich begründeten Treuhand. Im Gegensatz zu anderen Jurisdiktionen des „common law" ist die englische Rechtsprechung bei der Anerkennung einer solchen Treuhand sehr zurückhaltend.[63] Der „constructive trust" lässt sich in seinen Voraussetzungen am besten mit der bereicherungsrechtlichen Haftungsverschärfung nach §§ 819 f. BGB vergleichen.

Die Grundsatzentscheidung *Foskett* gibt dem Begünstigten in all diesen Fällen eine Vindikation gegen die dritte, vom Treuhänder verschiedene Person an die Hand, die einen „title at law" erworben hat. Im Bereich des „resulting trust" hat der Zuwendende im Vergleich zur deutschen Leistungskondiktion eine weitaus stärkere dingliche Position. Ebenso ist dem deutschen Privatrecht eine dinglich wirkende Abschöpfung im Eingriffsfall unbekannt. Hier ist allenfalls bei Straftaten an Verfall und Einziehung zugunsten des Staates zu denken.

4. Bereicherungswegfall und gutgläubiger Erwerb

Foskett v. McKeown führte des Weiteren zu einer genauen Unterscheidung der Einwendung des Bereicherungswegfalls („defence of change of position") und der Einwendung des gutgläubigen Erwerbs („defence of bona fide purchase for value"). Anzumerken ist, dass das englische Privatrecht den gutgläubigen Erwerb auf den Bereich der „equity", also auf den „trust" beschränkt. Einem redlichen Erwerber gegenüber erlischt der „title in equity", wenn er den Gegenstand gegen ein Entgelt erworben hat. Deshalb lautet der Zusatz „for value". Das „common law" im engeren Sinne kennt dagegen keinen gutgläubigen Erwerb. Hier gilt wie im römischen Recht (D. 50, 17, 54) die strenge Regel „nemo dat quod non habet".

Wie das Urteil *Foskett* hervorhebt, richtet sich der Bereicherungswegfall nur gegen einen Anspruch auf „unjust enrichment", der gutgläubige Erwerb hingegen führt zum Wegfall der Aktivlegitimation der aus dem „trust" begünstigten Person. Ein ehemaliger Begünstigter kann sich nicht mehr auf einen „proprietary claim", sondern nur noch auf einen Anspruch aus „unjust enrichment" stützen. Das entspricht im Ergebnis der deutschen Rechtslage: Der Bereicherungswegfall ist eine Einwendung im Rahmen der ungerechtfertigten Bereicherung, der gutgläubige Erwerb führt dazu, dass der Eigentümer seine Eigentümerposition und somit seine Vindikation verliert.

---

63 Dazu *Zweigert/Kötz* (Fn. 36), S. 562; *Wimmer-Leonhardt* Konzernhaftungsrecht: Die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für ihre Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht 2004, S. 652 ff.

Die englische Literatur steht dieser Abgrenzung aus prinzipiellen Gründen teilweise skeptisch gegenüber. Diejenigen Autoren, die zwischen „unjust enrichment" und „vindication" keinen kategorischen Unterschied sehen, wollen den Bereicherungswegfall auch auf die Vindikation anwenden.[64] In letzter Konsequenz heben sie die Trennung des gutgläubigen Erwerbs und des Bereicherungswegfalls auf.[65] Virgo tendiert in die entgegengesetzte Richtung: Wie erwähnt deutet er den Fall *Lipkin Gorman* als Spielart der Vindikation, weil die Anspruchsgrundlage auch hier nicht im „unjust enrichment", sondern in einem „proprietary claim" zu suchen sei. Konsequent zu Ende gedacht, hat das *House of Lords* in *Lipkin Gorman* mit der Einführung des Bereicherungswegfalls eine Fehlentscheidung getroffen.[66] Denn *Virgo* möchte den Bereicherungswegfall nur auf „unjust enrichment", nicht aber auf die Vindikation anwenden.

5. Internationale und europäische Ebene

Die Leitentscheidung *Foskett v. McKeown* reicht in ihrer Bedeutung noch weiter. Auch wenn der Kronrat (*Privy Council*) weitestgehend seine Funktion als oberstes Gericht der ehemaligen britischen Kolonien verloren hat, so nehmen die Rechtsprechung und die Lehre in diesen Ländern englische Leitentscheidungen aufmerksam zur Kenntnis. Das *House of Lords* hat das englische Privatrecht wieder näher an die Mischrechtsordnungen in Schottland und Südafrika gerückt, die durch den römischrechtlichen Einfluss beide über eine Vindikation verfügen.[67]

Aus europäischer Perspektive ist *Foskett* ebenso eine überragende Leitentscheidung. Mit der Vindikation stellt das englische Privatrecht seine Anschlussfähigkeit zur kontinentaleuropäischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis her. Die englische Variante der Vindikation entwirrt die klassische Gemengelage des „law of restitution" zwischen Schuld- und Sachenrecht und erleichtert erheblich den Rechtsvergleich mit dem „civil law". Das fördert einerseits das englische Verständnis für die im gemeinsamen Referenzrahmen angedachte Vindikation zum Eigentumsschutz (DCFR Art. VIII 6:101). Andererseits behält das englische Privatrecht über die Dif-

64 *Birks* The Role of Fault in the Law of Unjust Enrichment in Swadling/Jones The Search for Principle: Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley 1999, S. 235 (271); *Rotherham* Proprietary Remedies in Context: A Study of Judicial Redistribution of Property Rights 2002, S. 110; *ders.* (2000) 59 Cambridge Law Journal 440, 442.

65 *Burrows* (2001) 117 Law Quarterly Review 412, 416, Fn. 26.

66 So tendenziell *Virgo* (Fn. 10), S. 708 ff. A. A. *Mitchell* Unjust Enrichment in Burrows English Private Law 2. Aufl. (2007), Rn. 18/47 f.; *Fox* Vindicating Property in Substituted Assets [2001] Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 1, 8; *ders.* [2000] Restitution Law Review 465, 488 ff.

67 Dazu *Reid/van der Merwe* Property Law: Some Themes and Some Variations in Zimmermann/Visser/Reid Mixed Legal Systems in Comparative Perspective 2004, S. 637 (660 f.) m. w. N.; im Detail *Evans-Jones* Unjustified Enrichment I 2003, S. 37; *Visser* Unjustified Enrichment 2008, S. 661.

ferenzierung nach „equity" und „common law" weiterhin sein spezifisches Gepräge. Es wird nicht „Germanically abstract", um einen englischen Juristen zu zitieren,[68] sondern hält an der „equity" und der dinglich gespaltenen Rechtsmacht im „trust" fest.

68 Zitat nach *Tettenborn* Book Review: Peter Birks English Private Law (2002) 61 Cambridge Law Journal 217, 218, zum deutschen Privatrecht.

Priv.-Doz. Dr. Christian Förster*

Stimmrechtsausschluss gem. §47 Abs. 4 S. 1 GmbHG bei organübergreifender Pflichtverletzung

– Anmerkung zu *BGH* II ZR 166 bis 169/07 –

Abstract

Den vier Entscheidungen des *BGH* liegt ein Sachverhalt zugrunde, der leider nicht allzu selten ist: Die Gesellschafter eines Familienunternehmens sind hoffnungslos zerstritten und gehen daher in jeder erdenklichen Richtung juristisch gegeneinander vor, was mehrfache Versuche miteinschließt, die jeweils andere Seite durch Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung zu entmachten. An dieser Stelle nun kommt die Frage ins Spiel, inwiefern einzelne Gesellschafter mit ihrem Stimmrecht ausgeschlossen sind, weil sie andernfalls selbst beurteilen müssten, ob ihnen von der Gegenseite zu Recht vorgeworfen wird, sie hätten im Vorfeld gemeinschaftlich ihre jeweiligen gesellschafterlichen Pflichten verletzt. In diesem Zusammenhang scheinen zahlreiche Problemkreise von §47 Abs. 4 S. 1 GmbHG auf: Sinn und Zweck des Stimmverbots, Entlastung bzw. Abberufung eines Geschäftsführers sowie Widerruf einer Prokura als konkrete Anwendungsfälle, die Frage nach einer etwaigen Zurechnung von Stimmanteilen einer beherrschten Gesellschaft und der treuwidrige Missbrauch des Stimmrechts, vor allem aber die Besonderheit einer organübergreifenden Pflichtverletzung als auslösendes Moment.

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl *Prof. Dr. H.-D. Assmann, LL.M.* an der Universität Tübingen und zurzeit Lehrstuhlvertreter an der Universität Freiburg.

I. Einleitung

Weder das Phänomen zerstrittener Familiengesellschafter,[1] noch die Auseinandersetzung mit dem Stimmrechtsausschluss gem. § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG ist wirklich neu. Bemerkenswert an der hier zugrunde liegenden Konstellation – deren tatsächliche Verästelungen sich vollständig erst nach der Lektüre der vorinstanzlichen Urteile erschließen lassen[2] – ist jedoch, dass gleich vier höchstrichterliche Entscheidungen dazu ergangen sind,[3] die nach einer gewissen Pause der Rechtsprechung wesentliche Fragen noch einmal eindeutig beantworten. Zudem erlauben die aufeinander aufbauenden Urteile eine nachgerade schulmäßige Bearbeitung der durchaus noch strittigen Materie gesellschaftsrechtlicher Stimmrechtsschranken.

Der Beitrag schildert zunächst den wesentlichen Sachverhalt[4] und in knapper Form die Entscheidungen des *BGH*.[5] Im Mittelpunkt stehen anschließend die insoweit maßgeblichen Elemente des § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG.[6] Ergänzend und zur Abgrenzung wird auf den treuwidrigen Stimmrechtsmissbrauch eingegangen.[7] Am Ende folgen Ergebnis und Fazit.[8]

II. Sachverhalt

Das umkämpfte Familienunternehmen besteht aus insgesamt drei Gesellschaften: Eine GmbH und eine mit ihr wechselseitig verbundene GmbH & Co KG, die anscheinend primär verwaltend tätig sind, und eine weitere, von der KG zu 100 % abhängige GmbH, die als operatives Geschäft ein Sägewerk und einen Holzhandel betreibt. Letztere spielt in der folgenden Betrachtung keine weitere Rolle. Der Kläger (JK) ist gemeinsam mit seinem Bruder (CK) und seiner Mutter (RK) Gesellschafter der erstgenannten GmbH. Sein Anteil beträgt wie derjenige von CK 12,5 %, derjenige von RK 25 %. Die restlichen 50 % gehören der KG. CK ist Geschäftsführer, RK Prokuristin der GmbH. Die GmbH selbst wiederum ist Komplementärin der KG mit einem Stimm- und Kapitalanteil von zwei Dritteln, RK ist Komplementärin ohne Kapitalanteil und ohne Geschäftsführungsbefugnis. JK und CK schließlich sind Kommanditisten mit einem Stimm- und Kapitalanteil von jeweils einem Sechstel.[9]

---

1 Neben dem den hier besprochenen Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalt siehe nur *BGH* NJW 1986, 2051 und *OLG Düsseldorf* GmbHR 2000, 1050.

2 *OLG Karlsruhe* BeckRS 2007, 15 479; BeckRS 2007, 15 481; BeckRS 2007, 15 478; BeckRS 2007, 15 480, sämtlich vom 28.6.2007.

3 *BGH* NZG 2009, 707, vom 27.4.2009; NZG 2009, 1309; NZG 2009, 1310; NZG 2009, 1307, jeweils vom 4.5.2009.

4 Siehe dazu unter Abschnitt II.

5 Siehe dazu unter Abschnitt III.

6 Siehe dazu unter Abschnitt IV.

7 Siehe dazu unter Abschnitt V.

8 Siehe dazu unter Abschnitt VI.

9 Vgl. die Darstellung des Sachverhalts bei *BGH* NZG 2009, 707.

Der Streit entzündete sich an verschiedenen Beschlüssen mehrerer Gesellschafterversammlungen der GmbH und der KG, bei denen sich JK durch das Zusammenwirken von CK und RK – kurz gesagt – erheblich benachteiligt sah. Er legte ihnen insbesondere das bewusste Verhindern seiner gesellschaftsinternen Mitwirkung zur Last, des weiteren eine vermeintliche Fehlinvestition großen Umfangs in neue Maschinen („neue Spanerlinie") und die spätere Entlastung von CK als Geschäftsführer der GmbH, die seines Erachtens ungerechtfertigt war. Im Anschluss versuchte er unter anderem, durch Gesellschafterbeschluss CK als Geschäftsführer der GmbH abzuberufen und RK die Prokura zu entziehen bzw. beide zumindest aus der KG auszuschließen, was jedoch durchgängig an den Gegenstimmen von CK und RK scheiterte. Gerichtlich bemühte er sich nun darum – letztlich weitgehend erfolglos –, die betreffenden Beschlüsse für unwirksam zu erklären, weil CK und RK jeweils mit ihrem Stimmrecht aufgrund § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG ausgeschlossen gewesen seien.

III. Rechtliche Beurteilung durch den *BGH*

In der ersten Entscheidung bejahte der *BGH* bis auf Weiteres [10] einen Stimmrechtsausschluss von CK und RK. Ausschlaggebend dafür war, dass CK und RK, wie von JK behauptet, ihn hintergangen hätten, in erster Linie indem sie ihn von der Mitwirkung an Gesellschafterbeschlüssen bei der GmbH bewusst ausgeschlossen hatten, was eine gemeinschaftliche Pflichtverletzung darstelle. Damit sei bei der Beschlussfassung über die Abberufung von CK als Geschäftsführer aus wichtigem Grund und bei der Entscheidung über den Widerruf der Prokura von RK jeweils RK bzw. CK mit ihrem bzw. seinem Stimmrecht gem. § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG ausgeschlossen gewesen.[11] Auch hätten die Stimmen der KG nicht berücksichtigt werden dürfen, weil es sich dabei sowohl um Stimmrechte aus eigenen Anteilen der GmbH handelte (Abhängigkeitsverhältnis von zwei Dritteln, s. o., vgl. § 71b AktG) und CK als ihr organschaftlicher Vertreter nicht statt ihrer stimmen durfte, weil er selbst eben vom Stimmrecht ausgeschlossen gewesen sei.[12]

Die weiteren Entscheidungen hatten zwar unverändert das Begehren von JK zum Gegenstand, CK die Geschäftsführung und RK die Prokura zu entziehen[13] bzw. beide als Gesellschafter auszuschließen,[14] mussten sich aber aufgrund weiterer Gesellschafterbeschlüsse mit der von CK zu verantwortenden und von RK gebilligten, angeblichen Fehlinvestition der GmbH als „wichtigem Grund" auseinandersetzen.

---

10 Ob tatsächlich ein „wichtiger Grund" zur Abberufung des Geschäftsführers CK vorlag, konnte bislang noch nicht festgestellt werden, weshalb der *BGH* die Sache zur Endentscheidung zurückverwiesen hat: *BGH* (Fn. 9), S. 710, Rn. 35. Über ein erneutes Urteil in der Sache ist bislang nichts bekannt.

11 *Ebd.*, S. 709 f., Rn. 28 ff. Die Vorinstanz *OLG Karlsruhe* BeckRS 2007, 15479 hatte dies noch verneint.

12 *Ebd.*, S. 710, Rn. 33 f.

13 *BGH* NZG 2009, 1309; NZG 2009, 1307.

14 *BGH* NZG 2009, 1310.

JK konnte hier nicht durchdringen: Der *BGH* sah eine gemeinschaftliche Pflichtverletzung von CK und RK nicht als gegeben an, da CK zwar ohne JK zu informieren vorsätzlich eine wirtschaftlich umstrittene Geschäftsführungsmaßnahme getroffen habe, RK dagegen aber „allenfalls ein Aufsichtsversäumnis" vorzuwerfen sei, „mithin eine ganz andersartige Pflichtverletzung" vorliege. CK und RK seien daher bei der Beurteilung des Verhaltens des jeweils anderen nicht mit ihrem Stimmrecht ausgeschlossen gewesen.[15]

Hinsichtlich des Ausschlusses von CK und RK aus der KG kam es maßgeblich darauf an, ob die dafür notwendige Stimmenmehrheit erreicht werden konnte, wofür wiederum ausschlaggebend war, ob die GmbH als wesentlicher Komplementär insofern einem Stimmverbot unterlag. Deshalb überprüfte der *BGH* in der dritten Entscheidung, ob CK und RK auf diese einen „maßgebenden Einfluss" ausüben konnten. Dies wäre allerdings wiederum nur dann der Fall gewesen, wenn man ihre Stimmanteile an der GmbH wegen wechselseitiger Befangenheit hätte zusammenrechnen[16] müssen – was mangels der bereits oben erwähnten nicht „gleichartigen" Pflichtverletzung von CK und RK verneint wurde.[17]

In seiner letzten Entscheidung wiederholte der *BGH* im Zusammenhang mit weiteren Gesellschafterbeschlüssen seine rechtliche Bewertung aus dem zweiten erwähnten Urteil und lehnte auch hier einen Stimmrechtsausschluss von CK und RK mangels gleichartiger Pflichtverletzung ab.[18] Die gleichfalls erfolgte Entlastung von CK als Geschäftsführer der GmbH durch die Stimmen von RK und der KG wurde allerdings für unwirksam erklärt, weil insofern ein treuwidriger Stimmrechtsmissbrauch vorgelegen habe, da JK die Entscheidung über die Entlastung von CK unnötigerweise zu einem Zeitpunkt „aufgezwungen" worden sei, in dem dieser die Geschäftsführungsmaßnahme seitens CK (die Investitionsentscheidung) noch gar nicht hätte beurteilen können.[19]

---

15 *Ebd.*, S. 1310, Rn. 11 (14). Die Vorinstanz *OLG Karlsruhe* BeckRS 2007, 15 478 hatte hier bereits eine Anwendung von § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG abgelehnt und sich stattdessen ausführlich mit einem treuwidrigen Stimmrechtsmissbrauch auseinandergesetzt, diesen aber letzten Endes abgelehnt; nahezu wortgleich – trotz Bezug auf einen anderen Gesellschafterbeschluss – *OLG Karlsruhe* BeckRS 2007, 15 481 (siehe dazu auch unten Abschnitt V.).

16 Wie eingangs erwähnt, besaßen JK und CK jeweils 12,5 % und RK 25 % der Anteile. Der Anteil der KG in Höhe von 50 % durfte hier aber wegen der insoweit beherrschenden Stellung der GmbH als eigener Anteil nicht berücksichtigt werden (§ 71b AktG analog), so dass der Stimmrechtsanteil der Gesellschafter im Vergleich zu ihrem Geschäftsanteil zu verdoppeln war (JK und CK je 25 %, RK 50 %). Eine Stimmenmehrheit von CK und RK konnte sich daher unverändert nur durch Addition ihrer Anteile ergeben, vgl. *BGH* NZG 2009, 1310 (1311), Rn. 6 f.

17 *Ebd.*, S. 1311, Rn. 8. Etwas vage noch die Vorinstanz *OLG Karlsruhe* BeckRS 2007, 15 480.

18 *BGH* NZG 2009, 1307 (1308), Rn. 11 (13).

19 *Ebd.*, S. 1308 f., Rn. 20; ebenso bereits die Vorinstanz *OLG Karlsruhe* BeckRS 2007, 15 481.

IV. Stimmrechtsausschluss gem. § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG

Wie bereits zu Beginn erwähnt, bieten die oben dargestellten Entscheidungen des *BGH* sowohl ausreichend Anlass als auch genügend umfangreiches Material, um sich wesentlichen Fragen des GmbH-rechtlichen Stimmrechtsausschlusses zu widmen und dabei gleichzeitig die Urteile kritisch zu beleuchten.

1. Normzweck

Die starre Regelung in § 47 Abs. 4 GmbHG dient dazu, etwaige Konflikte bei der gemeinschaftlichen Willensbildung zwischen dem Interesse der Gesellschaft und abweichenden Interessen einzelner Gesellschafter bereits von vornherein zu verhindern,[20] indem der jeweils Betroffene bei der fraglichen Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung zwingend[21] mit seinem Stimmrecht ausgeschlossen wird, unabhängig davon, wie er tatsächlich abzustimmen gedenkt.[22] Schon im Hinblick auf diesen erheblichen Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht des einzelnen Gesellschafters kann daraus freilich kein allgemeines Prinzip abgeleitet werden, jeglichen Interessenkonflikt mittels Stimmrechtsausschluss bereits im Keim zu ersticken.[23] Vielmehr lässt ihn das Gesetz nur in ausgewählten Situationen zu. Diese lassen sich grob einteilen in das Verbot, Geschäfte mit sich selbst zu tätigen (siehe insbesondere § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG, vgl. auch § 181 BGB),[24] und das hier allein einschlägige Verbot, „Richter in eigener Sache zu sein".[25] Letzterem liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Gesellschafter schon angesichts der Konsequenzen einer negativen Bewertung kaum unbefangen über sich selbst urteilen kann,[26] was nur allzu menschlich ist.

2. Entlastung von Gesellschaftsorganen als spezifischer Anwendungsfall

Als konkreten Anwendungsfall des Stimmrechtsausschlusses nennt § 47 Abs. 4 S. 1 Var. 1 GmbHG die Entlastung eines Gesellschafters. Dass er in dieser Situation selbst nicht mitstimmen darf, folgt bereits aus der unverzichtbaren Trennung von Leitung

20 So schon die Begründung des Regierungsentwurfs zum damaligen § 48 Abs. 4 GmbHG, Verhandlungen des Reichstages 1890/1892, Aktenstück Nr. 660, S. 3752, mit Blick auf die „analogen Bestimmungen" insbesondere in Art. 190 HGB (1884); vgl. RGZ 60, 172 (173); 81, 37 (39 f.), das Bedürfnis der Praxis nach einer „klaren und scharfen Grenzlinie" im Vergleich zum „dehnbaren" Begriff des Stimmrechtsmissbrauchs betonend; siehe weiter *Hachenburg* LZ 1907, 460 (462, 466 f.); *Hüffer* in Ulmer GmbHG, § 47 Rn. 122; *Roth* in Altmeppen/Roth GmbHG 6. Aufl., § 47 Rn. 55, 60; *Schmidt* in Scholz GmbHG 10. Aufl., § 47 Rn. 100.

21 Eingehend *BGH* NJW 1989, 2694 (2696).

22 *Zöllner* in Baumbach/Hueck GmbHG 19. Aufl., § 47 Rn. 76.

23 *BGH* NJW 1971, 1265 (1267); NJW 1986, 2051 (2052); *OLG München* NJW-RR 1993, 1597 (1509).

24 Siehe dazu auch *BGH* NJW 1977, 850 (851).

25 *Hüffer* (Fn. 20), § 47 Rn. 123 f.; *Schmidt* (Fn. 20), § 47 Rn. 102 (132); vgl. *OLG Karlsruhe* NZG 2001, 30 (31) zur heutigen Parallelvorschrift in § 136 Abs. 1 AktG.

26 *OLG München* NJW-RR 1993, 1597 (1510); vgl. *BGH* NJW 1986, 2051 (2053).

bzw. Amt und Kontrolle. Unmittelbar einschlägig war diese Situation allerdings nur in der vierten *BGH*-Entscheidung, bei der sich das Gericht freilich auf die bewegliche Schranke des treuwidrigen Stimmrechtsmissbrauchs gestützt hat.[27]

Um dem Normzweck in Gestalt des Verbots, über sein eigenes Verhalten zu richten, gerecht zu werden, ist die genannte „Entlastung" jedoch in einem weiteren Sinne zu verstehen und umfasst jegliche Beschlussfassung, bei der die Geschäfts- oder Aufsichtsführung des betreffenden Gesellschafters in der Vergangenheit gebilligt und diesem dadurch auch das Vertrauen für seine zukünftige Tätigkeit ausgesprochen wird.[28] Darf ein Geschäftsführer oder ein Aufsichtsrat bei seiner Wahl und komplementär auch bei seiner Abberufung „im ordentlichen Geschäftsgang" also durchaus selbst mitstimmen,[29] ist ihm dies dann versagt, wenn seine Abberufung „aus wichtigem Grund" erfolgt.[30] Denn hier hat der betreffende Gesellschafter in seiner Person oder in seinem Verhalten den übrigen Gesellschaftern irgendeinen Anlass gegeben, ihre Missbilligung ihm gegenüber in deutlichster Form zu äußern.[31] Würde ihm das Stimmrecht nicht versagt, müsste ein Gesellschafter bei einer solchen gegen ihn gerichteten, gesellschaftsrechtlich bedeutsamen Maßnahme im Ergebnis doch als „Richter in eigener Sache" sein eigenes Verhalten beurteilen.[32] Nicht anders zu be-

---

27 Siehe dazu unten Abschnitt V.

28 *BGH* NJW 1986, 2051 (2052): „generalisierungsfähig"; vgl. *BGH* NZG 2009, 707 (709), Rn. 30; *OLG München* NJW-RR 1993, 1597 (1510); *Hüffer* (Fn. 20), § 47 Rn. 143; *Schmidt* (Fn. 20), § 47, Rn. 133; *Zöllner* (Fn. 22), § 47 Rn. 76. Außerhalb des Wortlauts von § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG für eine Beschränkung auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen *OLG Karlsruhe* BeckRS 2007, 15 478; BeckRS 2007, 15 479.

29 RGZ 74, 276 (279) mit dem zutreffenden Argument, üblicherweise würde ein Gesellschafter auch „seine eigenen Interessen am besten fördern, wenn er den Interessen der Gesellschaft dient" und sein Ausschluss liefe letztlich darauf hinaus, einen (womöglich weniger geeigneten) Nicht-Gesellschafter zum Geschäftsführer zu machen; ähnlich 81, 37 (38) bezüglich der AG, bei der ansonsten die „durch die Größe ihres Aktienbesitzes in erster Linie zur Verwaltung berufenen Personen von der Mitarbeit ausgeschlossen würden und den minder interessierten Kleingesellschaftern den Platz räumen müssten"; so auch *Staub* HGB 6./7. Aufl., § 252, Anm. 16; vgl. weiter RGZ 60, 172 (173); 138, 98 (103); BGHZ 14, 205 (210); *Roth* (Fn. 20), § 47 Rn. 61.

30 RGZ 124, 371 (380), allerdings noch eingeordnet als Stimmrechtsmissbrauch; 138, 98 (103 f.), dort unter Hinweis auf die Sonderregel in § 38 Abs. 2 GmbHG (die Möglichkeit zum Widerruf der Geschäftsführerbestellung aus wichtigem Grund kann in der Satzung nicht ausgeschlossen werden); *BGH* NJW 1969, 1483 (1484); vgl. NJW 1987, 1889; *Hachenburg* LZ 1907, 460 (468); *Roth* (Fn. 20), § 47 Rn. 62. Der Referentenentwurf zu einem neuen GmbHG von 1969 (Hrsg.: BMJ) sah sogar eine entsprechende Kodifizierung dieser Rechtsprechung vor (§ 80 Abs. 4 Nr. 4 und 5 GmbHG-E, vgl. die Begründung auf S. 231), die der anschließende Regierungsentwurf übernahm (dort § 82 Abs. 3 Nr. 4 und 6 GmbHG-E), BT-Drucks. 7/253. Freilich wurde weder diese Norm noch der Entwurf als solcher jemals Gesetz.

31 Vgl. *Roth* (Fn. 20), § 47 Rn. 68.

32 *BGH* NZG 2009, 707 (709), Rn. 29; *Hüffer* (Fn. 20), § 47 Rn. 144; *Schmidt* (Fn. 20), § 47 Rn. 141. Stellt man stattdessen auf die – von ihren Vertretern nicht weiter begründete – Regel ab „niemand dürfe Maßnahmen verhindern, die sich aus wichtigem Grund gegen ihn richten", vgl. *OLG Zweibrücken* GmbHR 1998, 373 (374); *OLG Düsseldorf* GmbHR 2000,

werten ist der Widerruf einer Prokura[33] oder der Ausschluss aus der Gesellschaft[34] aus wichtigem Grund.

Damit werden die von JK angestrebte Abberufung von CK als Geschäftsführer und der Widerruf der Prokura von RK bzw. deren Ausschluss aus der KG unproblematisch vom Anwendungsbereich des Stimmrechtsausschlusses gem. § 47 Abs. 4 S. 1 Var. 1 GmbH erfasst.

3. Zurechnung von Stimmrechtsanteilen beherrschender Gesellschafter

In subjektiver Hinsicht von einem Stimmrechtsausschluss erfasst wird fraglos der unmittelbar in seiner Person betroffene Gesellschafter, hier also beispielsweise CK oder RK selbst. Insbesondere in konzernrechtlichen Sachverhalten, generell aber auch dort, wo es wie in der dritten Entscheidung des *BGH* auf die Stimmrechte einer Gesellschaft ankommt, hier der GmbH als Komplementärin der KG, stellt sich die Frage, inwiefern diese Gesellschaft selbst von einem Stimmrechtsausschluss erfasst wird, dem ein oder mehrere ihrer Gesellschafter unterliegen.

Unbestritten ist dafür die bloße Mitgliedschaft nicht ausreichend, sondern es muss eine „Beteiligungsintensität" erreicht sein, welche die Stimmabgabe seitens der Gesellschaft der eigenen Stimmabgabe im Sinne des obengenannten „Richtens über sich selbst" gleichkommen lässt.[35] In Anlehnung an das Konzernrecht ist diese Schwelle als erreicht anzusehen, wenn die betreffende Gesellschaft von einem Gesellschafter abhängig ist, weil dieser einen beherrschenden Einfluss auf sie ausüben kann, was gesellschaftsrechtlich üblicherweise durch den Mehrheitsbesitz der Anteile vermittelt wird (vgl. §§ 16 Abs. 1, 17 Abs. 1 und 2 AktG).[36] Dank dieses Einflusses ist der betreffende Gesellschafter in der Lage, per Gesellschafterbeschluss die Geschäftsführung der GmbH anzuweisen, deren Stimmen wiederum in einem anderen Beschlussverfahren in seinem Sinne einzusetzen.[37] Geht es dort um Be-

---

1050 (1053); *Zöllner* (Fn. 22), § 47 Rn. 85; *ders.* Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963), S. 236, ist damit kaum etwas gewonnen: Das Resultat – Stimmrechtsausschluss – ist dasselbe und ein solideres dogmatisches Fundament wird ebenso wenig gelegt, da § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG unstreitig ein „Selbstbeurteilungsverbot" enthält und das „Richten in eigener Sache" zudem den der Norm zugrunde liegenden Interessenkonflikt treffender beschreibt. Das Verhältnis des genannten „Grundsatzes" zu § 47 Abs. 4 GmbHG bleibt schließlich auch unklar, vgl. beispielsweise *BGH* NJW 1961, 1299 (1301): § 47 Abs. 4 GmbH müsse nicht geprüft werden, denn „auf jeden Fall" gelte das o. g. Prinzip; dagegen *OLG Düsseldorf* GmbHR 2000, 1050 (1053), § 47 Abs. 4 GmbHG sei bei der Abberufung eines Geschäftsführers nicht einschlägig, **stattdessen** gelte das o. g. Prinzip.

33 *BGH* NZG 2009, 707 (709), Rn. 29.

34 *OLG Stuttgart* GmbHR 1989, 466 (467).

35 Ähnlich *Roth* (Fn. 20), § 47 Rn. 84.

36 In der Sache ebenso, allerdings ohne die „Beherrschung" konkret am Gesetz festzumachen *BGH* NJW 1971, 1265 (1267); vgl. *OLG Karlsruhe* NZG 2001, 30 (31): Eine rein faktische Beherrschung sei nur in „krassen" Ausnahmefällen gleichermaßen zu berücksichtigen.

37 Vgl. *OLG Brandenburg* GmbHR 2001, 624 (626).

lange, bei denen er persönlich mit seinem Stimmrecht ausgeschlossen wäre, steht beispielsweise sein Ausschluss aus einer anderen Gesellschaft auf der Agenda (hier: Ausschluss von CK und RK aus der KG, s. o.), dürfen die Stimmen der GmbH konsequenterweise nicht berücksichtigt werden.[38] Keine Rolle spielt insofern, ob mittels dieser Stimmen in dem weiteren Beschlussverfahren der gewünschte Erfolg erreicht worden wäre oder nicht (so im vorliegenden Fall), da es sich wie erwähnt bei § 47 Abs. 4 GmbHG um eine starre Stimmrechtsschranke handelt, die eine konkrete Einzelfallprüfung entbehrlich macht. Aufgrund der Vielzahl denkbarer Faktoren, die auf das weitere Beschlussverfahren und die daran Beteiligten Einfluss haben könnten, wäre eine andere Bewertung aus Gründen der Rechtssicherheit auch kaum vertretbar.

4. Gemeinschaftliche Pflichtverletzung

a) Ausgangslage

Ein Problem von zentraler Bedeutung, das in den ersten drei *BGH*-Urteilen entscheidungserheblich war, und welches noch einmal an der subjektiven Qualifikation des Stimmrechtsausschlusses anknüpft, betrifft folgende Frage: Ist neben dem wegen unmittelbaren Betroffenseins ausgeschlossenen Gesellschafter auch einem Mitgesellschafter die Stimmabgabe versagt, der zwar von dem konkret zu fassenden Beschluss nicht selbst betroffen ist, dem aber eine mit dem erstgenannten Gesellschafter gemeinsam begangene Pflichtverletzung zur Last gelegt wird? In dem hier zugrunde liegenden Sachverhalt ist damit in erster Linie die Investitionsentscheidung des CK und deren Billigung durch RK angesprochen, die möglicherweise einen „wichtigen Grund" für die von JK betriebene Abberufung von CK als Geschäftsführer und den Widerruf der Prokura von RK darstellt. Nur weil sich CK und RK jeweils gegenseitig entlasten, dringt JK mangels ausreichender Stimmanteile bei der Beschlussfassung mit seinem Begehren nicht durch.

b) „Gleichartige" versus „andersartige" Pflichtverletzung

Wie oben bereits kurz angerissen, bejaht der *BGH* in seiner ersten Entscheidung im Zusammenhang mit dem „gemeinschaftlichen Hintergehen" des JK eine gemeinsame Pflichtverletzung von CK und RK und schließt sie wechselseitig mit ihrem Stimmrecht aus.[39] Hinsichtlich der Investitionsentscheidung des CK und deren Billigung durch RK verneint der BGH dagegen in seiner zweiten Entscheidung eine gemeinsame Pflichtverletzung, weil die behaupteten Verstöße der beiden „andersartig" seien (Geschäftsführungsmaßnahme contra Aufsichtsversäumnis).[40] Er knüpft insoweit an mehrere ältere Entscheidungen an, die grundsätzlich zwar eine gemeinschaftlich begangene Pflichtverletzung mehrerer Gesellschafter deshalb mit einem generellen Stimmrechtsausschluss geahndet hatten, weil der gegen einen

38 Vgl. *BGH* NZG 2009, 1310 f., Rn. 5 ff.
39 *BGH* NZG 2009, 707 (709 f.), Rn. 28 ff.
40 *BGH* NZG 2009, 1309 (1310), Rn. 11; NZG 2009, 1310 (1311), Rn. 8.

„Mittäter" erhobene Vorwurf auch „eigene Sache" der übrigen Beteiligten sei, und diese beim Beurteilen des Verhaltens des Mittäters gleichzeitig ihr eigenes Fehlverhalten hätten bewerten müssen, so dass sie letztlich doch wieder „Richter in eigener Sache" geworden wären.[41] Bei einem Nebeneinander einer vorsätzlichen Verfehlung des Geschäftsführers und einem etwaigen Aufsichtsversäumnis eines Mitgesellschafters hatte es der *BGH* indessen auch früher bereits abgelehnt, wegen „ganz andersartiger Pflichtverletzung" ein Stimmverbot zu erteilen.[42] Damals wie heute blieb der BGH allerdings eine Begründung seiner Ansicht schuldig.

c) Berücksichtigung auch einer „organübergreifenden" Pflichtverletzung

Dieser Differenzierung kann weder in der Bewertung, noch im Ergebnis zugestimmt werden: Bereits der Begriff der „gleichartigen" oder „andersartigen" gemeinsamen Pflichtverletzung ist in vielerlei Hinsicht zumindest unglücklich gewählt. So geht es hier ebenso wenig um eine an die strafrechtliche Dogmatik gemahnende Mittäterschaft im Sinne „notwendiger Verursachungsbeiträge", wie um Beiträge von Gesamtschuldnern.[43] Statt von der „Art" gemeinsamer Pflichtverletzung ist zudem treffender von einer „organübergreifenden" Pflichtverletzung[44] zu sprechen, wenn parallel Geschäftsführungs- und Aufsichtsverschulden zu beurteilen sind. Normativer Maßstab kann nach der Intention von § 47 Abs. 4 GmbHG auch hier allein die präventive Vermeidung von Interessenkonflikten zulasten der Gesellschaft sein. Da es in dieser Konstellation den betreffenden Gesellschaftern ebenfalls möglich wäre, insbesondere mit mehreren aufeinanderfolgenden Einzelbeschlüssen ihre gemeinsamen Interessen durchzusetzen,[45] ist prinzipiell an einen Ausschluss von Aufsichtsräten bei der Beurteilung des Verhaltens von Geschäftsführern und umgekehrt zu denken.[46] Wenn daher – wie im vorliegenden Fall erkennbar – Geschäftsführung und Kontrollinstanz (wechselseitig CK und RK) bewusst zusammenwirken, um letzten Endes eine gemeinsame Unternehmenspolitik zu verfolgen, die sich möglicherweise zulasten der Gesellschaft und der übrigen

41 *BGH* NJW 1986, 2051 (2053); lediglich paraphrasiert von *OLG Düsseldorf* GmbHR 2000, 1050 (1052 f.); weiter *BGH* NJW 1989, 2694 (2695): Das Verhalten der Beteiligten könne in einem solchen Fall „nur einheitlich" beurteilt werden; ebenso nun NZG 2009, 707 (709), Rn. 30: „identische Interessenkollision".

42 *BGH* NZG 2003, 528 (529).

43 Ebenso bereits *OLG München* NJW-RR 1993, 1597 (1510 f.); vgl. *Hüffer* (Fn. 20), § 47 Rn. 147; *Zöllner* (Fn. 32), S. 203 f.; *ders.* (Fn. 22), § 47 Rn. 78.

44 Vgl. *OLG München* NJW-RR 1993, 1597 (1510).

45 Weshalb es auch nicht auf die „formale Teilbarkeit in mehrere Beschlussgegenstände" ankommen kann (beispielsweise Einzel- statt Gesamtentlastung), sondern allein der „sachliche Zusammenhang" maßgeblich ist, *BGH* NJW 1986, 2051 (2053); *OLG Köln* NZG 1999, 1112 (1115); *Roth* (Fn. 20), § 47 Rn. 77; *Schmidt* (Fn. 20), § 47 Rn. 149.

46 Dafür auch *OLG München* NJW-RR 1993, 1597 (1510); *Roth* (Fn. 20), § 47 Rn. 77; *Zöllner* (Fn. 22), § 47 Rn. 78, anderes wäre „seltsam"; vgl. *Lohr* Der Stimmrechtsausschluss des GmbH-Gesellschafters (§ 47 IV GmbHG) NZG 2002, 551 (555); *Zöllner* (Fn. 32), S. 204; zurückhaltender *Hüffer* (Fn. 20), § 47 Rn. 146 f.

Gesellschafter auswirkt (hier: JK), muss ein korrigierender Eingriff grundsätzlich möglich sein.[47]

Auch bedarf es bereits aus rechtspraktischen Gründen eines Stimmrechtsausschlusses der inkriminierten Gesellschafter: Solange es im Gesellschaftsvertrag nicht abweichend geregelt ist, kommt es für die Beschlussfassung in Gesellschaftsangelegenheiten auf die einfache Stimmenmehrheit an (§ 47 Abs. 1 GmbHG). Um einem Geschäftsführer die Entlastung zu verweigern oder ihn aus wichtigem Grund abzuberufen, könnte ein einzelner Gesellschafter selbst dann, wenn er über dieselbe Stimmanzahl verfügt wie der oder die nicht wegen unmittelbarer Betroffenheit ausgeschlossenen Gesellschafter, mit seinem Antrag alleine nie durchdringen. Dass er in einem größeren Unternehmen stets auf die Mitwirkung weiterer Gesellschafter angewiesen wäre, mag zu verschmerzen sein. In einem kleinen (Familien-)Unternehmen mit lediglich drei Gesellschaftern wie im vorliegenden Fall jedoch könnten ihn die beiden übrigen Gesellschafter – wie geschehen – dauerhaft blockieren, ohne dass er dagegen irgendeine Handhabe hat, selbst wenn sie nicht einmal über mehr Stimmanteile verfügen als er (so zumindest im Verhältnis zwischen JK und seinem Bruder CK).

Bejaht man dagegen zu Recht auch bei organübergreifenden Pflichtverletzungen einen wechselseitigen Stimmrechtsausschluss für die Kollaborateure, ist umgekehrt nicht zu befürchten, dass damit missbräuchlichen Anträgen unzufriedener Gesellschafter (man denke nur an die sog. „räuberischen Aktionäre") Tür und Tor geöffnet ist: Der die Pflichtverletzung behauptende Gesellschafter muss ihr Vorliegen darlegen und letztlich auch beweisen.[48] Zudem unterliegen insbesondere Maßnahmen wie die Abberufung eines Geschäftsführers oder der Widerruf einer Prokura der gerichtlichen Kontrolle, weshalb die betroffenen Gesellschafter nicht schutzlos gestellt sind.[49] Mit der Erteilung eines Stimmverbots ist daher nicht zwangsläufig ein Obsiegen des klagenden Gesellschafters verbunden – im Falle der zweiten *BGH*-Entscheidung hatte JK die Pflichtverletzung von CK (angebliche „Fehlinvestition") noch nicht einmal schlüssig dargetan.[50]

V. Treuwidriger Stimmrechtsmissbrauch

Lässt sich das Stimmrecht eines Gesellschafters nicht von vornherein mittels der starren Schranke des § 47 Abs. 4 GmbHG ausschließen, kann einem bereits ausgeübten Stimmrecht mithilfe der beweglichen Schranke der gesellschafterlichen Treupflicht die Wirkung versagt werden.[51] Die Treupflicht der einzelnen Gesellschafter gegen-

47 Selbst wenn man es als „grotesk" einstufen mag, dass der Minderheit der Gesellschafter insofern Vorrang eingeräumt wird, so ist nicht von der Hand zu weisen, „dass eine Mehrheitsbeteiligung keinen Freibrief für gesellschaftswidriges Verhalten gibt", BGHZ 9, 157 (178).

48 Gegen ein bloßes „Behaupten" auch *Zöllner* (Fn. 32), S. 237 ff.

49 RGZ 138, 98 (104); *Schmidt* (Fn. 20), § 47 Rn. 141; vgl. *Zöllner* (Fn. 32), S. 237 f.

50 Vgl. nochmals *BGH* NZG 2009, 1309 (1310), Rn. 11.

51 *Hachenburg* LZ 1907, 460 (466 f.); *Hüffer* (Fn. 20), § 47 Rn. 122 (197); *Roth* (Fn. 20), § 47 Rn. 57; *Schmidt* (Fn. 20), § 47 Rn. 99; vgl. *BGH* NJW 1991, 846. Zum Verhältnis zwischen der Treupflicht und § 38 Abs. 2 GmbHG (s. o. Fn. 30) siehe RGZ 138, 98 (104).

über ihrer Gesellschaft (primär) und ihren Mitgesellschaftern (sekundär) ergibt sich aus dem einverständlichen Zusammenschluss der Gesellschafter zur gemeinsamen Zweckverfolgung im Rahmen der Gesellschaft. Sie besagt, dass die Gesellschafter bei der Ausübung ihrer Mitgliedschaftsrechte stets auch die Interessen der Gesellschaft berücksichtigen müssen und sie ihre eigenen Ziele nicht unbeschränkt verfolgen dürfen. Hinsichtlich des Stimmrechts bedeutet dies insbesondere, dass ein Gesellschafter mit seinem Gestaltungsrecht nicht unverhältnismäßig und rücksichtslos auf die Gesellschaft oder die Rechtspositionen einzelner Mitgesellschafter einwirken darf. Um ihm sein Stimmrecht im Einzelfall zu nehmen, muss sich allerdings bei einer konkreten Prüfung ergeben, dass der betreffende Gesellschafter sein Stimmrecht tatsächlich missbräuchlich ausgeübt hat.[52] Die Anforderungen für einen Stimmrechtsausschluss sind bei dieser Abwägung im Einzelfall daher höher als beim absoluten Stimmrechtsausschluss gem. § 47 Abs. 4 GmbHG, bei dem auf eine solche Prüfung verzichtet wird.

Hinsichtlich der Entlastung von CK bestand im vierten Urteil des *BGH* freilich insofern kein Zweifel, als die übrigen Gesellschafter ihren Mitgesellschafter JK bei der Beschlussfassung unnötig unter Druck gesetzt und auf diese Weise verhindert hatten, dass JK eine informierte Entscheidung treffen konnte.[53]

VI. Ergebnis und Fazit

Nimmt ein Gesellschafter an der Beschlussfassung teil, obwohl er mit seinem Stimmrecht ausgeschlossen ist, werden seine Stimmanteile nicht mitgezählt.[54] Gleiches gilt für treuwidrig abgegebene Stimmen.[55] Der Beschluss selbst wird dadurch nicht automatisch unwirksam oder nichtig,[56] sondern dies hängt davon ab, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sich der Stimmrechtsausschluss tatsächlich überhaupt auswirkt.[57]

Den Entscheidungen des *BGH* ist weitgehend zuzustimmen. Sie knüpfen erfreulich klar und konsequent an der bisherigen Rechtsprechung an. Lediglich hinsichtlich des Ausschlussgrundes der – hier freilich zentralen – „organübergreifenden Pflichtver-

52 *Hüffer* (Fn. 20), § 47 Rn. 195.

53 Siehe *BGH* NZG 2009, 1307 (1308 f.), Rn. 20: Sie habe nur dazu gedient, „den Geschäftsführer der Verantwortung für sein Verhalten zu entziehen und eine weitere Untersuchung zu verhindern". Anders noch im Zusammenhang mit der Abberufung von CK und dem Widerruf der Prokura von RK, wo es jeweils an einem treuwidrigen Verhalten fehlte, vgl. *BGH* NZG 2009, 1309 (1310), Rn. 13; eingehend auch die Vorinstanz *OLG Karlsruhe* BeckRS 2007, 15478.

54 *Roth* (Fn. 20), § 47 Rn. 87; *Zöllner* (Fn. 22), § 47 Rn. 104.

55 *BGH* NJW 1991, 846; *Zöllner* (Fn. 22), § 47 Rn. 108.

56 *Schmidt* (Fn. 20), § 47 Rn. 175.

57 Wird beispielsweise die notwendige Mehrheit auch ohne die Stimmen des ausgeschlossenen Gesellschafters erreicht, bleibt sein Verstoß insofern ohne Folgen. Vgl. *BGH* NJW 1991, 846: Anfechtbarkeit eines Beschlusses, der aufgrund treuwidriger Stimmabgabe zustande gekommen ist; *Hüffer* (Fn. 20), § 47 Rn. 199.

letzung" vermag die Argumentation des *BGH* nicht zu überzeugen. Aus den obengenannten Gründen ist den beteiligten Gesellschaftern auch in diesem Fall zu untersagen, ihr Stimmrecht auszuüben. Am Ergebnis des zweiten bzw. dritten *BGH*-Urteils ändert dies gleichwohl nichts, weil der Kläger nicht in der Lage war, die vom ihm behaupteten Pflichtverletzungen schlüssig darzulegen.

Tristan Barczak*

„Keine Freiheit für die Feinde der Freiheit?"

– Das *Bundesverfassungsgericht* in der selbst verschuldeten Zwickmühle zwischen Sonderrechtsverbot und Friedlichkeitsgebot

Abstract

Immer wieder muss sich das *Bundesverfassungsgericht* mit den verfassungsrechtlich virulenten Bereichen des Versammlungsrechts und des Staatsschutzstrafrechts auseinandersetzen. Angesichts eines in der gesetzgeberischen Tätigkeit zu verzeichnenden Trends zur Schaffung immer weiterer Sondervorschriften gegen nationalsozialistische Bestrebungen sah sich das Gericht in der zu besprechenden Entscheidung vor die Herausforderung gestellt, den noch jungen Straftatbestand des § 130 Abs. 4 StGB auf seine Verfassungsmäßigkeit, insbesondere im Hinblick auf das Verbot von Sonderrecht für die Meinungsfreiheit, zu überprüfen. Der dabei vom *BVerfG* eingeschlagene Weg ist so unkonventionell wie dogmatisch zweifelhaft. Mit einem derartigen maßgeblich vom Ergebnis her gedachten Ansatz würde jedenfalls jeder Student eine verfassungsrechtliche Klausur schwerlich bestehen können.

* *Tristan Barczak* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Öffentliches Recht und Politik *(Prof. Dr. Bodo Pieroth)* an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

I. Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung des *BVerfG*[1] ist eine Verfassungsbeschwerde des B. Dieser meldete im Voraus bis in das Jahr 2010 jährlich wiederkehrende öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel an, darunter auch eine Veranstaltung für den 20.8.2005. Anlass der Veranstaltung mit dem Thema „Gedenken an *Rudolf Heß*" ist der Todestag des ehemaligen „Führerstellvertreters", der in Wunsiedel (Bayern) begraben liegt. Mit Bescheid vom 29.6.2005 verbot das zuständige Landratsamt diese Veranstaltung gem. § 15 Abs. 1 VersG i. V. m. § 130 Abs. 4 StGB. Im Fall der Durchführung der Veranstaltung bestehe die konkrete Gefahr der Verwirklichung von Straftaten i. S. v. § 130 Abs. 4 StGB. Nach dieser Vorschrift wird bestraft, „wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt". Wer *Heß*, einen führenden Repräsentanten des „Dritten Reichs", im Zusammenhang mit seinem Todestag an dessen Begräbnisstätte ehren wolle, billige die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft. In der öffentlichen Identifikation mit der nationalsozialistischen Rassenideologie liege ein Angriff auf die Menschenwürde der getöteten und überlebenden Opfer. Hierdurch werde insgesamt der „öffentliche Friede" i. S. d. § 130 Abs. 4 StGB gestört. Anträge des B auf vorläufigen Rechtsschutz blieben vor dem *VG Bayreuth*,[2] dem *BayVGH*[3] sowie dem *BVerfG*[4] erfolglos. In der Hauptsache wurde die Klage letztinstanzlich vom *BVerwG*[5] abgewiesen. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt B die Verfassungswidrigkeit des § 130 Abs. 4 StGB, sowie dessen Auslegung und Anwendung durch das *BVerwG*. B verstarb am 29.10.2009 unmittelbar vor Verkündung der Entscheidung. Das *BVerfG* wies die Verfassungsbeschwerde des B als zulässig aber unbegründet ab.

II. Bewertung der Entscheidung

1. Folge des Todes des Beschwerdeführers auf ein anhängiges Verfassungsbeschwerdeverfahren

Der Fall des Versterbens des Beschwerdeführers bei anhängiger Verfassungsbeschwerde ist im BVerfGG nicht geregelt. Im Strafprozessrecht stellt der Tod des Angeklagten im Hauptverfahren ein absolutes Prozesshindernis dar.[6] Im Zivilprozess ist

1 *BVerfG* Beschluss v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 NJW 2010, 47 = DVBl. 2010, 41 mit Anm. *Holzner*.
2 *VG Bayreuth* MMR 2005, 791.
3 *BayVGH* BayVBl. 2005, 755.
4 *BVerfG* NJW 2005, 3204.
5 *BVerwG* Urteil v. 25.6.2008 – 6 C 21/07 = E 131, 216 = DVBl. 2008, 1248 = JA 2009, 472 mit Anm. *Muckel* = JZ 2008, 1102 mit Anm. *Enders* = NJW 2009, 98.
6 Vgl. *Beulke* Strafprozessrecht 10. Aufl. (2008), Rn. 286.

im Falle des Todes einer Partei das Verfahren kraft Gesetzes unterbrochen, bis der Rechtsnachfolger des Verstorbenen das Verfahren aufnimmt.[7] Das *BVerfG* hat sich in seiner Entscheidung nicht an diesen Maßgaben orientiert, sondern in überzeugender Form implizit auf die „Doppelfunktion der Verfassungsbeschwerde" verwiesen. Zwar ist in der Rechtsprechung des *BVerfG* anerkannt, dass sich eine Verfassungsbeschwerde zur Durchsetzung höchstpersönlicher Rechte des Beschwerdeführers im Falle seines Todes erledigt.[8] Insofern wird jedoch allein ihre Funktion als „subjektiver Rechtsschutzbehelf" hinfällig. Daneben kommt ihr aber die Funktion als „objektives Rechtsbeanstandungsverfahren" zu, das Verfassungsrecht grundsätzlich zu wahren, auszulegen und fortzubilden.[9] Hat das Verfahren grundsätzliche Bedeutung und ist die Sache entscheidungsreif, so kann das *BVerfG* auch nach Versterben des Beschwerdeführers über dessen Verfassungsbeschwerde entscheiden. Das *BVerfG* hat hier dem Verfahren eine Bedeutung für die Allgemeinheit zuerkannt, da die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer abstrakt-generellen Regelung Gegenstand des Verfahrens war und der Beschwerdeführer als Versammlungsleiter im Interesse zahlreicher Betroffener Verfassungsbeschwerde erhoben hat. Zudem war die Sache entscheidungsreif.[10]

2. Verfassungsmäßigkeit des § 130 Abs. 4 StGB und seiner Anwendung durch die Fachgerichte

Im Rahmen der Begründetheit hatte das *BVerfG* zu prüfen, ob das Versammlungsverbot gestützt auf § 15 Abs. 1 VersG i. V. m. dem Volksverhetzungstatbestand des § 130 Abs. 4 StGB, der als Teil der objektiven (Straf-)Rechtsordnung den Begriff der „öffentlichen Sicherheit" ausfüllt, verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen kann.

Die von B geplante Veranstaltung ist auch bei restriktiver Auslegung als eine „Versammlung" i. S. d. Art. 8 Abs. 1 GG zu bewerten, d. h. eine Zusammenkunft mehrerer Personen zu dem Zweck einer gemeinsamen Willensbildung und Willensäußerung in einer öffentlichen Angelegenheit.[11] Die zu erwartenden Äußerungen im Verlaufe dieser Versammlung, vor allem die Glorifizierung eines führenden Repräsentanten des NS-Staates, sind weiterhin als „Meinung" i. S. d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG anzusehen. Sie genießen den Schutz des Grundrechts, ohne dass es darauf ankommt, ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird.[12] Das

7 § 239 Abs. 1 ZPO. War der Verstorbene hingegen zum Zeitpunkt seines Todes durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten, tritt eine Unterbrechung nicht ipso iure ein. Das Prozessgericht hat aber auf Antrag des Bevollmächtigten das Verfahren zu unterbrechen, § 246 Abs. 1 ZPO.

8 BVerfGE 6, 389 (442 f.); 12, 311 (315); 109, 279 (304); BVerfG-K 9, 62 (69) = NJW 2007, 351.

9 BVerfGE 98, 218 (242 f.) = NJW 1998, 2515.

10 *BVerfG* (Fn. 1), S. 48.

11 Zu den umstrittenen Anforderungen an die Teilnehmerzahl und den gemeinsamen Zweck der Versammlung siehe *Pieroth/Schlink* Grundrechte – Staatsrecht II 25. Aufl. (2009), Rn. 749–755 m. w. N.

12 BVerfGE 90, 241 (247) = NJW 1994, 1779.

BVerfG sieht die Bürger rechtlich nicht gehalten, die der Verfassung zugrunde liegenden Wertsetzungen persönlich zu teilen. Vielmehr baue das Grundgesetz zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen – eine Werteloyalität erzwinge es aber nicht.[13] Geschützt sind danach auch Meinungen, die auf grundlegende Änderung der politischen Ordnung zielen, unabhängig davon, ob und inwieweit sie im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung durchsetzbar sind. Das Grundgesetz stellt demnach „auch verfassungsfeindliche Äußerungen" unter Schutz und vertraut auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe gegen die Verbreitung menschenverachtender Ideologien.[14]

Die Reichweite der Versammlungsfreiheit richtet sich dabei nach dem Umfang des von Art. 5 Abs. 1 und 2 GG gewährten Schutzes.[15] Das bedeutet, dass ein Gesetz nur dann eine verfassungskonforme Begrenzung der Versammlungsfreiheit darstellen kann, wenn es auch im Hinblick auf die Beschränkung der durch die Versammlung zum Ausdruck gebrachten Meinungen grundrechtlichen Anforderungen genügen kann. Um eine verfassungskonforme Schranke ziehen zu können, müsste § 130 Abs. 4 StGB folglich die Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 GG wahren.

a) Vorbehalt des „allgemeinen Gesetzes"

Anders als noch das *BVerwG*[16] qualifiziert das *BVerfG* die Vorschrift des § 130 Abs. 4 StGB „nicht" als „allgemeines Gesetz" i. S. d. Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG, sondern sieht in ihr meinungsspezifisches Sonderrecht, das sich einzig und allein gegen die „neonazistische" Billigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft richtet.[17]

Als „allgemeine Gesetze" werden seit dem „Lüth-Urteil" nur solche Vorschriften angesehen, die nicht eine Meinung als solche verbieten, sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, sondern dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen.[18] Das Rechtsgut muss in der Rechtsordnung allgemein und damit unabhängig davon geschützt sein, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt werden kann.[19]

Zwar dient § 130 Abs. 4 StGB dem „öffentlichen Frieden" und damit dem Schutz eines Rechtsguts, das auch sonst in der Rechtsordnung vielfältig geschützt wird.[20]

---

13 BVerfG-K NJW 2001, 2069 (2070); 2009, 908 (909).
14 *BVerfG* (Fn. 10), S. 49.
15 BVerfGE 90, 241 (246); 111, 147 (154 f.) = NJW 2004, 2814. Siehe auch *Bethge* in Sachs GG 5. Aufl. (2009), Art. 5 Rn. 173a.
16 Vgl. BVerwGE 131, 216 (219) und 1. Leitsatz.
17 *BVerfG* (Fn. 10), S. 49.
18 BVerfGE 7, 198 (209 f.); 28, 282 (292); 71, 162 (175 f.); 93, 266 (291); st. Rspr.
19 BVerfGE 111, 147 (155); 117, 244 (260).
20 Abweichend *Enders/Lange* Symbolische Gesetzgebung im Versammlungsrecht? JZ 2006, 105 (106).

Auf diesen Aspekt hatte das *BVerwG* im Wesentlichen zur Begründung der Allgemeinheit der Norm abgestellt.[21] Jedoch gestaltet der Tatbestand diesen Schutz nicht in der erforderlichen inhaltsoffenen Art aus, sondern bezieht sich allein auf Meinungsäußerungen, die eine bestimmte Haltung zum Nationalsozialismus ausdrücken.[22] Hierfür spricht insbesondere die Entstehungsgeschichte der Norm. Sie wurde aus Anlass einer geplanten Demonstration der NPD am 8.5.2005 am Brandenburger Tor in einem kaum dreiwöchigen parlamentarischen „Eilverfahren" eingeführt, um Würde verletzende Billigungen der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft leichter unter Strafe stellen zu können.[23] Nicht zuletzt hatten die Parlamentarier dabei die jährlichen Gedenkveranstaltungen für *Rudolf Heß* in Wunsiedel vor Augen.[24] Bedenkt man diesen historisch-genetischen Hintergrund, ist die Frage angebracht, wie die Fachgerichte bis zum *BVerwG* zu der Einschätzung gelangen konnten, die Strafvorschrift wahre das Allgemeinheitserfordernis, obwohl sie bereits in ihrem Tatbestand konkret standpunktbezogene Kriterien normiert und sich dergestalt gegen konkrete politische, als besonders gefährlich beurteilte und daher zu pönalisierende Auffassungen richtet. Insofern erfreut die Klarheit und Eindeutigkeit der Einschätzung des *BVerfG*, § 130 Abs. 4 StGB sei kein „allgemeines Gesetz".[25]

b) „Recht der persönlichen Ehre"

Das *BVerfG* scheut auch davor zurück, § 130 Abs. 4 StGB, der „die Würde der Opfer" des Nationalsozialismus expressis verbis als Schutzgut nennt,[26] auf das „Recht der persönlichen Ehre" nach Art. 5 Abs. 2 Var. 3 GG zu stützen. „Nach Auffassung des Gerichts erstreckt sich das Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze gem. Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG auch auf die Bestimmungen des Ehrenschutzes".[27] Zur Begründung wird auf Art. 118 Abs. 1 S. 1 WRV verwiesen, welcher

21 BVerwGE 131, 216 (220 f.); so auch noch BVerfGE 111, 147 (155 f.) zu § 130 StGB a. F.

22 *BVerfG* (Fn. 10), S. 50.

23 Gesetz zur Änderung des Versammlungsgesetzes und des Strafgesetzbuchs v. 24.3.2005, BGBl. I, 969. Hierzu auch *Poscher* Neue Rechtsgrundlagen gegen rechtsextremistische Versammlungen NJW 2005, 1316; *Leist* Die Änderung des Versammlungsrechts: ein Eigentor? NVwZ 2005, 500 (502 f.).

24 Vgl. Sitzungsprotokoll des Dt. BT 15/158 v. 18.2.2005, S. 14 181 (14820); Innenausschussprotokoll 15/56 v. 7.3.2005, S. 11 (22 ff., 44 f., 53 f., 57); BT-Drs. 15/5051, S. 6; Sitzungsprotokoll des Dt. BT 15/164 v. 11.3.2005, S. 15351 B, D; 15 352 B; 15 353 B, D; 15354 D; 15 355 A, D; 15 359 A; 15 360 A, D; 15 361 C; 15 364 A.

25 So auch *Holzner* (Fn. 1), S. 49.

26 Auf die Menschenwürde als geschütztes Gut wurde auch im Gesetzgebungsverfahren mehrfach hingewiesen, vgl. BT-Drs. 15/5051, S. 5; BT-Innenausschuss, ADrs. 15 [4] 191, S. 5 f.; siehe auch *Kühl* StGB 26. Aufl. (2007), § 130 Rn. 1; *Ostendorf* in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB Bd. I 3. Aufl. (2010), § 130 Rn. 4; *Enders/Lange* (Fn. 20), S. 108; *Schroeder* Die Strafvorschriften der Bundesrepublik Deutschland gegen den Nationalsozialismus JA 2010, 1 (3 f.); a. A. *Enders* Die Freiheit der Andersdenkenden vor den Schranken des Bundesverwaltungsgerichts JZ 2008, 1092 (1096); zweifelnd *Dietel/Gintzel/Kniesel* VersG 15. Aufl. (2008), § 15 Rn. 83 m. w. N.

27 *BVerfG* (Fn. 10), S. 50.

der Meinungsfreiheit durch die allgemeinen Gesetze bereits Schranken setzte. Eine Ausnahme zum Schutz der Ehre enthielt die Norm nicht. Vielmehr seien solche Bestimmungen in der Weimarer Staatsrechtslehre als von den allgemeinen Gesetzen mitumfasst angesehen worden. Mit der Aufnahme des Rechts der persönlichen Ehre habe der Grundgesetzgeber lediglich sicherstellen wollen, dass solche Vorschriften weiterhin zulässig sind. An alle Gesetze stelle Art. 5 Abs. 2 GG mithin die Anforderung rechtsstaatlicher Distanz durch Meinungsneutralität.[28]

Diese Auslegung kann nicht überzeugen. Mit der zutreffenden Disqualifikation des § 130 Abs. 4 StGB als „allgemeines Gesetz" in Verbindung mit dem jedoch allenfalls oberflächlich begründeten Ausspruch, dass Gesetze, die der persönlichen Ehre zu dienen bestimmt sind, ebenfalls das Allgemeinheitsgebot erfüllen müssen, hat das *BVerfG* die Tür einer grundrechtsdogmatisch sauberen Lösung innerhalb des Art. 5 Abs. 2 GG „mit lautem Knall" zugeschlagen.

Zum einen spricht schon der Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 GG („und in dem Recht der persönlichen Ehre") für eine selbstständige Bedeutung dieser Schranke neben den allgemeinen Gesetzen und dem Jugendschutzrecht. Hiervon wird auch in Bezug auf die ebenfalls nicht meinungsneutrale und somit nicht „allgemeine" Vorschrift des § 15 Abs. 2 VersG ausgegangen. Indem § 15 Abs. 2 VersG dem Achtungsanspruch der Opfer der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft und der heute lebenden Juden Rechnung trage, unterfalle die Vorschrift der Schranke der persönlichen Ehre.[29] In § 15 Abs. 2 VersG wird eine lex specialis gegenüber Abs. 1 gesehen.[30] Der § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VersG nennt als Schutzgut ebenfalls die „Würde der Opfer" und unterscheidet sich von § 15 Abs. 1 VersG i. V. m. § 130 Abs. 4 StGB nur durch die restriktiveren Vorgaben des als Erfolgsdelikt konzipierten Straftatbestandes, der den Eintritt einer Störung des öffentlichen Friedens verlangt. Es ist daher konsequent, beide Beschränkungsmöglichkeiten parallel über das „Recht der persönlichen Ehre" eingreifen zu lassen.

Für die bedenkliche Tendenz, das „Recht der persönlichen Ehre" lediglich als deklaratorisches Regelbeispiel eines durch ein „allgemeines Gesetz" geschützten Rechtsguts zu verstehen, gibt es zudem keinen Anlass.[31] Diese Auslegung widerspricht auch der Verwurzelung dieser Schranke in der Menschenwürdegarantie, die keiner Abwägung zugänglich ist.[32] Gerade diese Schranke ist dazu geeignet und bestimmt, Strafgesetze, die sich des Würde-, Ehren- und Persönlichkeitsschutzes annehmen (Beleidigung, üble Nachrede, Verleumdung), zu rechtfertigen. Dass die maßgeb-

28 Dies gilt auch für den Jugendschutz, vgl. *ebd.*, S. 51.

29 Vgl. *Poscher* (Fn. 23), S. 1317; *Stohrer* Die Bekämpfung rechtsextremistischer Versammlungen durch den neuen § 15 II VersG JuS 2006, 15 (17); *Schoch* Die Neuregelung des Versammlungsrechts durch § 15 II VersG Jura 2006, 27 (30).

30 *Stohrer* ebd., S. 17; *Schoch* ebd., S. 29.

31 So aber *von der Decken* Meinungsäußerungsfreiheit und Recht der persönlichen Ehre NJW 1983, 1400 (1401) m. w. N.

32 So auch BVerfGE 93, 266 (317 f.); *Zippelius/Würtenberger* Deutsches Staatsrecht 32. Aufl. (2008), § 26 Rn. 69.

lichen Bestimmungen allgemeine Gesetze darstellen, ist zwar regelmäßig, aber nicht zwingend der Fall. Effektiver Schutz kann hier häufig nur durch gezielte Verbote in Form von Sonderrecht bewirkt werden. Das Grundgesetz will den Gesetzgeber durch die zusätzliche Normierung der beiden weiteren Eingriffstatbestände (Jugend- und Ehrenschutz) gerade von dem Erfordernis der Allgemeinheit in diesen Bereichen freistellen. So kann auf das „Recht der persönlichen Ehre" auch und gerade Sonderrecht gestützt werden, denn auf die Allgemeinheit des Gesetzes kommt es entgegen der Auffassung des *BVerfG* nicht an.[33] Dass das beschränkende Gesetz seinerseits der Bedeutung der Meinungsfreiheit als Demokratie konstituierendes Grundrecht Rechnung tragen muss (Wechselwirkungslehre), ist eine Frage der Verhältnismäßigkeit der Einschränkung, nicht aber der Einschränkbarkeit als solcher.

c) Kollidierendes Verfassungsrecht

Folgt man hingegen dem *BVerfG* und lehnt Art. 5 Abs. 2 GG als Schranke für § 130 Abs. 4 StGB ab, verbliebe dennoch eine verfassungsimmanente Lösung unter Rückgriff auf kollidierendes Verfassungsrecht, soweit man diesem neben dem „Recht der persönlichen Ehre" noch selbstständigen Bestand einräumt. Zwar wird hiergegen vorgetragen, dass bei Grundrechten, die unter ausdrücklichem Gesetzesvorbehalt stehen, die Kollisionsgefahr vom Grundgesetz erkannt und über die normierte Eingriffsmöglichkeit „abschließend" gelöst wurde.[34] Zutreffend dürfte hingegen sein, dass der Rekurs auf kollidierende Verfassungsgüter zwar generell zulässig sein muss, um einen Selbstwiderspruch innerhalb der Verfassungsordnung zu vermeiden, dieser Rückgriff aber nur subsidiär und mit Vorsicht erfolgen darf, um die jeweilige geschriebene Schranke – hier Art. 5 Abs. 2 GG – nicht leerlaufen zu lassen.[35] Bereits die Gesetzesbegründung zu § 130 Abs. 4 StGB geht davon aus, dass eine Verletzung der Menschenwürde der verstorbenen und noch lebenden Opfer des NS-Regimes auch durch seine konkludente Billigung – etwa durch Verherrlichung der Repräsentanten des Nationalsozialismus – erfolgen kann.[36] Doch auf den hier naheliegenden Art. 1 Abs. 1 wird seitens des *BVerfG* weder selbstständig noch i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG mit keinem Wort eingegangen.

d) Grundrechtsimmanente Schranke („Gegenentwurfthese")

Anstelle nun § 130 Abs. 4 StGB als Sonderrecht folgerichtig für verfassungswidrig zu erklären, geht das *BVerfG* einen anderen Weg. Dieser führt es neuerlich auf rechts-

33 Hiervon ging zuvor wohl auch der Erste Senat des *BVerfG* aus, wenn er betont: „Eine inhaltliche Begrenzung von Meinungsäußerungen kommt, „soweit sie nicht" dem Schutz der Jugend oder dem Recht der persönlichen Ehre dient, nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG in Betracht" (vgl. BVerfGE 111, 147 (155) – Hervorhebung durch Verfasser). Ähnlich auch *Bethge* in Sachs (Fn. 15), Art. 5 Rn. 162; *Pieroth/Schlink* (Fn. 11), Rn. 648; *Enders* (Fn. 26), S. 1094.

34 Vgl. *Pieroth/Schlink* (Fn. 11), Rn. 342; *Bethge* in Sachs (Fn. 15), Rn. 173 ff.; kritisch auch *Schoch* Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit DVBl. 1991, 667 (671 ff.).

35 Vgl. *Jarass* in Jarass/Pieroth GG 10. Aufl. (2009), Art. 5 Rn. 65; siehe auch BVerwGE 87, 37 (45 f.).

36 Vgl. BT-Drs. 15/5051, S. 11.

historische Pfade. Der Tatbestand des § 130 Abs. 4 StGB bilde zwar kein „allgemeines Gesetz" und unterfalle auch nicht dem „Recht der persönlichen Ehre". Dennoch sei die Norm nicht verfassungswidrig, was das *BVerfG* in der Kernaussage seines Urteils begründet:

> „Angesichts des sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und des Schreckens, die die nationalsozialistische Herrschaft über Europa und weite Teile der Welt gebracht hat, und der als Gegenentwurf hierzu verstandenen Entstehung der Bundesrepublik Deutschland ist Art. 5 I und II GG für Bestimmungen, die der propagandistischen Gutheißung des nationalsozialistischen Regimes in den Jahren zwischen 1933 und 1945 Grenzen setzen, eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze immanent".[37]

Das bewusste Absetzen von der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft bilde danach ein inneres Gerüst der grundgesetzlichen Ordnung und sei ein Grundanliegen aller an ihrer Entstehung beteiligten Kräfte gewesen. Nimmt man allein die Präambel, Art. 1, 20, 26 und 79 Abs. 3 GG in den Blick, will und kann dies niemand bestreiten. Hieraus jedoch den Schluss einer ungeschriebenen, historisch bedingten, dem Art. 5 Abs. 2 GG a priori innewohnenden grundrechtsimmanenten Sonderrechts-Schranke für Bestimmungen zu ziehen, die allein die Bewertung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zu ihrem Gegenstand haben, erscheint sehr zweifelhaft.

Bereits der Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 GG sowie der systematische Vergleich mit den vereinzelten vom Verfassungsgeber explizit aufgestellten grundrechtsimmanenten Schranken[38] sprechen gegen eine solche Ausnahme. Wenn man eine derartige Einschränkungsmöglichkeit akzeptiert, die nicht einmal in kollidierendem Verfassungsrecht ihren Ausdruck finden muss, nimmt man zwangsläufig den materiellen Gehalt der Meinungsfreiheit für diese verfassungsuntreuen, aber dem Schutzbereich des Art. 5 GG unterfallenden Äußerungen zurück.

Diese Lösung widerspricht nicht zuletzt dem Bedeutungsgehalt von Meinungs- und Versammlungsfreiheit in einem freiheitlich demokratischen Gemeinwesen, das kaum Formen direkt demokratischer Beteiligung seiner Bürger kennt.[39] Sieht man in Art. 5 Abs. 2 GG eine historisch bedingte Absage gegen willkürliches Sonderrecht des Nationalsozialismus für die Juden,[40] sollte man unter dem Grundgesetz auf eine derart fragwürdige Begründung von Sonderrecht gegen eben dieses Gedankengut verzichten, um jede Assoziierbarkeit zu vermeiden. Das „Grundgesetz" hält in Abkehr von der „wertneutralen" Indifferenz der Weimarer Reichsverfassung abschließende Sondernormen zum Schutz seiner freiheitlich-demokratischen Grundordnung bereit (vgl. Art. 9 Abs. 2, 18, 21 Abs. 2 GG). Über eine richterrecht-

37 *BVerfG* (Fn. 10), S. 51.

38 Vgl. Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG: „Treue zur Verfassung"; Art. 8 Abs. 1 GG: „friedlich und ohne Waffen".

39 Vgl. *Jarass* (Fn. 35), Art. 8 Rn. 1.

40 Siehe die Synopse der Sondernormen bei: *Walk* Das Sonderrecht für die Juden im NS-Staat 2. Aufl. (1996).

liche (!) Ausnahme zu Art. 5 Abs. 2 GG eine Einbruchstelle für „einfach-gesetzliches" Sonderrecht zu schaffen, widerspricht offenkundig dem Willen der Verfassungsmütter und -väter.[41]

Dies hat wohl auch das *BVerfG* erkannt. Umso mehr will es sich nicht in eine Ecke mit dem *OVG Münster* gestellt sehen, das in der Unverletzlichkeit der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 i. V. m. 79 Abs. 3, dem Friedensgebot nach Art. 1 Abs. 2, 24 Abs. 2 und 26 Abs. 2 sowie der Entnazifizierungsvorschrift des Art. 139 GG ein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip des Grundgesetzes erkennt. Rassismus, Antisemitismus und Ausländerfeindlichkeit seien mit den grundgesetzlichen Wertvorstellungen schlechthin unvereinbar. Der Ausschluss dieses Gedankenguts sei ein Verfassungsbelang, der eine „immanente Schranke der Versammlungsfreiheit" rechtfertige.[42]

Diesem Ansatz war das *BVerfG* bisher mit deutlichen Worten entgegengetreten. So habe das *OVG* die verfassungsrechtlichen Anforderungen in diesem Punkt „offensichtlich verkannt".[43] Wenn das *BVerfG* nun aber eine „immanente Schranke der Meinungsfreiheit" unter Berufung auf die geschichtsgeprägte Identität der Bundesrepublik Deutschland rechtfertigt, so ist es von einem antinationalsozialistischen Grundprinzip des Grundgesetzes nicht mehr weit entfernt.[44] In der Sache ist diese Ausnahme zu Art. 5 GG eine Rezeption der Rechtsprechung des *OVG Münster* zu Art. 8 GG. Wenn das *BVerfG* dann ausdrücklich betont, dass sich ein solches Grundprinzip „weder aus Art. 79 III noch aus Art. 139 GG" herleiten lässt,[45] setzt es sich zu seinem eigenen Ansatz in einen offenkundigen Widerspruch.

Diesen versucht das *BVerfG* dadurch zu relativieren, dass sich aus Art. 9 Abs. 2, 18 und 21 Abs. 2 GG entnehmen lasse, nicht schon die Verbreitung verfassungsfeindlicher Ideen als solche bilde die Grenze der freien politischen Auseinandersetzung, sondern erst eine aktiv kämpferische Haltung gegenüber der freiheitlich demokratischen Grundordnung.[46] Daher gestatte auch die „neue" immanente Schranke zu

41 Vgl. *Enders* (Fn. 26), S. 1093 f.

42 *OVG Münster* DVBl. 2001, 1624; NJW 2001, 2211 (2113, 2114); 2001, 2986; NVwZ 2002, 714; Beschluss v. 2.3.2004 – 5 B 392/94; Beschluss v. 23.6.2004 – 5 B 1208/04; zustimmend auch *Battis/Grigoleit* Neue Herausforderungen für das Versammlungsrecht? NVwZ 2001, 121 (123 ff.).

43 *BVerfG* NJW 2001, 2074 = DVBl. 2001, 897 ff.; 2001, 1054 ff. Zu der unangebrachten Polemik, die dabei zwischen beiden Gerichten aufgekommen ist: *Benda* Kammermusik, schrill NJW 2001, 2947 f.; Zusammenfassend zu der Auseinandersetzung zwischen dem 1. Senat des *BVerfG* und dem 5. Senat des *OVG Münster* siehe: *Gusy* Rechtsextreme Versammlungen als Herausforderung an die Rechtspolitik JZ 2002, 105 ff.; *Gröpl* Grundstrukturen des Versammlungsrechts Jura 2002, 18 (24); *Beljin* Neonazistische Demonstrationen in der aktuellen Rechtsprechung DVBl. 2002, 15 ff.; *Rühl* „Öffentliche Ordnung" als sonderrechtlicher Verbotstatbestand gegen Neonazis im Versammlungsrecht? NVwZ 2003, 531 ff.; *Kniesel/Poscher* Die Entwicklung des Versammlungsrechts 2000 bis 2003 NJW 2004, 422 (425 ff.).

44 Insofern zweifelnd auch *Volkmann* Die Geistesfreiheit und der Ungeist – Der Wunsiedel-Beschluss des BVerfG NJW 2010, 417 (419).

45 *BVerfG* (Fn. 10), S. 51.

46 So bereits BVerfGE 5, 85 (141) und 5. Leitsatz = NJW 1956, 1393 – KPD-Verbot.

Art. 5 Abs. 2 GG kein reines Gesinnungsstrafrecht, „sondern ermächtigt erst dann zum Eingriff, wenn Meinungsäußerungen die rein geistige Sphäre des Für-richtig-Haltens verlassen und in Rechtsgutsverletzungen oder erkennbare Gefährdungslagen umschlagen".[47] Was das konkret bedeutet, versucht das *BVerfG* anschließend in einer schulbuchmäßigen Verhältnismäßigkeitsprüfung darzulegen.

Der legitime Zweck, der von dem beschränkenden Gesetz verfolgt werden muss, ist anhand des jeweiligen Grundrechts zu bestimmen. Für die Meinungsfreiheit findet dies in der Wechselwirkungslehre besonderen Ausdruck: Zwischen Grundrechtsschutz und -schranke findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die Gesetze zwar Schranken setzen, diese aber ihrerseits im Lichte dieser Grundrechtsverbürgungen ausgelegt werden müssen.[48] Das bedeutet, dass eine Strafvorschrift sich nicht gegen rein geistig bleibende Wirkungen von bestimmten Meinungsäußerungen richten darf. Nur dann, wenn der Gesetzgeber mit der Strafvorschrift darauf abzielt, „Meinungsäußerungen insoweit einzuschränken, als mit ihnen die „Schwelle zur individualisierbaren, konkret fassbaren Gefahr einer Rechtsgutsverletzung überschritten" wird, verfolgt er einen legitimen Zweck".[49] Hiernach soll der Gesetzgeber nur dann an Meinungsäußerungen strafrechtliche Sanktionen knüpfen dürfen, wenn die Äußerung auf „reale Außenwirkung" in Form von Appellen, der Einschüchterung Dritter oder aufrührerischen Emotionalisierungen angelegt ist, die bei den Adressaten Handlungsbereitschaft auslösen oder Hemmschwellen herabsetzen sollen.[50]

Hierzu legt das *BVerfG* dem § 130 Abs. 4 StGB im Hinblick auf sein Schutzgut, den „öffentlichen Frieden", eine „verfassungskonforme einschränkende Auslegung" zugrunde. Ein legitimer Zweck sei der öffentliche Friede nur in einem Verständnis der „Gewährleistung von Friedlichkeit" gegenüber manifestierter Aggressivität der Äußerung.[51] Diese einschränkende Auslegung war letztlich unabdingbar, wollten die Richter nicht neonazistisches Gedankengut vollständig des Schutzes der Meinungsfreiheit entkleiden, indem sie es schrankenloser Einschränkbarkeit ausliefern.[52] Mit dieser Auslegung greift das *BVerfG* zugleich eine Linie auf, die es bereits im Hinblick auf die Interpretation der „öffentlichen Ordnung" i. S. d. § 15 Abs. 1 VersG seit Längerem vertritt. Versammlungsrechtliche Maßnahmen sind hiernach gerechtfertigt, wenn sich die Gefahr „nicht allein aus dem Inhalt" der zu erwartenden Äußerungen ergibt, sondern aus der „äußerlich erkennbaren Art und Weise" der Durchführung der Versammlung.[53] Beispiele für eine relevante Gefährdung, die eine Verbotsverfügung rechtfertigen können, sind danach: Fackelzüge;[54] Trommel oder massenhafte

47 *BVerfG* (Fn. 10), S. 51.
48 BVerfGE 7, 198 (208 f.); 94, 1 (8); 107, 299 (331).
49 *BVerfG* (Fn. 10), S. 52.
50 Ähnlich bereits schon *BVerfG* NJW 2004, 2814 (2815 f.); *Enders* (Fn. 26), S. 1098.
51 *BVerfG* (Fn. 10), S. 53; so auch *Poscher* (Fn. 23), S. 1317 f.
52 Diese Gefahr sieht auch *Volkmann* (Fn. 44), S. 420, der es insofern für stringenter hielte, neonazitische Äußerungen schon aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit auszunehmen.
53 *BVerfG* NJW 2004, 2814 ff.; *Schoch* (Fn. 29), S. 28; kritisch *Battis/Grigoleit* Rechtsextremistische Demonstrationen und öffentliche Ordnung – Roma locuta? NJW 2004, 3459 ff.
54 *VGH Mannheim* VBlBW. 2002, 383.

Verwendung von Fahnen;[55] paramilitärische Elemente wie Marschieren im Gleichschritt oder Formation, die der Zurschaustellung organisierter Gewaltbereitschaft zur Einschüchterung der Bevölkerung dienen soll;[56] Tragen von Bomberjacken und Springerstiefeln.[57]

Die Übertragung dieser zur öffentlichen Ordnung entwickelten Eingriffsschwelle auf die öffentliche Sicherheit bei Auslegung der in Bezug genommenen Strafvorschrift i. S. der „Gewährleistung von Friedlichkeit" erscheint innerhalb des § 15 Abs. 1 VersG logisch und konsequent. Jedoch bewegt sich diese Auslegung an den Grenzen einer verfassungskonformen richterlichen Interpretation der Norm, und die Gefahr einer durch die Meinungsäußerung akut drohenden Rechtsgutsverletzung wird praktisch schwerer zu ermitteln sein, als bei einem öffentlichem Paradieren im Gleichschritt.[58] Insofern kann die Erhöhung der Eingriffsschwelle die dargelegten Zweifel an der Eingriffsgrundlage nicht beseitigen und ist für die Praxis wenig gewonnen. Das *BVerfG* gibt dem Rechtsanwender „Steine statt Brot".

III. Fazit

Die „Wunsiedel"-Entscheidung mag demokratischem Gerechtigkeitsempfinden entsprechen, erscheint jedoch – mit Verlaub – als rechtsdogmatisches Chaos. Der rechtshistorische Ansatz zur Begründung von Sonderrecht gegen neonazistisches Gedankengut kann nicht überzeugen und war zudem überflüssig. Das Grundgesetz erwartet gegenüber einer rechtsextremistischen Versammlung den Widerstand durch demokratische Kräfte. Wo die politische Auseinandersetzung als nicht ausreichend angesehen wird, halten Art. 5 Abs. 2 GG sowie kollidierende Verfassungsnormen „hinreichende und abschließende" Einschränkungsmöglichkeiten bereit. Gerade § 130 Abs. 4 StGB schützt „die Würde der Opfer" des NS-Regimes, unterfällt mithin dem „Recht der persönlichen Ehre" und lässt sich kumulativ auf Art. 1 Abs. 1 (i. V. m. 2 Abs. 1 GG) stützen. Hätte sich das *BVerfG* auf die bereits bestehende Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes verlassen und wäre es einen der beiden Wege gegangen, ließen sich auch seine überzeugenden Ausführungen zur erhöhten Eingriffsschwelle stimmig anbringen. Die Kreation einer grundrechtsimmanenten Ausnahme zu Art. 5 Abs. 2 GG stellt jedoch gerade in diesem politisch aufgeladenen

55 *BVerfG* NJW 2001, 2069 (2072); *OVG Berlin* Beschluss v. 30.4.2004 – OVG 1 S 27.04.

56 *OVG Münster* NJW 2001, 1441 (1442); *OVG Bautzen* NVwZ-RR 2002, 435; *OVG Berlin* NVwZ 2000, 1201 (1202); *Leist* Zur Rechtmäßigkeit typischer Auflagen bei rechtsextremistischen Demonstrationen NVwZ 2003, 1300 (1302) m. w. N.

57 *OVG Münster*, ebd.; *OVG Bautzen*, *ebd.*; a. A. *Leist* ebd. 1303; *Kniesel/Poscher* (Fn. 43), S. 429.

58 So jeweils auch *Enders* (Fn. 26), S. 1096 f. Hier soll aber die Vermutung eingreifen, dass die Vornahme der Tathandlung regelmäßig zu dem Erfolg einer Störung des öffentlichen Friedens i. S. d. Unfriedlichkeit führt und dem Tatbestandsmerkmal Korrektivwirkung für atypische Fälle zukommt, in denen eine Störung ausgeschlossen erscheint, vgl. *BVerfG* (Fn. 10), S. 55.

Bereich einen besonders fragwürdigen Ansatz dar. Dieser „dritte Weg" sorgt für unnötiges Konfliktpotenzial im Hinblick auf rechtsextreme Gruppierungen, die sich in ihrem „Märtyrertum" gegenüber dem demokratischen Rechtsstaat gerechtfertigt fühlen. Der Damm des Sonderrechtsverbotes wird ohne Not eingerissen. Das letzte Wort scheint hier noch nicht gesprochen.

Rezensionen

Buchrezension

Friedrich Klein-Blenkers, Rechtsformen der Unternehmen, Heidelberg 2009

Einige Rechtsgebiete werden von Studenten im Grundstudium nur am Rande gestreift, spielen aber in der Praxis eine dominante Rolle. Ohne Frage zählt dazu vor allem das Steuerrecht. Aber auch das Gesellschaftsrecht im eigentlichen Sinne gehört in den meisten Bundesländern nur in seinen Grundlagen zum Pflichtstoff. Studenten setzen sich mit dem Thema dann höchstens wissenschaftlich auseinander, die praktischen Fragestellungen dagegen spielen im Studium selten eine Rolle.

Mit der Einführung von Anwaltsklausuren – auch im Studium – hat sich der studentische Buchmarkt[1] auch für den Praxisbezug geöffnet. In dieses Segment möchte auch *Friedrich Klein-Blenkers*, Professor an der Fachhochschule Köln, vordringen. Ausweislich des Vorwortes soll das Buch „Rechtsformen der Unternehmen" sowohl den Studenten der Rechtswissenschaft oder Wirtschaftswissenschaften ansprechen als auch dem Praktiker eine Entscheidungshilfe sein.

Äußeres Erscheinungsbild

Mit einem Umfang von 232 Seiten hat das Buch eine angenehme Länge und bildet noch einen echten „Start ins Rechtsgebiet" – so der Titel der Reihe, in der das Buch erschienen ist. Die serifenlose Schrift des Buches ist für das Auge am Anfang zwar ungewohnt, schränkt die Lesbarkeit aber in keiner Weise ein. Der Text ist mit vielen Absätzen versehen, die ihn logisch gliedern und das Lesen erleichtern. Positiv hervorzuheben sind die fett gedruckten Wörter am Anfang eines Absatzes, der thematisch einen neuen Teil einleitet. Dadurch wird das Lesen und Wiederfinden auch ohne (zu) viele Überschriften beschleunigt und vereinfacht.

Die Nachweise in Fußnoten hat der Autor „bewusst jeweils auf wenige Zitate beschränkt".[2] Damit fällt es aber leider auch schwerer, einzelne Fragestellungen zu vertiefen. Der Lesbarkeit und Übersichtlichkeit dagegen kommt es natürlich zu Gute.

Struktur und Aufbau

Das Buch beginnt nach einer Einleitung mit einer Übersicht über die Rechtsformen und deren Auswahlkriterien. Danach schließen sich zwei Vertiefungsteile an: Zuerst werden die Kapitalgesellschaften näher beschrieben und danach die Personengesellschaften in den Blick genommen. Die Einleitung und Übersicht ist zwar sehr oberflächlich, trotzdem kommt es aber leider zu vermeidbaren Wiederholungen (die der Autor bewusst in Kauf genommen hat, wie die Verweise in den Fußnoten zeigen). So

1 Siehe dazu bspw. *Teichmann/Mattheus/Kainer* Zivilrechtliche Anwaltsfälle in Studium und Examen 2007; *Rittershaus/Teichmann* Anwaltliche Vertragsgestaltung 2. Auflage (2003).

2 S. 3.

wird die Ein-Personen-GmbH, um nur ein Beispiel zu geben, dann auch an zwei Stellen im Buch behandelt (S. 47 ff. und S. 83).

Warum der Autor den „Besonderen Teil" mit den Kapitalgesellschaften und nicht mit den Personengesellschaften beginnt – sind sie doch die „Gesellschaften im engeren Sinne"[3] – wird nicht deutlich und scheint didaktisch nicht überzeugend. Die Ausführungen zur Vorgründungsgesellschaft bei der GmbH[4] wären für den Einsteiger wesentlich verständlicher, wenn er bereits über die GbR gelesen hätte.[5] Gleiches gilt für die Darstellungen zum Verein (S. 21, 121). Auch dieser – obwohl „Grundtyp[...] der juristischen Personen"[6] – wird am Ende nur kurz erläutert und wäre am Anfang besser aufgehoben. Nach der Darstellung der Kapital- und Personengesellschaften folgt ein Kapitel zur Unternehmensnachfolge. Das Buch schließt dann mit dem Abschnitt „Rechtsformwahl im Einzelfall". Dieses letzte Kapitel weist vor allem praktische Bezüge auf, die für den klausurfokussierten Studenten aber nur kaum von Interesse sein werden. Positiv anzumerken ist, dass sich der Autor auch hier treu bleibt, indem er das Thema umfassend darstellt und sowohl die Spezifika der freien Berufe[7] als auch ausländische Gesellschaften[8] anspricht. Sehr positiv an dem Werk fällt das Glossar am Ende auf, dass – der Konzeption des Buches folgend – den „Start ins Rechtsgebiet" durch lexikonartige Erklärungen wirklich erleichtert.

Abgerundet wird jedes Kapitel durch 14 Wiederholungsfragen. Für den Studenten ebenfalls interessant sind die im Text eingebauten Fälle, die den für das Studium relevanten Fallbezug herstellen. Vom Niveau sind sie dagegen leider häufig sehr einfach. Der mit dem Buch ebenfalls adressierte Praktiker wird dagegen an solchen Wiederholungsfragen und Fällen kein Interesse haben. Ein sehr ausführliches Stichwortverzeichnis findet sich am Ende des Buches.

Inhalt

Inhaltlich bleibt – der Komplexität des Themas und dem begrenzten Umfang des Buches geschuldet – das Werk leider teilweise etwas holzschnittartig. Zwar erhebt es nur den Anspruch, den „Start ins Rechtsgebiet" zu ermöglichen, alle anderen Bücher der Reihe haben jedoch ein viel spezielleres Thema zum Gegenstand und gehen dabei dann auch mehr in die Tiefe.

Auf das Steuerrecht wird durchgehend Bezug genommen und die wichtigsten Punkte werden erläutert.[9] Der gesellschaftsrechtlich interessierte Student wird damit sonst zwar kaum in Berührung kommen, aber auch für ihn ist aber ein kurzer Überblick über die einschlägigen steuerrechtlichen Fragestellungen interessant. Das Buch wird damit auch seinem umfassenden Anspruch gerecht.

---

3 S. 124.

4 Siehe S. 80.

5 Das Thema der Vorgründungsgesellschaften wird dann auch am Ende – bei der GbR – noch einmal aufgegriffen, vgl. S. 178.

6 S. 121.

7 Dazu S. 222 ff.

8 Siehe S. 217 ff.

9 Bspw. bei der oHG/KG, S. 47 ff. oder beim Unternehmenskauf, S. 189 f.

Der Student, der sich dem Thema zuerst nähert, hat häufig Probleme, den Unterschied zwischen Geschäftsführung (Innenverhältnis) und Vertretung (Außenverhältnis) zu verstehen. Dieser Unterscheidung wird zwar im Kapitel „Einzelunternehmen" Raum gegeben,[10] bei anderen Rechtsformen darauf aber nicht mehr näher eingegangen.[11] Dies kann bei einem Studenten, der sich einer Rechtsform über das Stichwort- oder Inhaltsverzeichnis nähert, zu Verwirrung führen. Sehr positiv zur Unterscheidung fällt dann aber der thematisch passende Fall zur oHG/KG auf (S. 135). So gut wie gar nicht angesprochen[12] werden dagegen die Aufwendungsersatzansprüche von Gesellschaftern und Geschäftsführern gem. § 110 HGB (analog) oder § 683 BGB.

Die GbR wird, obwohl sie grundlegende Gesellschaftsform ist, nur recht kurz dargestellt. Ausführungen zu den Anforderungen, die an den gemeinsamen Zweck i. S. d. § 705 BGB gestellt werden, fehlen ganz. Bei der oHG wird die für den Studenten möglicherweise klausurrelevante Frage, wann die oHG wirksam kraft Geschäftsbeginn wird (§ 123 Abs. 2 HGB), nur oberflächlich behandelt (S. 128, 156). Nicht erwähnt wird, dass es nach h. M. eines einvernehmlichen Zusammenwirkens aller Gesellschafter bedarf.[13] Auch die fehlerhafte Gesellschaft bei der oHG oder KG[14] hätte noch ausführlicher behandelt werden können – handelt es sich dabei doch um eine klassische Frage des Personengesellschaftsrechts. Sehr instruktiv und informativ ist der Teil über den Gesellschafterwechsel bei der oHG/KG (S. 152 ff.). Insbesondere die häufige Bezugnahme auf das Gesetz fällt hier positiv auf.

Sehr interessant sind die Ausführungen zur Partnerschaftsgesellschaft, die in Büchern zum Gesellschaftsrecht oder Rechtsformen sonst immer sehr stiefmütterlich behandelt wird (S. 160 ff.). Insbesondere die Besonderheiten bei der Haftung werden gut herausgearbeitet und dargestellt.

Im Kapitalgesellschaftsrecht konnte das MoMiG[15] schon berücksichtigt werden. Die Existenzvernichtungshaftung bei der GmbH wird sehr kurz und ohne Verweise auf die Rechtssprechungsentwicklung dargestellt (S. 65 f.). Ausführlich und lehrreich sind dagegen die Ausführungen zur Vor-GmbH (S. 80 ff.). Auch die Möglichkeit der Verwaltungssitzverlegung ins Ausland nach § 4a GmbHG wird dargestellt (S. 42). Inwiefern hiermit „an die Vorgaben der Europäischen Union" angeknüpft wird, bleibt unklar – hat doch der deutsche Gesetzgeber mit Schaffung dieser Möglichkeit vielmehr unnötigen „vorauseilenden Gehorsam"[16] gegenüber der damals noch ausstehenden Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Cartesio gezeigt.[17] Auch die

10 Siehe S. 14.

11 So bspw. bei der oHG/KG, S. 133 ff.

12 Ein Satz auf S. 143 zur oHG.

13 Siehe nur *Hopt* in Baumbach/Hopt HGB 34. Auflage (2010), § 123 Rn. 10.

14 S. 159.

15 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008, BGBl. I 2008, S. 2026.

16 *Knof/Mock* Anmerkung zu EuGH. Urt. v. 16.12.2008 – Rs C-210/06 ZIP 2009, 30 (33).

17 EuGH, Urteil vom 16.12.2008, Rs C-210/06 („Cartesio"); siehe dazu *Wansleben* Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 16.12.2008, Rs C-210/06 („Cartesio") StudZR 2009, 365 (379); *Behme/Nohlen* EuGH: Cartesio – EuGH lehnt freie Verwaltungssitzverlegung ab – „Ent-

für Studenten interessante actio pro socio wird bei der GmbH dargestellt.[18] Da das Institut aber ursprünglich für die Personengesellschaften entwickelt wurde, ist eine Übernahme nicht unproblematisch.[19] Dies hätte dargestellt werden können und wäre verständlicher gewesen, wenn die GmbH erst nach den Personengesellschaften behandelt worden wäre.

Die SE wird leider nur kurz angesprochen; positiv fällt aber die Auseinandersetzung mit der SPE auf (S. 31 f.). Die Bezüge zum Internationen Gesellschaftsrecht (IPR) könnten grundlegender, präziser und strukturierter dargestellt werden, ist es doch ein aktuelles und interessantes Thema.[20]

Im Kapitel „Unternehmensnachfolge" vermisst man zum Thema „Erwerb von Todes wegen" Ausführungen zu § 27 HGB. Auch Gesellschafteraustrittsklauseln werden nicht angesprochen. Diese Punkte hätten zu Lasten des dargestellten Unternehmensnießbrauchs[21] aufgenommen werden können.

Fazit

Dem Autor zufolge[22] gibt es nicht viele Lehrbücher zum praktisch relevanten Thema der Rechtsformwahl. Ausweislich des Vorwortes hält Professor *Klein-Blenkers* Vorlesungen zu diesem Thema, sonst aber scheinen solche Veranstaltungen – auch in den Schwerpunktbereichen – eher selten zu sein. Dies mag auch der Grund sein, warum man kaum Lehrbücher dazu findet. Für eine genauere Auseinandersetzung mit dem Gegenstand geht das Buch dann aber inhaltlich nicht genug in die Tiefe, so dass der Praktiker sich eher einem ausführlicheren Werk[23] zuwenden wird und der Student besser mit einem Lehrbuch zum Gesellschafts- und/oder Handelsrecht beraten ist. Wer sich dagegen nur einen groben Überblick verschaffen möchte, der wird in diesem Buch eine gute Grundlage dafür finden, enthält es doch beispielweise auch noch Ausführungen zum Steuerrecht oder zur Partnerschaftsgesellschaft.

Seinem umfassenden Anspruch wird das Werk nahezu gerecht; so sind auch die hier gemachten inhaltlichen Anmerkungen größtenteils dem begrenzten Umfang geschuldet. Das Handicap von Themenwahl, Umfangsbegrenzung und weitem Leserkreis kann das Buch aber leider nicht ablegen und daher den Widerspruch zwischen den unterschiedlichen Bedürfnissen von Studenten und Praktikern nicht auflösen.

Das Buch wird – der fehlenden inhaltlichen Tiefe geschuldet – wohl vorwiegend für Studenten der Wirtschaftswissenschaften interessant und geeignet sein. Dabei ist auch der Preis von 21 EUR gerechtfertigt.

Till Wansleben

---

scheidung überraschend für die Praxis" BB 2009, 13 (14); *Teichmann* Cartesio: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug ZIP 2009, 393.

18 S. 58; zur AG siehe S. 103.

19 Vgl. *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht 4. Auflage (2002), S. 641 ff.

20 Ausführungen finden sich auf S. 34 ff. und auf S. 217 ff.

21 Dazu S. 199 ff.

22 S. 2.

23 Bspw. *Hierl/Huber* Rechtsformen und Rechtsformwahl 2008.

Buchrezension

Markus Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2009

I. Einführung

Exoten wie das Recht der IT-Verträge, Medienrecht sowie das Wirtschaftsvölkerrecht fristen während der juristischen Ausbildung neben dem klassischen Pflichtenkanon der Rechtswissenschaften ein Schattendasein. Der Studierende wird mit solch vermeintlichem Spezialwissen allenfalls im Rahmen des Schwerpunktbereichs in Kontakt treten. Obgleich die Rechtsgebiete keinen „examensrelevanten Stoff" vermitteln, gewinnen sie in der Praxis zunehmend an Bedeutung und stellen hierbei den Rechtsgelehrten in spe neue Tätigkeitsfelder in Aussicht. Erfreulich also, dass der C. F. Müller Verlag in der Reihe ‚Start ins Rechtsgebiet' Interessierten einen Einblick in diese Themenbereiche gewährt. *Markus Krajewski*, Gastprofessor an der Universität Bremen, beschäftigt sich in seinem Werk „Wirtschaftsvölkerrecht" mit einem dieser scheinbar fernen Rechtsbereiche. Hierzu gilt es zunächst klarzustellen, was sich hinter der Bezeichnung verbirgt. Im Wirtschaftsvölkerrecht wird das Völkerrecht als traditionell politisches Recht um eine monetäre Komponente ergänzt und beschäftigt sich mit den öffentlich-rechtlichen Beziehungen des internationalen Wirtschaftsverkehrs. Dass der Band bereits in der 2. Auflage erscheint, zeugt von dem Bedeutungszuwachs, den die Materie infolge zunehmender Verzahnung von nationalem sowie internationalem Wirtschaftsrecht erfährt. Ob das „rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Interesse" des Lesers dabei auf seine Kosten kommt, wie vom Autor versprochen, ist im Folgenden zu erörtern.

II. Form und Aufbau

In sechs Abschnitten macht der Autor den Leser mit den Grundprinzipien des Wirtschaftsvölkerrechts vertraut und gewährt eine überblicksartige Einführung in das Rechtsgebiet. Der erste Eindruck beim Aufschlagen des Buchs wird durch ein klar strukturiertes Inhaltsverzeichnis und das positive äußere Erscheinungsbild des Texts bestimmt. Die aus der Schwerpunktreihe des C. F. Müller Verlags bekannten fett gedruckten Hervorhebungen im Text sind wieder anzutreffen und erleichtern die Lektüre, indem ohne exzessiven Einsatz von eigenhändigen Unterstreichungen die wichtigen Punkte beim Lesen auf einen Blick ins Auge springen. Bereits die äußere Form des Buches, gekennzeichnet durch übersichtliche Textpassagen und knappe Zusammenfassungen, bringt dessen inhaltliche Konzeption zum Ausdruck, weniger ein in die Tiefe gehendes Lehrbuch als vielmehr eine an die Skriptform angelehnte Einführung in das internationale Wirtschaftsrecht darzustellen. Anhand von formal sauber abgehobenen Beispielfällen wird dem Leser induktiv das vermittelte Wissen in der

Fallbearbeitung präsentiert und umrahmt das jeweilige Kapitel. Informationskästen enthalten die wichtigsten Vorschriften sowie Merk- und Definitionssätze. Besonders erfreulich sind die zahlreichen und gelungenen grafischen Gestaltungen, welche dem visuellen Lerntypus entgegenkommen, und die Wissensvermittelung durch strukturierte Darstellungen erleichtern. Die einzelnen Kapitel schließen jeweils mit einer Reihe von Wiederholungsfragen und erleichtern damit die Selbstkontrolle des Lernerfolgs.

III. Inhalt des Buches

Gekonnt führt *Krajewski* den Leser durch das „Völkerrecht der wirtschaftlichen Globalisierung". Dabei bedient er sich eines klaren und strukturierten Sprachstils, der auch komplizierte Sachkonstellationen in kurz gehaltenen Ausführungen verständlich werden lässt. Zur Einführung wird im ersten Buchabschnitt die Einbettung des Wirtschaftsvölkerrechts, also die öffentlich-rechtlichen Beziehungen des internationalen Wirtschaftsverkehrs, in das internationale Wirtschaftsrecht dargestellt und dessen Grundlagen knapp skizziert. Durchgängig auffallend ist die Tendenz des Autors, auch der Rechtsdogmatik fremde wissenschaftliche Theorien aus der Wirtschafts- und Sozialwissenschaft zur Sprache zu bringen. Der Leser wird nicht umhin kommen, einen Blick jenseits des juristischen Tellerrands zu werfen und sich mit fachfremden Kuriositäten wie der „Fahrrad-Theorie" (Rn. 193) zu beschäftigen. Das Welthandelsrecht stellt im zweiten Abschnitt mit einem Umfang von 121 Seiten entsprechend seiner Bedeutung den Schwerpunkt des Buchs dar. Didaktisch begrüßenswert ist der vom Autor gewählte Aufbau, sich bei der Behandlung des WTO-Rechts „hart am Gesetz", d. h. den maßgeblichen Artikeln der Verträge und Verfahrensregeln der WTO-Streitbeilegung zu orientieren, und den Ausführungen hilfreiche Prüfungsschemata anzuhängen. Der dritte Teil des Buches beschäftigt sich mit dem internationalen Investitionsrecht, behandelt werden Investitionsschutz und ein Kapitel zur Streitbeilegung. Hervorragend gelungen sind dabei die erläuternden Ausführungen zur ICSID-Schiedsgerichtbarkeit, welche knapp und verständlich Grundlagen und Verfahren schiedsgerichtlicher Procedere erörtern. Im vierten Abschnitt werden das internationale Währungs- und Finanzrecht behandelt. Ein Großteil der Ausführungen widmet sich den Institutionen IWF, Weltbank und BIZ. Wenngleich einige Überlegungen „de lege ferenda" zur Finanzmarktordnung dem Leseinteresse keinen Abbruch getan hätten, ist die vergleichsweise Wortkargheit des Autors in diesem Punkt wohl dem Aktualisierungsstand der Veröffentlichung im Frühjahr letzten Jahres geschuldet. Im darauf folgenden Buchabschnitt, der dem Entwicklungsvölkerrecht gewidmet ist, zeichnet *Krajewski* indessen mit kritischer Sichtweise das Spannungsverhältnis zwischen Entwicklungs- und Industriestaaten und kann durch erfrischend deutlich dargebrachte eigene Ansichten überzeugen. Das Buch schließt mit einem Überblick über Formen regionaler Wirtschaftsintegration nach dem Vorbild der Europäischen Gemeinschaft. Freunde der Urteilslektüre werden beim Lesen auf ihre Kosten kommen: In langen Passagen zitiert *Krajewski* einen Fundus an höchstrichterlichen Entscheidungen, die sich vom Bundesverfassungs-

gericht, diverser schiedsgerichtlicher Spruchkörper bis hin zum IGH erstrecken. Dies ist insofern begrüßenswert, da selbst Vorzeigestudenten eingestehen werden, dass der Verweis auf Rechtsprechung in Fußnoten regelmäßig nicht zur Lektürevertiefung genutzt wird.

IV. Fazit

Mit einem Umfang von knapp 300 Seiten gelingt es *Markus Krajewski*, die sich hinter dem Sammelbegriff ‚Wirtschaftsvölkerrecht' verbergende komplexe Thematik prägnant aufzubereiten. Dass hierunter bisweilen der Tiefgang leidet, liegt auf der Hand. Anstatt einer detailumfassenden Darstellung wird der Schwerpunkt auf Strukturverständnis und die wesentlichen Themengebiete gelegt. Als Konsequenz kann nicht jeder Streitstand breit wiedergegeben werden und auch hinsichtlich weiterführender Literatur ist weniger der spartanische Fußnotenapparat zu empfehlen als vielmehr auf die Literaturhinweise zu Beginn jedes Kapitels zurückzugreifen. Wer also im Schwerpunktbereich vertiefend in das Rechtgebiet des internationalen Wirtschaftsrechts einsteigen will, wird mit den umfangreicheren Lehrbüchern von *Matthias Herdegen* (Verlag C. H. Beck, 340 S.) oder *Christian von Tietje* (de Grutyer, 834 S.) besser bedient sein. Sofern allerdings – entsprechend der Zielsetzung des Autors – eine überblicksartige Einführung in das Wirtschaftsvölkerrecht angestrebt wird, kann zur Lektüre des Buchs nur geraten werden. Entsprechend seiner Konzeption stellt es einen hervorragenden ersten Einblick dar und ermöglicht es, sich ohne große Vorkenntnisse mit den Grundprinzipien des Wirtschaftsvölkerrechts vertraut zu machen. Der Zeitaufwand ist gering und wir Studierenden lernen ja nicht nur für's Examen!

Frederic Erdt

Juristisches für jeden Tag!

Mit neuer Rubrik

Der **C.F. Müller Jura-Kalender 2011** belebt den Schreibtisch täglich mit wissenswerten Informationen aus dem Juristenalltag, Spaß und Unterhaltung rund um das Thema Recht.

„Alles was Recht ist" heißt die neue Rubrik im C.F. Müller Jura-Kalender 2011, in der neben den Kuriositäten aus dem Juristenalltag jetzt u.a. Juristische Eselsbrücken zu finden sind. Anhand von Merksätzen, Reimen etc. werden juristische Sachverhalte so dargestellt, dass sie leichter im Gedächtnis haften bleiben. **Quizfragen** zum Zivilrecht, Strafrecht und Öffentlichen Recht, aktuelle **Urteile** sowie wichtige Begriffe aus dem **Juristen-Latein**, jeweils versehen mit der Auflösung bzw. der deutschen Bedeutung auf der Rückseite, ergänzen den informativen Teil.

Die mit pfiffigen Illustrationen versehenen humorvollen Seiten runden den abwechslungsreichen Inhalt des Jura-Kalenders 2011 ab und bieten wieder Juristisches für jeden Tag zum Grübeln und Schmunzeln.

www.cfmueller-campus.de

Jura-Kalender 2011

Juristisches für jeden Tag

Ca. € 14,95 ISBN 978-3-8114-7704-9

Erscheint im August 2010

Jetzt vorbestellen!

C.F. Müller