Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

die vorliegende dritte Ausgabe der StudZR im Jahre 2005 deckt durch vielseitige und interessante Beiträge fast das gesamte juristische Spektrum ab. Dies zeigt sich insbesondere im Methodikteil, in dem Klausurlösungsfälle aus den drei juristischen Kernrechtgebieten, dem Zivilrecht, dem Öffentlichen Recht und dem Strafrecht zu finden sind. Der Beitrag von Christoph Peterek und PD Dr. Ralph Ingelfinger behandelt im Wesentlichen verkehrsstrafrechtliche Probleme, der Artikel von Ruth Doerner und Prof. Dr. Ute Mager befasst sich zentral mit einer Grundrechtsprüfung, bei welcher Meinungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht miteinander abzuwägen sind, und der Klausurenfall von Prof. Dr. Michael Becker und Matthias Nicht hat das Grundstücksrecht mit seinen Bezügen zum Zivilverfahrensrecht zum Gegenstand.

Mit Blick auf die Entwicklung der Zeitschrift möchte ich diesmal zwei Beiträge aus dem Aufsatzteil besonders hervorheben: Zum einen die Arbeit des Schweizer Professors Dr. Carl Baudenbacher zur Justizialisierung des Rechts, den unsere Redaktion mit freundlicher Unterstützung des Autors ins Deutsche übersetzt hat. Wir freuen uns, hiermit den ersten internationalen professoralen Beitrag in der StudZR zu veröffentlichen. Zum anderen verdient der Beitrag zur Europäisierung der Börsen- und Wirtschaftsprüferaufsicht von Katrin Haußmann besondere Erwähnung, insofern als sie die erste Autorin in der StudZR ist, die das Studium der Rechtswissenschaften nicht als Hauptstudium gewählt hat.

Den Aufsatzteil vervollständigen die Beiträge von Benjamin Gündling zum Emissionshandelssystem in Deutschland und von Yannic Weber zur Rose/Rosahl-Problematik. Während der erste durch seine hohe Aktualität hervorsticht, erweckt der zweite besonderes Interesse dadurch, dass er einen Dauerbrenner strafrechtlicher Untersuchungen kritisch betrachtet und dabei mit manchen Fehleinschätzungen aufräumen kann.

Die StudZR scheint auf einem guten Weg zu sein. Wir bekommen nicht nur interessante Manuskripteinsendungen aus ganz Deutschland, stehen in engem Kontakt mit den Heidelberger Partneruniversitäten hinsichtlich zukünftiger Kooperationen und finden weiterhin breite Unterstützung auf der Sponsorenseite (für die Unterstützung des vorliegenden Heftes gilt unser Dank der Kanzlei Shearman & Sterling) – ein Weiteres lässt uns zuversichtlich in die Zukunft blicken: Das Juristische Seminar Heidelberg berichtet, dass einige Exemplare der ersten Ausgaben der StudZR aus der Zeitschriftenabteilung "abhanden gekommen" seien – für uns ein klares Indiz dafür, dass die StudZR von den Heidelberger Studierenden bereits vollends angenommen worden ist.

Nicolas Nohlen Chefredakteur

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Juristisches Seminar PD Dr. Stephan Kirste Friedrich-Ebert-Anlage 6-10 69117 Heidelberg

Geleitwort

Schon ein knappes Jahr nach dem Erscheinen der ersten StudZR hat sich die Zeitschrift ihren eigenen Platz im heiß umkämpften Zeitschriftenmarkt erobert. Den Herausgebern gelingt es, erfreulich qualitätvolle Beiträge zu akquirieren und wissenschaftlich interessierten Studierenden ein eigenes Publikationsforum zu bieten. Viel Glück für den Anfang muss man der StudZR deshalb nicht mehr wünschen, sondern anhaltende Energie und Kritikfähigkeit sowie eine möglichst große Breite von Publikationen. Wahrscheinlich werden die künftigen Autoren nie wieder so kritisch, unvoreingenommen und vielleicht auch wagemutig sein, wie zum jetzigen Zeitpunkt. Dies mit stilistischem Anspruch und sachlicher Überzeugungskraft zu verbinden, ist die anspruchsvolle Aufgabe der Herausgeber. Mit dem Sommerheft der StudZR ist ihnen das ein weiteres Mal gelungen. Es ist von europarechtlichen Themenstellungen geprägt und belegt auf diese Weise die wachsende Bedeutung des Europarechts nicht nur für Wahlfachstudenten, sondern für den klassischen Examenskandidaten im Pflichtfach.

Prof. Dr. Katja Langenbucher, Marburg

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Prof. Dr. Carl Baudenbacher					
Justizialisierung des Rechts: Kann das Europäische Modell in andere Teile der Welt exportiert werden?					
Benjamin Gündling Grundstrukturen und Probleme des Emissionshandelssystems in Deutschland	357				
Katrin Haußmann Die Europäisierung der Börsen- und Wirtschaftsprüferaufsicht	379				
Yannic Weber Die Strafbarkeit des Anstifters bei einem error in persona des Angestifteten	403				
Methodik					
Christoph Peterek/PD Dr. Ralph Ingelfinger Übungsfall: "Autofahrt mit Hindernissen"	431				
Ruth Doerner/Prof. Dr. Ute Mager Übungsfall: "Aktion Klimaschutz"	455				
Prof. Dr. Michael Becker/Matthias Nicht Übungsfall: Der Traum vom Eigenheim"	467				

-		-	

Aufsätze

Justizialisierung des Rechts: Kann das Europäische Modell in andere Teile der Welt exportiert werden?

Abstract

Das Recht der EU, des EWR und der EMRK ist in hohem Maße justizialisiert. Das zeigt sich vor allem bei den Interpretationsmethoden, welche die dynamische Auslegung einschließen, beim breiten Zugang zu den Gerichten in Luxemburg und in Straßburg, beim Individualrechtsschutz und bei der innerstaatlichen Wirkung. Das Modell des EuGH ist in den Andenpakt exportiert worden, das des EGMR hat Einfluss auf den Inter-Amerikanischen Menschenrechtsgerichtshof gehabt. Ein besonders viel versprechender Exportartikel scheint das Vorabentscheidungsverfahren zu sein. Ob das europäische Modell Vorbildcharakter für das Justizsystem der WTO übernehmen kann, ist hingegen umstritten.

^{*} Der Autor ist Präsident des Gerichtshofes der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) und Professor an der Universität St. Gallen, Schweiz. Der nachfolgende Beitrag ist in englischer Sprache im Jahre 2004 im Texas International Law Journal erschienen. Für die Veröffentlichung in der StudZR wurde der Beitrag von Chefredakteur Nicolas Nohlen in Zusammenarbeit mit den Redakteuren Nicole Betz und Thomas Straub ins Deutsche übersetzt.

I. Einleitung

Justizialisierung im weitesten Sinne bedeutet das Ersetzen nicht-gerichtlicher Verfahren, wie die der Gesetzgebung, der Verwaltung oder der Streitbeilegung, durch gerichtliche Verfahren. Zwei Aspekte müssen in dieser Hinsicht grundsätzlich unterschieden werden: Erstens beschreibt der Ausdruck Justizialisierung der Politik sowohl auf der Ebene des nationalen als auch des supranationalen Rechts eine Machtverlagerung von der legislativen und exekutiven zur rechtsprechenden Gewalt (die Macht, Policy-Entscheidungen zu treffen, geht auf die Gerichte über).¹ Zweitens werden traditionelle Streitbeilegungsverfahren, die ihre Wurzeln in der Welt der Diplomatie oder in ad hoc Schiedsverfahren haben, im internationalem Recht immer mehr durch ständige internationale Gerichte oder gerichtsähnliche Institutionen ersetzt. Bei dem ersten Aspekt spricht man von der proliferation of courts (Verbreitung von Gerichten) im Internationalen Wirtschaftsrecht.² Dieser Beitrag wird sich mit dem zweiten Aspekt beschäftigen.

Die wesentlichen Eigenschaften des diplomatischen Konfliktlösungsmodells lassen sich folgendermaßen beschreiben: diplomatische Einrichtungen werden üblicherweise ad hoc gebildet; sie handeln hinter verschlossenen Türen, um Vertraulichkeit sicherzustellen; sie sind weder verpflichtet, Entscheidungen zu fällen, noch Entscheidungsgründe zu nennen; sie sind in keiner Weise an Präjudizien gebunden, was bedeutet, dass wenig Rechtssicherheit vorhanden ist; es gibt keine Verfahrensgarantien; die einzigen Akteure sind Regierungen; Konsens ist ein wichtiges Element, aber auch politische und wirtschaftliche Macht; die Durchsetzung von Entscheidungen kann problematisch sein. Beispiele für das diplomatische Modell sind die Gemischten Ausschüsse, die im Rahmen der Freihandelsabkommen geschaffen wurden, welche die Europäische Gemeinschaft (EG) mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) 1972 geschlossen hat, daneben aber auch die Streitbeilegungsvorschriften der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums³ und des Berner Übereinkommens zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst4 und der Streitbeilegungsmechanismus des alten Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT).

Ad hoc Schiedsverfahren sind gerichtlichen Entscheidungen ähnlicher als die diplomatische Konfliktlösung. Im Gegensatz zu Gerichten werden ad hoc Schiedsgerichte aber für einen konkreten Fall errichtet, dessen Fakten sich bereits zugetragen haben;

¹ Grundsätzlich dazu Clayton, The Supply and Demand Sides of Judicial Policy-Making (Or, Why Be So Positive About the Judicialization of Politics?), Law & Contemporary Problems 65 (2002), S. 69 ff.; Ferejohn, Judicializing Politics, Politicizing Law, Law & Contemporary Problems 65 (2002), S. 41 ff.; Munger, Comment on Ferejohns "Judicializing Politics, Politicizing Law", Law & Contemporary Problems 65 (2002), S. 87 ff.

² Siche Romano, The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle, NYU Journal of International Law & Politics 31 (1999), S. 709, 735-738.

³ Abgedruckt in BGBl. 1984 II, S. 799

⁴ Abgedruckt in BGBl. 1973 II, S. 1071, 1985 II S. 81.

manche Schiedsrichter stehen eventuell einer der beiden Parteien nahe und die Transparenz kann ein Problem darstellen.

Die Errichtung internationaler Gerichte in großem Umfang ist ein jüngeres Phänomen. Die fortlaufende Ersetzung von diplomatischen Streitbeilegungsmodellen und ad hoc Schiedsverfahren durch ständige Gerichte geht mit der Globalisierung einher. Beispiele dafür sind in erster Linie, wenngleich nicht ausschließlich, in Europa zu finden: die Schaffung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR), des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (EuG). Die Errichtung des EFTA Gerichtshofes stellt eine neuere Entwicklung dar.

II. Was ist das Europäische Modell?

1. Allgemeines

Das Europäische Modell basiert auf zwei Säulen, dem EGMR auf der einen Seite, und den Gerichtshöfen der Europäischen Gemeinschaft und der EFTA auf der anderen.

Der EGMR, welcher 1959 geschaffen wurde und seinen Sitz im französischen Straßburg hat, besteht aus mehr als 40 Richtern. Er wurde errichtet, um die Menschenrechte, welche die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) den Staatsbürgern ihrer Vertragsparteien einräumt, zu wahren und zu schützen. Der EGMR wurde nach dem Vorbild des Internationalen Gerichtshofes (IGH) gebildet, unterscheidet sich aber von diesem in wesentlichen Punkten. Ähnlichkeiten mit dem Straßburger Gericht bestehen unter anderem bei der Wahl der Richter durch die Organe des Europarates für eine festgelegte Zeitspanne (Wiederwahl ist dabei möglich) und bei der Möglichkeit überstimmter Richter, eine abweichende Meinung zu verfassen. Der wesentlichste Unterscheid zwischen EGMR und IGH ist die Konzentration des ersteren auf Individualklagen, wohingegen vor dem IGH im streitigen Verfahren nur Staaten Parteien sein können.

Während eine Europäische Menschenrechtskonvention ohne einen Gerichtshof an der Spitze nur schwer vorstellbar gewesen wäre, wäre ein richterliches Organ für eine Gemeinschaft mit rein wirtschaftlichem Charakter, wie die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS), nicht zwingend notwendig gewesen. Tatsächlich funktionieren andere regionale Gemeinschaften, wie das Nordamerikanische Freihandelsabkommen (NAFTA) und Mercosur, ohne ein Gericht. Dementsprechend hatte auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, der Vorläufer des EuGH, eine wesentlich andere Position als der EGMR. Er war lediglich ein Organ unter vielen, wobei die zentrale Position der Hohen Behörde zukam. Der Gerichtshof selbst spielte in diesem System nur eine Nebenrolle.⁶ Allerdings war die Gerichtsbarkeit des Gerichtshofes zwingend.

⁵ Siehe Hunnings, The European Courts (1996), S. 11–12.

⁶ Ebd., S. 15 "The Court in such a system played merely an ancillary role, acting as a long stop for the High Authority or as a safety valve against oppressive or wrongful exercise of that authority".

Der EuGH, welcher im Rahmen der Römer Verträge 1957 geschaffen wurde und seinen Sitz in Luxemburg hat, erhielt seine besondere Machtstellung im Wesentlichen durch zwei Entwicklungen: durch das Vorabentscheidungsverfahren, das für eine Verbindung zwischen dem EuGH und den Gerichten der Mitgliedstaaten sorgte, und durch die Anerkennung der so genannten verfassungsrechtlichen Trias – Direktwirkung, Vorrang des Gemeinschaftsrechts und Staatshaftung – durch den EuGH selbst. Der EuGH besteht derzeit aus 25 Richtern und acht Generalanwälten.

Das EuG ist immer noch eine eher spezialisierte Institution mit dem Hauptaugenmerk auf Klagen, die gegen Akte von Gemeinschaftsorganen in Gebieten wie Wettbewerbs-, Marken- oder Beamtenrecht vorgebracht werden. Gegen seine Urteile kann vor dem EuGH Rechtsmittel eingelegt werden. Das EuG besteht aus 25 Richtern. Es sei allerdings angemerkt, dass sich die gerichtliche Architektur der Europäischen Union (EU) momentan im Umbruch befindet mit dem wohl wahrscheinlichen Resultat, dass das EuG zum "High Court of Europe" werden wird mit einer eigenen raison d'être.

Der EFTA Gerichtshof, der nach dem Modell des EuGH gebildet wurde und daher auch gerne als "kleiner Schwestergerichtshof" bezeichnet wird, besteht aus drei Richtern und sechs Ersatzrichtern. Seine Schaffung im Jahre 1994 entsprang einem ganz pragmatischen Gedanken: seit 1972 waren die EFTA Staaten mit der EG durch bilaterale Freihandelsabkommen verbunden, welche von Gemischten Ausschüssen (d. h. diplomatischen ad hoc Einrichtungen) verwaltet wurden. Während die Bestimmungen dieser Abkommen auf der Seite der Gemeinschaft Direktwirkung haben konnten,8 war dies in den Rechtsordnungen der EFTA Staaten nicht möglich. Das führte zu einem judiziellen Handelshemmnis.9 Letzten Endes war es die Gemeinschaft, die in den Verhandlungen zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) auf der Errichtung eines unabhängigen Gerichtshofes bestand, welcher die Aufgabe wahrnehmen sollte, Fälle, die aus EFTA Staaten stammen, zu entscheiden und dabei insbesondere die Rechte von Individuen und Wirtschaftsbeteiligten nicht nur aus EFTA Staaten, sondern auch aus EG Mitgliedstaaten zu schützen. Der EFTA Gerichtshof ist daher ein gutes Beispiel für die Justizialisierung internationalen Rechts. Der Gerichtshof hatte seinen Sitz ursprünglich in Genf, zog aber 1996 nach Luxemburg.

2. Einzelaspekte

a) Ernennung und Unabhängigkeit der Richter

Die Richter der Luxemburger Gerichte (EuGH, EuG und EFTA Gerichtshof) werden von den einzelnen Regierungen nominiert und im gegenseitigen Einvernehmen

⁷ Ebd., S. 16-21; siehe u. die Diskussion unter Abschnitt II. 2. d.

⁸ Urteil vom 26. Oktober 1982 in der Rechtssache 104/81 (Hauptzollamt Mainz, Slg. 1982, 3641).

⁹ Siehe Bernitz, The EEC-EFTA Free Trade Agreements with Special Reference to the Position of Sweden and the Other Scandinavian EFTA Countries, Common Market Law Review 23 (1986), S. 567, 578–579; Bernitz setzt sich mit der Stellung von Freihandelsabkommen in dualistischen Staaten, wie Norwegen und Schweden auseinander; Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichtes (BGE) 104 IV 175.

von allen Regierungen ernannt. Jedes Mitgliedsland hat das Recht, einen Richter zu nominieren. Die Regierungen können aber de facto selbst entscheiden, wer letztlich ihr Richter sein wird. Das Nominierungsverfahren ist nur wenig transparent. In manchen Ländern schreiben die Regierungen den Richterposten aus, dies stellt aber nicht den Regelfall dar. Zumeist werden die Richter von hohen Regierungsbeamten ausgesucht. Die Richter werden für eine Zeitspanne von sechs Jahren ernannt mit der Möglichkeit der Wiederernennung. Die Mitgliedstaaten verfolgen unterschiedliche politische Strategien, wenn es um die Wiederernennung von Richtern geht. So kann es in manchen Ländern vorkommen, dass ein Richter oder eine Richterin nicht wieder ernannt wird, obwohl er oder sie klar zum Ausdruck gebracht hat, dass er oder sie das Amt weiterhin ausüben möchte. Immerhin gab es noch keine Beschwerden wegen mangelnder Unabhängigkeit. 10 Den Richtern der drei Luxemburger Gerichte ist es nicht gestattet, ihre abweichenden Meinungen kundzutun. Das wesentliche Argument gegen die Einführung eines Systems von Minderheitsvoten bei den zwei Gemeinschaftsgerichten und dem EFTA Gerichtshof ist die Angst, dass ein dissentierender Richter unter Druck seiner nationalen Regierung geraten könnte und dass seine Chancen, wieder ernannt zu werden, gefährdet sein könnten.

Die Anzahl der Richter des EGMR entspricht der Anzahl der Mitgliedstaaten des Europarates. Gemäß Artikel 22 der EMRK werden die Richter "von der Parlamentarischen Versammlung für jede hohe Vertragspartei mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen aus einer Liste von drei Kandidaten gewählt, die von der hohen Vertragspartei vorgeschlagen worden". Die Richter des EGMR werden für sechs Jahre gewählt, Wiederwahl ist zulässig. Die Regeln zu Ernennung und Wiederwahl von Richtern des EGMR sind sicherlich demokratischer als die bezüglich der Luxemburger Gerichtshöfe. Darüber hinaus ist zu betonen, dass der EGMR Minderheitsvoten zulässt. Artikel 45 II EMRK besagt: "Bringt ein Urteil ganz oder teilweise nicht die übereinstimmende Meinung der Richter zum Ausdruck, so ist jeder Richter berechtigt, seine abweichende Meinung darzulegen".

b) Interpretationsmethoden/Richterliche Rechtsfortbildung

aa) EuGH

Aus Prinzip interpretiert der EuGH das Gemeinschaftsrecht nicht nach den Auslegungsvorschriften des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge¹³, sondern wendet dieselben Methoden an wie die nationalen Höchst- und Verfassungsgerichte. Insbesondere in den ersten Jahrzehnten der europäischen Integration vertrat der EuGH einen dynamischen Interpretationsansatz. Es wurde dabei implizit angenommen, dass der EG Vertrag Lücken aufweist. Das EuG folgt grundsätzlich dem Interpretationsansatz des EuGH. Die folgenden Überlegungen beschränken sich je-

¹⁰ Siehe grundsätzlich Mackenzie/Sands, International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge, Harvard International Law Review 44 (2003), S. 271 ff.

¹¹ Abgedruckt in BGBl. 1954 II, S. 14.

¹² Artikel 23 II EMRK.

¹³ Abgedruckt in BGBl. 1985 II, S. 927.

doch auf die Rechtsprechung des EuGH. Die wichtigsten Merkmale des Gemeinschaftsrechts in action (die Verfassungsprinzipien der Direktwirkung, des Vorrangs und der Staatshaftung) wurden vom EuGH basierend auf einer freirechtlichen Grundhaltung selbst entwickelt.¹⁴ Trotz mancher kritischer Stimmen kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass sowohl die Regierungen als auch die höchsten Gerichte der EG Mitgliedstaaten die entsprechenden Urteile des EuGH akzeptiert haben. Weitere wesentliche Gemeinschaftsrechtskonzepte wurden auf dem Wege der dynamischen Interpretation anerkannt. Beispiele sind unter anderem die weite Interpretation des Begriffs "Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten" in den Artikeln 81 und 82 EG Vertrag; 15 die Ausweitung des Konzeptes der Maßnahmen gleicher Wirkung im Urteil Dassonville16, wonach alle nationalen Handelsvorschriften, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen, als Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen anzusehen sind, die Rechtsprechung, nach der angesichts der Natur des Gemeinschaftsrechts als rechtsstaatliches Gebilde jedes Handeln eines Gemeinschaftsorgans, einschließlich des europäischen Parlaments, durch den EuGH überprüfbar sein muss, ungeachtet der Aufzählung in Artikel 230 EG Vertrag¹⁷, und die Entwicklung des Konzeptes der regionalen Erschöpfung von Immaterialgüterrechten einschließlich der Rechtsprechung zum Umpacken von Arzneimitteln. 18

Der Eindruck, der EuGH würde stets einen dynamischen Interpretationsansatz verfolgen, wäre jedoch falsch. Tatsächlich hat der EuGH, seitdem die EG Gesetzgeber aktiver geworden sind, eine etwas konservativere Haltung eingenommen. Zum Teil hat er sogar Souveränität wieder auf die Mitgliedstaaten zurück übertragen. Das bekannteste Beispiel dafür ist wohl das Urteil Keck und Mithouard¹⁹, in dem der EuGH zum Teil seine Dassonville-Rechtsprechung änderte, indem er entschied, dass die Anwendung nationaler Bestimmungen auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht behindert, sofern keine rechtliche oder tatsächliche Diskriminierung vorliegt. Das bedeutet, dass die Dassonville Formel nur noch bei Produkteigenschaften Anwendung findet. Im Urteil de Agostini²⁰ entschied der EuGH, dass ein Mitgliedstaat gemäß der Richtlinie über irreführende Werbung be-

¹⁴ Siehe grundsätzlich das Urteil vom 5. Februar 1963 in der Rechtssache 26/62 (van Gend & Loos, Slg. 1963, 1); sowie das Urteil vom 15. Juli 1964 in der Rechtssache 6/64 (Costa v. ENEL, Slg. 1964, 585) und das Urteil vom 19. November 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich, Slg. 1991, I-5357).

¹⁵ Siehe z. B. Urteil vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 42/84 (Remia BV/Kommission, Slg. 1985, 2545).

¹⁶ Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74 (Dassonville, Slg. 837, 852).

¹⁷ Urteil vom 23. April 1986 in der Rechtssache 294/83 (Les Verts, Slg. 1986, 1339, 1364–1366).

¹⁸ Weatherhill/Bueaumont, EU Law, 3. Ausgabe (1999), S. 977–999 diskutieren einige Urteile betreffend die Erschöpfung von Urherberrechten sowie Rechten an Patenten und Marken.

¹⁹ Urteil vom 24. November 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097).

²⁰ Urteil vom 9. Juli 1997 in den verbundenen Rechtssachen C-34/95, C-35/95 und C-36/95 (De Agostini, Slg. 1997, I-3888-89).

rechtigt ist, Kontrolle über die aus einem anderen Mitgliedstaat ausgestrahlte Fernsehwerbung auszuüben, obwohl dies gemäß der Fernsehrichtlinie gerade nicht möglich sein soll, wenn die entsprechende Werbung in dem Mitgliedstaat, aus dem sie ausgestrahlt wird, als rechtmäßig anzusehen ist. Schließlich erweckt der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung den Eindruck, er räume dem Schutz geistigen Eigentums tendenziell Vorrang gegenüber dem Freihandel ein. Besonders deutlich wird dies im Bereich der geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel. Erst kürzlich entschied der EuGH in zwei Urteilen, dass die industriellen Verarbeitungsprozesse des Aufschneidens von Parmaschinken und des Reibens von Grana Padano Käse Teil der Qualität dieser Produkte sind und dass dementsprechend das Ansehen der Produzenten negativ beeinträchtigt werden könnte, wenn diese Verarbeitungsprozesse nicht in den Herstellungsgebieten stattfinden würden.21 Der EuGH kam zu diesem Schluss, obwohl aus den Verpackungen klar hervorging, woher die Produkte stammten und wer für das Aufschneiden, Reiben und Verpacken verantwortlich war.²² Bei allem Respekt sei angemerkt, dass die genannten Urteile auf faktischen Annahmen beruhen, denen nur schwerlich zu folgen ist. Der Verbraucher wurde nicht gefragt, ob er solchen Schinken und Käse. der in dem Herstellungsgebiet aufgeschnitten bzw. gerieben wurde, tatsächlich zu erheblich höheren Preisen bevorzugt. Um ein weiteres Beispiel zu nennen: Weinkenner könnten das Argument aufgreifen und behaupten, dass Rioja Wein nicht von Tanklastwagen transportiert und außerhalb der Rioja Region in Flaschen gefüllt werden dürfe, weil dies die Qualität des Weines negativ beeinträchtigen könnte.23

bb) EFTA Gerichtshof

Der EFTA Gerichtshof bedient sich derselben Auslegungsmethoden wie der EuGH. Es sei an dieser Stelle angemerkt, dass der EFTA Gerichtshof aufgrund bestimmter Homogenitätsregelungen an die Rechtsprechung des EuGH gebunden ist. In relativ vielen Fällen sieht sich der EFTA Gerichtshof allerdings mit rechtlichen Fragen konfrontiert, die nicht oder nicht vollends durch den EuGH entschieden sind. So hat der EFTA Gerichtshof 2001 als erstes Gericht öffentlich das Vorsorgeprinzip im Nahrungsmittelrecht anerkannt.²⁴ Zudem hat er 1999 entschieden, dass Staatsgarantien für öffentlichrechtliche Banken als staatliche Beihilfen einzustufen sind.²⁵ Im Lichte des Homogenitätszieles, das dem EWR-Abkommen zugrunde

²¹ Urteil vom 20. Mai 2003 in der Rechtssache C-469/00 (Ravil SARL, Slg. 2003, I-5053, Rdn. 53); Urteil vom 20. Mai 2003 in der Rechtssache C-108/01 (Prosciutto di Parma, Slg. 2003, I-5121, Rdn. 68).

²² Urteil in Ravil SARL (Fn. 21), Rdn. 55; Urteil in Prosciutto di Parma (Fn. 21), Rdn. 6.

²³ Urteil vom 16. Mai 2000 in der Rechtssache C-388/95 (Belgien v. Spanien, Slg. 2000, I-3123, 3171); jedoch bleibt auch in diesem Fall die Frage, wie es sich verhält, wenn Wein zum Flascheneinfüllen von der Produktionsstätte an einen anderen Platz in der Rioja Region gebracht wird, eine Region die ca. 200 km lang ist. Der EuGH hat diesbezüglich entschieden, dass eine Vorschrift, die ein solches Verhalten erlaubt, rechtmäßig ist, siehe ebd. I-3165.

²⁴ E-3/00, EFTA Surveillance Auth. v. Norway, 2000-2001 Rep. EFTA Ct. 73, 83.

²⁵ E-4/97, Norwegian Bankers Assn v. EFTA Surveillance Auth., 1999 Rep. EFTA Ct. 1, 24.

liegt, ist es kaum verwunderlich, dass der EFTA Gerichtshof bereit ist, das EWR-Recht dynamisch zu interpretieren. ²⁶ Nebenbei sei angemerkt, dass sich eine besondere Herausforderung für den EFTA Gerichtshof insofern stellt, als der EG Vertrag, auf dem das EWR Abkommen basiert, seit dem Abschluss des Abkommens bereits dreimal geändert wurde.

cc) EGMR

Der EGMR hat anerkannt, dass die Vorschriften der Wiener Vertragsrechtskonvention grundsätzlich akzeptierte Völkerrechtsprinzipien darstellen und hat mehrfach bestätigt, dass er sich an diese Prinzipien gebunden sieht, wenn er die EMRK interpretiert. Im vorliegenden Zusammenhang ist allerdings von größerer Bedeutung, dass der EGMR in vielen Fällen die so genannte "evolutive Interpretationsmethode" angewandt hat. Ein gutes Beispiel dafür bietet der Fall *Tyrer*, in dem es um die Prügelstrafe ging, die in den Siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts im Vereinten Königreich noch ziemlich verbreitet war. Der EGMR entschied: "the Convention is a living instrument which, as the Commission has rightly stressed, must be interpreted in the light of present day conditions".²⁷ Diese Formulierung wurde in vielen nachfolgenden Fällen wiederholt.²⁸

c) Zugang zum Gericht

aa) Locus Standi

Im Gemeinschaftsrecht haben Einzelne und Wirtschaftsbeteiligte auf mehrere Weisen Zugang zur Luxemburger Gerichtsbarkeit. Selbstverständlich können Private keinen Fall von den Gerichten ihrer Mitgliedstaaten nach Luxemburg bringen. Aber sie können vor einem nationalen Gericht eines Mitgliedstaates Klage erheben und dieses Gericht auffordern, dem EuGH gemeinschaftsrechtliche Fragen für eine Vorabentscheidung nach Artikel 234 EG Vertrag vorzulegen. In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass der EuGH nicht nach einem Zulassungssystem arbeitet. Einzelne und Wirtschaftsbeteiligte haben überdies das Recht, gemäß Artikel 230 EG Vertrag Nichtigkeitsklagen gegen Entscheidungen eines Gemeinschaftsorgans zu erheben. Das Gemeinschaftsrecht bietet sogar ein zweistufiges Verfahren an. Der EuGH hat jedoch in solchen Fällen den Zugang zur EG-Gerichtsbarkeit durch eine enge Definition des Begriffs der individuellen Betroffenheit in Artikel 230 EG Vertrag eingeschränkt. Erst kürzlich hat er Vorschläge von Generalanwalt Jacobs und dem EuG, eine großzügigere Auffassung zu vertreten, zurückgewiesen. ²⁹ Im Wirtschaftsrecht

²⁶ Siehe Baudenbacher, The EFTA Court – An Example of the Judicialisation of International Economic Law, European Law Review 28 (2003), S. 880, 887, mit detaillierten Informationen zu den Interpretationsmethoden des EFTA Gerichtshofes.

²⁷ Tyrer v. United Kingdom, 26 Eur. Ct. H. R. (ser. A) (1978), S. 4, 15.

²⁸ Siehe dazu *Matscher*, Methods of Interpretation of the Convention, in: Macdonald u.a. (Hrsg.) The European System for the Protection of Human Rights (1993), S. 63, 68.

²⁹ Siehe das Urteil vom 25. Juli 2002 in der Rechtssache C-50/00 (Unión de Pequenos Agricultores, Slg. 2002, I-6677); Urteil vom 3. Mai 2002 in der Rechtssache T-177/01 (Jégo-Quéré &

ist die Möglichkeit, Entscheidungen der Europäischen Kommission in wettbewerbsrechtlichen Fällen – inklusive Fusionskontrolle – anzufechten, von besonderer Bedeutung.³⁰ Private können auch eine Beschwerde bei der Kommission einlegen und vortragen, dass eine nationale Regierung ihre Rechte verletzt hat. Unter eng definierten Umständen können sie eine Untätigkeitsklage erheben.

In Vorabentscheidungsfällen stellt sich unter dem Gesichtspunkt des Zugangs zur Luxemburger Gerichtsbarkeit die wesentliche Frage, welche mitgliedstaatlichen Einrichtungen als zur Vorlage berechtigte Gerichte anzusehen sind. Der EuGH wendet grundsätzlich einen aus sechs Schritten bestehenden Test an. Um als Gericht zu gelten, muss ein Organ: (1) auf Gesetz beruhen, (2) dauerhaft sein, (3) verbindliche Rechtsprechung ausüben, (4) inter partes Verfahren ausführen, (5) die Regeln von Recht und Beweis anwenden, und (6) unabhängig sein. Dieser Ansatz ist mehr institutionell als funktional. Folglich sind private Schiedsgerichte vom Vorabentscheidungsverfahren ausgeschlossen. EWR-Recht haben Private im Wesentlichen dieselben Rechte.

Vor dem EGMR können Vertragsstaaten eine Verletzung der EMRK durch einen anderen Vertragsstaat geltend machen.³³ Von größerer praktischer Relevanz ist die Möglichkeit, dass Individuen, nichtstaatliche Organisationen (NGOs) oder Personengruppen gemäß Artikel 34 EMRK eine Beschwerde gegen einen Staat einreichen.³⁴ Die Staaten sind verpflichtet, die wirksame Ausübung dieses Rechts nicht zu behindern. Neben der Behauptung, Opfer einer Verletzung eines in der EMRK garantierten Rechts zu sein, müssen keine weiteren Anforderungen erfüllt werden. Stattdessen sicht der EGMR ein optionales Filtersystem für Individualbeschwerden vor. Nach der Bewertung des Berichterstatters wird entweder ein Komitee von drei Richtern separat über die Zulässigkeit oder eine Kammer von sieben Richtern über Zulässigkeit und Begründetheit zusammen entscheiden. Die große Mehrzahl der Fälle wird dabei als unzulässig bezeichnet. Die wichtigsten Kriterien für Zulässigkeit in formaler Hinsicht sind die Erschöpfung aller inländischen Rechtsmittel und die Ein-

Cie SA v. Kommission, Slg. 2002, II-2365); siehe auch E-2/02, Technologien Bau und Wirtschaftsberatung GmbH v. EFTA Surveillance Auth., Urteil vom 19. Juni 2003, aufrufbar unter http://www.eftacourt.lu/pdf/E_2_02Decision.pdf (letztmals aufgerufen im April 2005).

Z. B. Urteil vom 17. September 1997 in der Rechtssache C-54/96 (Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH, Slg. 1997, I-4961); E-1/94, Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark, 1994/95 Rep. EFTA Ct. 17, 23.

32 Baudenbacher/Higgins, Decentralization of EC Competition Law: Enforcement and Arbitration, Columbia Journal of European Law 8 (2002), S. 1, 3.

33 Dabei handelt es sich um die so genannte Staatenbeschwerde. Siehe Artikel 33 EMRK.

³⁰ Es sei angemerkt, dass der Zugang zu den Luxemburger Gerichten im Bereich des Wettbewerbsrechts im Zuge der Dezentralisierung gemäß der Verordnung 1/2003 in gewissem Maße eingeschränkt wird. Siehe dazu *Baudenbacher*, Judicialization of European Competition Policy, Adress at the 29th Annual Fordham Corporate Law Institute Conference on International Antitrust Law and Policy (1. November 2002), Hawk (Hrsg.) International Antitrust Law & Policy: Annual Fordham Corporate Law Institute 29 (2003).

³⁴ Ursprünglich war es Individuen nicht möglich, Beschwerden gegen Staaten einzureichen. Es war die Aufgabe der Kommission, solche Verfahren einzuleiten.

haltung einer Frist von sechs Monaten nach der endgültigen nationalen Entscheidung. Ferner wird eine nach Artikel 34 EMRK erhobene Individualbeschwerde für unzulässig erklärt, wenn der EGMR sie "für unvereinbar mit dieser Konvention oder den Protokollen dazu, für offensichtlich unbegründet oder für einen Missbrauch des Beschwerderechts hält".³⁵

bb) Beteiligungsrechte Dritter

In Rechtsstreitigkeiten vor dem EuGH hängt der Umfang des Rechts Dritter auf Beteiligung im Verfahren von der Natur des Verfahrens ab. In Direktprozessen gewährt die EuGH-Satzung ein Recht auf Streithilfe. Gemäß Artikel 40 der Satzung können sich Mitgliedstaaten und Gemeinschaftsorgane ohne Einschränkungen einschalten, während andere Personen ein berechtigtes Interesse am Ausgang des Rechtsstreits glaubhaft machen müssen; letztere können Rechtstreitigkeiten, an denen nur Mitgliedstaaten und/oder Gemeinschaftsorgane beteiligt sind, nicht beitreten.³⁶ EWR/EFTA-Staaten und die EFTA-Überwachungsbehörde können Rechtsstreitigkeiten beitreten, die einen der Anwendungsbereiche des EWR-Abkommens betreffen. Im Einklang mit universellen Verfahrensregeln kann ein Antrag auf Streitbeitritt nur den Klageantrag einer der Parteien unterstützen, und der Streithelfer muss den Rechtsstreit in der Gestalt akzeptieren, in der sich dieser zur Zeit des Beitritts befindet. Artikel 93 der Verfahrensordnung des EuGH sowie Artikel 115 und 116 der Verfahrensordnung des EuG liefern Details zum Streithilferecht.³⁷ In Vorabentscheidungsfällen, die ihrer Natur nach nicht kontradiktorisch sind, ist keine Streithilfe möglich. Artikel 23 der Satzung des EuGH gibt stattdessen das Recht, Schriftsätze einzureichen oder schriftliche Erklärungen abzugeben.³⁸ Nach der Benachrichtigung durch den Kanzler des EuGH können die Parteien des Hauptverfahrens (Mitgliedstaaten, Kommission, und gegebenenfalls andere Gemeinschaftsorgane) innerhalb von zwei Monaten ihre Schriftsätze einreichen.³⁹ Diese Beteiligten sind nicht darauf beschränkt, die Anträge einer der Parteien zu unterstützen, sondern sind frei, sich beliebig zu äußern. Dasselbe gilt wiederum für EWR/EFTA-Staaten und die EFTA-Überwachungsbehörde in Fällen, die das EWR-Abkommen betreffen. Die Streitbeihilferechte für Staaten und Gemeinschaftsorgane gemäß Artikel 23 der Satzung des EuGH können als Kodifizierung einer besonderen Form von amicus curiae Schriftsätzen betrachtet werden. Ein Streithelfer kann nur die Anträge einer Partei unterstützen. Das bedeutet, dass NGOs kein Recht haben, amicus curiae Schriftsätze ein-

³⁵ Artikel 35 III EMRK.

³⁶ Artikel 40 der Satzung des EuGH aufrufbar unter http://www.curia.eu.int/de/instit/txtdocfr/txtsenvigueur/statut.pdf (letztmals aufgerufen im April 2005).

³⁷ Artikel 93 der Verfahrensordnung des EuGH vom 19. Juni 1991 aufrufbar unter http://www.curia.cu.int/de/instit/txtdocfr/txtsenvigueur/txt5.pdf (letztmals aufgerufen im April 2005); Artikel 115 und 116 der Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz vom 30. Mai 1991 aufrufbar unter http://www.curia.eu.int/de/instit/txtdocfr/txtsenvigueur/txt7.pdf (letztmals aufgerufen im April 2005).

³⁸ Artikel 23 der Satzung des EuGH, (Fn. 36).

³⁹ Ebd.

zureichen. In der Praxis können Vereinigungen solche Schriftsätze allerdings einreichen, wenn eine Partei diese in ihre Ausführungen aufnimmt.

Art. 20 der Satzung des EFTA Gerichtshofs, der einer früheren Version des Prozessrechts des EuGH nachgebildet ist, gewährt den EWR/EFTA-Staaten, der EFTA-Überwachungsbehörde, der EG-Kommission und der Gemeinschaft (d. h. den EG-Staaten) in jedem am Gerichtshof anhängigen Rechtsstreit das Recht, Schriftsätze einzureichen oder schriftliche Erklärungen abzugeben. 40 Dieses Recht ist für die EG-Staaten und die Europäische Kommission an keine Vorbedingungen geknüpft. Alternativ können die Staaten und Organe der EFTA und EG gemäß Artikel 36 der Satzung des EFTA-Gerichtshofs Rechtsstreitigkeiten vor dem EFTA-Gerichtshof beitreten. 41 Im Einklang mit den entsprechenden Vorschriften für die Gemeinschaftsgerichte erstreckt sich das Recht auf Streithilfe auf jede Person, die ein Interesse am Ausgang des Rechtsstreits glaubhaft machen kann, außer in Rechtstreitigkeiten zwischen EFTA-Staaten oder EFTA-Staaten und der EFTA-Überwachungsbehörde. 42 Die Streithilfe ist auch Gegenstand des Artikels 89 der Verfahrensordnung des EFTA Gerichtshofes. 43 Obwohl dieses prozessuale Instrument im Vorlageverfahren nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, verbietet sich die Anwendung des Streithilferechts hier wegen des nicht kontradiktorischen Charakters des Verfahrens. 44 Stattdessen gewährt Artikel 97 I der Verfahrensordnung des EFTA Gerichtshofs den Parteien des Hauptverfahrens das Recht, Schriftsätze in Übereinstimmung mit Artikel 20 der Satzung des EFTA Gerichtshofs einzureichen.⁴⁵

Die Verfahrensvorschriften des EGMR gewährleisten bindende Beteiligungsrechte Dritter nur bei Individualbeschwerden und nur im Hinblick auf denjenigen Vertragsstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Beschwerdeführer hat. Gemäß Art. 36 I EMRK sind diese Beteiligten berechtigt, in allen anhängigen Rechtssachen vor einer Kammer oder der Großen Kammer schriftliche Stellungnahmen abzugeben und an den mündlichen Verhandlungen teilzunehmen. Der Präsident des Gerichtshofs kann zudem – im Interesse der Rechtspflege – anderen Vertragsstaaten (erwidernde Staaten ausgeschlossen) und anderen betroffenen Dritten Gelegenheit geben, schriftlich Stellung zu nehmen oder an den mündlichen Verhandlungen teilzunehmen. Artikel 44 der Verfahrensordnung des EGMR stellt klar, dass diese zweite Art der "Streithilfe Dritter" als Ausnahmeregelung betrachtet wird, da die Anträge angemessen begründet sein müssen. 46 Die Zurückhaltung bei der Gewährung bindender

⁴⁰ Artikel 20 des Protokolls 5 zum ESA/Gerichtshof Abkommen zur Satzung des EFTA Gerichtshofes, aufrufbar unter http://www.eftacourt.lu/protocol5.asp (letztmals besucht im April 2005).

⁴¹ Ebd., Artikel 36.

⁴² Ebd.

⁴³ Art. 89 der Verfahrensordnung des EFTA Gerichthofes aufrufbar unter http://www.efta-court.lu/rulesprocedure.asp (letztmals aufgerufen im April 2005).

⁴⁴ Vergleiche ebd., Artikel 96 II.

⁴⁵ Ebd. Artikel 97 I.

⁴⁶ EGMR, Rules of Court, vom 1. November 2003, aufrufbar unter http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/Rules%20OF%20COURTNOV2003.htm (letztmals aufgerufen im April 2005).

Streithilferechte an Individuen, die nicht Beschwerdeführer sind, lässt sich dadurch erklären, dass sich der EGMR gemäß Artikel 34 EMRK mit Fällen, die von NGOs und anderen Personengruppen anhängig gemacht werden, befassen kann.

d) Wirkung des Europarechts in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten

Es wurde bereits gesagt, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung die so genannten Verfassungsprinzipien Direktwirkung, Vorrang des Gemeinschaftsrechts und Staatshaftung anerkannt hat.⁴⁷ Direktwirkung heißt, dass sich Einzelne und Wirtschaftsbeteiligte vor jedem nationalen Gericht eines Mitgliedsstaates auf das Gemeinschaftsrecht berufen können. Diese Wirkung ergibt sich aus dem Gemeinschaftsrecht selbst. Ob die Rechtsordnung des betroffenen Mitgliedsstaates dies erlaubt, ist unwesentlich. Vorrang des Gemeinschaftsrechts bedeutet, dass direkt wirksames Gemeinschaftsrecht entgegenstehendes nationales Recht verdrängt. Schließlich ist ein Staat nach der Doktrin der Staatshaftung unter gewissen Umständen verpflichtet, Einzelnen und Wirtschaftsbeteiligten für durch eine Verletzung von Gemeinschaftsrecht verursachte Schäden Ersatz zu leisten. 48 Diese Prinzipien haben die Souveränität der EG-Mitgliedstaaten in einem beträchtlichen Maß beschnitten. Wenn beispielsweise eine Regierung eine Richtlinie nicht rechtzeitig umgesetzt hat, können sich Einzelne und Wirtschaftsbeteiligte vor jedem nationalen Gericht eines Mitgliedsstaates direkt auf die Bestimmungen dieser Richtlinie berufen. Das nationale Gericht muss dann eine Bestimmung des nationalen Rechts, die mit der nicht umgesetzten Bestimmung der Richtlinie konfligiert, unangewandt lassen. Dasselbe gilt im Fall einer Falschumsetzung. Die Verfassungsprinzipien sind im Kontext des Vorabentscheidungsverfahrens von besonderer Bedeutung. Gemäß Artikel 234 EG Vertrag haben nationale Gerichte der EG-Mitgliedstaaten das Recht - und im Fall von letztinstanzlichen Gerichten die Pflicht - gemeinschaftsrechtliche Fragen dem EuGH zur verbindlichen Auslegung vorzulegen. Individuen und Wirtschaftsbeteiligte werden damit in die Rolle privater Funktionäre der Gesamtrechtsordnung versetzt, die im Allgemeininteresse handeln.

Staatshaftung ist auch vom EFTA-Gerichtshof als Prinzip des EWR-Rechts anerkannt worden. Der Gerichtshof hat sich dabei insbesondere auf das Erfordernis, die Homogenität im EWR als Ganzem aufrechtzuerhalten, gestützt.⁴⁹ In diesem Zusammenhang wurde der Gerichtshof als judizieller Aktivist kritisiert. Die isländische Regierung argumentierte in *Sveinbjörnsdottir*, dass, falls die Homogenität im EWR ohne die Anerkennung des Prinzips der Staatshaftung tatsächlich betroffen wäre, diese Angelegenheit auf politischem bzw. diplomatischem Wege geregelt werden müsse, nicht aber durch den EFTA-Gerichtshof.⁵⁰ Daraus wird ersichtlich, dass der

⁴⁷ Hunnings (Fn. 5), S. 11, 12.

⁴⁸ Siehe u. a. *Puder*, Phantom Menace or New Hope: Member State Public Tort Liability After the Double-Bladed Light Saber Duel Between the European Court of Justice and the German Bundesgerichtshof in Brasserie du Pêcheur, Vanderbilt Journal of Transnational Law 33 (2000), S. 311, 321–324; *Puder* setzt sich mit den EG-rechtlichen Vorraussetzungen der Staatshaftung auseinander.

⁴⁹ E-9/97, Erla Maria Sveinbjörnsdóttir v. Iceland, 1998/2001 Rep. EFTA Ct. 95, 110.

⁵⁰ Ebd., S. 127

Fall tatsächlich an der Schnittstelle von richterlicher Funktion einerseits und den Mechanismen der Diplomatie andererseits liegt. Die Prinzipien der Direktwirkung und des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts, wie sie vom EuGH im Gemeinschaftsrecht entwickelt wurden, sind als solche im Recht des EWR nicht vorhanden. Das EWR-Recht ist jedoch in die Rechtsordnungen der EWR/EFTA-Staaten implementiert worden. Der EFTA-Gerichtshof hat entschieden, dass implementierte Bestimmungen vor nationalen Gerichten geltend gemacht werden können⁵¹ und dass sie Vorrang vor entgegenstehenden Bestimmungen des nationalen Rechts haben.⁵² Soweit nicht oder falsch implementierte Bestimmungen des Rechts des EWR in Frage stehen, haben die nationalen Gerichte dem EWR-Recht durch eine vertragsfreundliche Auslegung Wirkung zu verschaffen.⁵³

Die EMRK hat keine unmittelbare Wirkung. Das bedeutet nicht, dass sie überhaupt keine rechtliche Wirkung in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten entfaltet. Es ist jedoch das inländische Recht, das die Wirkung der EMRK regelt. In einem monistischen Land wie den Niederlanden oder der Schweiz kann die Konvention vor jedem nationalen Gericht geltend gemacht werden. In den meisten dualistischen Ländern, wie dem Vereinigten Königreich, Norwegen und Deutschland, ist die EMRK in die inländischen Rechtsordnungen implementiert worden. Im Übrigen kann die Feststellung einer Verletzung der EMRK durch den EMGR den beklagten Staat und eventuell auch andere Vertragsstaaten dazu veranlassen, generelle Maßnahmen zu ergreifen, um dem Urteil nachzukommen, und die höheren nationalen Gerichte dazu bringen, ihre Rechtsprechung zu ändern.⁵⁴

3. Ergebnis: ein hohes Maß an Justizialisierung

Es gibt keine international akzeptierte Definition dessen, was ein Gerichtshof ist. Die meisten Betrachter wären aber wohl mit der vom EGMR im Kontext von Artikel 6 EMRK gegebenen Definition einverstanden. Laut dem EGMR ist ein Gericht im Wesentlichen durch seine judizielle Funktion charakterisiert. Das heißt, dass es im Rahmen seiner Zuständigkeit über Rechtsfragen, gestützt auf Rechtsnormen und nach einem Verfahren, das im Voraus festgelegt ist, entscheidet. Weitere Anforderungen sind: Unabhängigkeit von Regierungen und Parteien, Unparteilichkeit, Einrichtung durch Gesetz, Dauerhaftigkeit der Amtszeit der Mitglieder, Verfahrensgarantien. Se

⁵¹ Restamark, 1994/95 Rep. EFTA Ct., S. 24.

⁵² E-1/01, Hördur Einarsson v. Iceland, 2002 Rep. EFTA Ct. 3, 13.

⁵³ E-4/01, Karl K. Karlsson hf. v. Iceland, 2002 Rep. EFTA Ct. 242, 252.

⁵⁴ Siehe z.B. EGMR, Effects of Judgments or Cases 1959–1998, aufrufbar unter http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/EffectsofJudgments.html (letztmals aufgerufen im April 2005).

⁵⁵ Belilos v. Switzerland, 132 Eur. Ct. H. R. (ser. A), S. 29 (1988): "determining matters within its competence on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner".

⁵⁶ Siehe Harris, Law of the European Convetnion on Human Rights (1995), S. 230, 231.

Die Errichtung von Gerichten oder gerichtsähnlichen Institutionen bedeutet nicht in jedem Fall, dass internationales Recht tatsächlich justizialisiert wird. Es gibt Organe, die in stärkerem Masse legalisiert sind als andere. Ein Höchstmaß an Legalisierung wurde mit dem EuGH erreicht. Das liegt hauptsächlich an der Anerkennung von Drittwirkung, Vorrang des Gemeinschaftsrechts und Staatshaftung. Seit der Errichtung des EuG 1989 gibt es in der EG überdies ein zweistufiges Gerichtssystem. Der EuGH ist das Vorbild von Legalisierung nicht nur für andere regionale Organisationen, sondern auch für globale Integration. Das Recht des EWR ist ebenfalls stark justizialisiert. Individuen und Wirtschaftsbeteiligte können implementierte Bestimmungen des EWR-Rechts vor nationalen Gerichten geltend machen; diese Bestimmungen gehen entgegenstehender nationaler Gesetzgebung vor, und das Prinzip der Staatshaftung ist Teil des EWR-Rechts. Ein etwas geringeres Maß an Justizialisierung wurde wegen des Fehlens von Direktwirkung nach dem Vorbild des Gemeinschaftsrechts in der EMRK erreicht. Bis 1998 konnten Einzelne ihren Fall nur vor die 1954 geschaffene Europäische Kommission für Menschenrechte bringen und erst dann zum EGMR. Protokoll Nr. 11 zur EMRK hat in dieser Hinsicht zu fundamentalen Anderungen geführt. Die Europäische Menschenrechtskommission wurde abgeschafft, und das alte Teilzeitgericht wurde zu einem ständigen Vollzeitgericht umgewandelt.

III. Export des Europäischen Modells in andere Regionen

1. Allgemeines

In Anbetracht seines historischen und wirtschaftlichen Hintergrundes mag bezweifelt werden, ob das Europäische Modell in andere Teile der Welt exportiert werden kann. Manche Komparatisten sind der Meinung, dass rechtliche Institutionen nicht einfach von einem sozioökonomischen Umfeld in ein anderes transplantiert werden können. Andere sind weniger skeptisch bei der Annahme solcher Exportfähigkeit. ⁵⁷ Im Fall der europäischen Gerichtshöfe scheinen die Dinge besonders komplex zu sein. Ein Kommentator hat bemerkt, es komme vor, dass Einzelne Beschwerden über Menschenrechtsverletzungen vor dem EuGH erheben und dass nationale Gerichte dem EGMR Auslegungsfragen des EG-Rechts zur Vorabentscheidung vorlegen. ⁵⁸ Trotzdem ist es zu Exporten des europäischen Systems gekommen.

⁵⁷ Vergleiche Kahn-Freund, On Uses and Misuses of Comparative Law, Modern Law Review 37 (1974), S. 1, 7-8 mit Watson, Legal Transpalnts: An Approach to Comparative Law, 2. Ausgabe (1993), S. 3-9.

⁵⁸ Siehe *Udombana*, An African Human Rights Court and an African Union Court: A Needfull Duality or a Needless Duplication?, Brooklyn Journal of International Law 28 (2003), S. 811, 858 mit Referenz zu *Kohler*, The Court of Justice of the European Communities and the European Court of Human Rights, in: Kavass (Hrsg.) Supranational and Constitutional Courts in Europe: Functions and Sources (1992), S. 15, 17.

2. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA)

Die Anden-Gemeinschaft hat den EuGH als Modell für ihr Tribunal Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) gewählt. Die Anden-Gemeinschaft ist supranationaler Natur. Direktwirkung ist in dem Vertrag, der den Gerichtshof selbst errichtet, anerkannt (Artikel 2 und 3).⁵⁹ Der TJCA hat zudem den Vorrang des Anden-Gemeinschaftsrechts anerkannt.60 Der TJCA besteht aus fünf Richtern, je einem aus jedem Mitgliedsstaat (Bolivien, Kolumbien, Ekuador, Peru und Venezuela). Die Richter sind für eine sechsjährige Amtszeit gewählt und können einmal wieder gewählt werden. Das Ernennungsverfahren kombiniert Elemente der Bestimmungen für die Luxemburger Gerichtshöfe und der für den EGMR: die bevollmächtigten Vertreter wählen aus Listen mit drei Kandidaten, die von jedem Mitgliedsstaat vorgelegt werden. Es gibt, wie beim EFTA-Gerichtshof, eine Liste von Ersatzrichtern. Die Verfahrensarten sind im Wesentlichen mit denen des EuGH identisch. Dasselbe gilt für die Streithilfe Dritter, obwohl es bei Nichtigkeitsklagen einen weitergehenden Zugang zum Gericht als im Recht der EG zu geben scheint. Das Tribunal wendet dieselben Methoden der Auslegung an wie der EuGH. Die teleologische Methode ist daher von besonderer Bedeutung.61

3. Inter-Amerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte

Das Straßburger Modell hat offensichtlich bei der Errichtung des inter-amerikanischen Menschenrechtssystems eine wichtige Rolle gespielt. Es gibt nicht nur einen Gerichtshof, sondern auch eine inter-amerikanische Menschenrechtskommission. In Europa wurde die entsprechende Kommission inzwischen abgeschafft.

Der Inter-Amerikanische Gerichtshof für Menschenrechte besteht aus sieben Richtern, die Staatsangehörige der 35 Mitgliedstaaten der Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) sein müssen.⁶² Die Richter werden von den Vertragsstaaten der Amerikanischen Menschenrechtskonvention anlässlich der OAS-Generalversammlung

59 Treaty Creating the Court of Justice of the Cartagena Agreement, 28. Mai 1979, ILM 18 (1979), S. 1203, 1204, aufrufbar unter http://www.sice.oas.org/Trade/Junac/Tribunal/cartageA.asp#chapterI (letztmals aufgerufen im April 2005).

⁶⁰ Siehe z. B. El Tribunal de la Comunidad Andina, Sumario por Incumplimiento de Sentencia (Gerichtshof der Anden-Gemeinschaft, Summary of the Breach of Opinion), Proceso No. 2-IP-90 (Sept. 20, 1990), aufrufbar unter http://www.tribunaladandino.org.ec/AINCUMP/03-AI-96.htm (letztmals aufgerufen im April 2004); O'Keefe, Proceedings Inaugural Conference on "Legal and Policy Issues in the Americas", Florida Journal of International Law 13 (2000), S. 71, 73.

⁶¹ Siehe z. B. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencias del Tribunal Andino de Justicia (Gerichtshof der Anden-Gemeinschaft, *Opinions of the Andean Court of Justice*), Proceso No. 2-IP-90 (Sept. 20, 1990), aufrufbar unter http://www.comunidadandina.org/normativa/sent/2-ip-90.htm (letztmals aufgerufen im April 2005).

⁶² Satzung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Statute of the Inter-American Court of Human Rights), abgedruckt in Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Scr.L. V/I.4 rev.9 (2003), aufrufbar unter http://www.cidh.oas.org/Basicos/basic17.htm (letztmals aufgerufen im April 2005).

für eine Amtszeit von sechs Jahren gewählt. 63 Sie können einmal wieder gewählt werden. 64 Überstimmte Richter haben das Recht, abweichende oder zustimmende Meinungen zu verfassen. 65 Der Zugang zum Gerichtshof ist beschränkt. Gemäß Artikel 61 der Konvention haben nur Vertragsstaaten und die Kommission das Recht, einen Fall vor den Gerichtshof zu bringen. 66 Was die innerstaatliche Wirkung angeht, so besagt Artikel 2 der Konvention nur, dass, wo die Ausübung von geschützten Rechten oder Freiheiten nicht bereits durch Gesetze oder anderweitige Bestimmungen gesichert ist, sich die Vertragsstaaten verpflichten, solche Gesetze zu erlassen oder andere Maßnahmen zu ergreifen, die notwendig sind, um den Rechten und Freiheiten der Konvention Wirkung zu verleihen. 67

Afrikanischer Gerichtshof für Menschenrechte und Afrikanischer Gerichtshof

Während im Fall des TJCA der EuGH als Vorbild gedient hat und die Errichtung des Inter-Amerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte in gewissem Maße vom EGMR beeinflusst wurde, ist Afrika im Begriff, das ganze europäische "Paket" zu übernehmen. Es wird nicht nur einen eigenen Menschenrechtsgerichtshof nach dem Modell des EGMR errichten, sondern auch einen Gerichtshof nach dem Vorbild des EuGH.⁶⁸

IV. Einfluss des Europäischen Modells auf die WTO

Elemente von Justizialisierung im gegenwärtigen Streitbeilegungsverfahren

Das WTO Streitbeilegungsverfahren enthält zwei bedeutsame Elemente der Justizialisierung. Zunächst kehrt Artikel 16 der Vereinbarungen über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten (DSU) das Konsensprinzip um. 69 Die Vorschrift sta-

348

StudZR

⁶³ Artikel 5 und 7 der Satzung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

⁶⁴ Artikel 5, ebd.

⁶⁵ Artikel 24, ebd.; Artikel 55 der Verfahrensordnung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, abgedruckt in Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser.L.V/I.4 rev.9 (2003), aufrufbar unter http://www.cidh.oas.org/Basicos/basic18.htm (letztmals aufgerufen im April 2005).

⁶⁶ Interamerikanische Menschenrechtskonvention (American Convention on Human Rights) vom 22. November 1969, 1144 U. N.T.S. 123, 159.

⁶⁷ Artikel 2 der Konvention lautet im Original: "is not already ensured by legislative or other provisions, the States Parties undertake to adopt, in accordance with their constitutional processes and the provisions of this Convention, such legislative or other measures as may be necessary to give effect to those rights and freedoms."

⁶⁸ Siehe *Udombana* (Fn. 58), S. 852, 853; siehe *ders.*, Toward the African Court on Human and Peoples Rights: Better Late than Never, Yale Human Rights and Development Law Journal 3 (2000), S. 45, 82.

⁶⁹ Vereinbarungen über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten vom 15. April

tuiert, dass ein Panelbericht angenommen wird, es sei denn, dass "das DSB durch Konsens entscheidet, den Bericht nicht anzunehmen."70 M. a. W. wird der Bericht verbindlich, solange der Gewinner des Falles nicht gegen seinen eigenen Sieg stimmt, was unwahrscheinlich ist. Interessanterweise haben die Vereinigten Staaten schon lange für die Stärkung des Streitbeilegungssystems gekämpft. Die EU hatte ihre historische Ablehnung gegenüber der automatischen Annahme der Panelberichte fallen lassen. Aus heutiger Sicht liegt darin eine gewisse Ironie. Bezüglich der Kritik, die gegenüber dieser Übertragung von Souveränität geübt wurde,71 sollte daran erinnert werden, dass die Vereinigten Staaten sich der Konsequenzen von Anfang an bewusst waren. Der Grund für den Widerstand der Vereinigten Staaten gegen die Anerkennung des Urheberpersönlichkeitsrechts im Rahmen des TRIPs, war, dass das DSU im Gegensatz zur Berner Übereinkunft⁷² - einen Durchsetzungsmechanismus mit Zähnen etabliert hat. Das reduziert zweifellos die Souveränität der WTO Mitglieder. Man darf aber auch nicht übersehen, dass die WTO ein Mitglied nicht zwingen kann, seine Handelspraktiken zu ändern. Alles was sie tun kann ist die Autorisierung von Vergeltungsmassnahmen. In jedem Falle führt Artikel 16 DSU zu einer weiteren Veränderung der politischen und diplomatischen Konzeption von GATT/WTO-Recht in Richtung eines legalistischen Modells.⁷³ Das zweite wichtige Element der Justizialisierung war die Errichtung des ständigen Berufungsgremiums in Artikel 17 DSU.⁷⁴ Das WTO Berufungsgremium ist zuständig, Berufungen gegen Panelberichte bezüglich aller WTO Vereinbarungen zu behandeln. Claus-Dieter Ehlermann, ehemals Mitglied und Vorsitzender des WTO Berufungsgremiums, sagte im Rahmen des Texas International Law Journal Symposiums zum Thema "Globalization and the Judiciary" im Jahre 2003, dass, auch wenn die Streitbeilegung in der WTO noch nicht einem vollkommen unabhängigen gerichtlichen Organe anvertraut ist - hauptsächlich weil Panel- und Berufungsberichte durch das Streitbeilegungsgremium (DSB) angenommen werden müssen – das WTO-Berufungsgremium doch zumindest ein Organ mit quasi-gerichtlichem Charakter darstellt.75 Wenn die ad hoc-Panels einmal zusammengestellt sind, so arbeiten sie mehr oder weniger wie unabhängige gerichtliche Organe. Die Verfahrenseröffnung hängt nicht von der Zustimmung der beklagten Re-

^{1994,} Art. 16 IV, Marrakesch-Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation, Anhang 2, Legal Instruments- Results of the Uruguay Round vol. 31, International Legal Materials 33 (1994) S. 1226, 1235, aufrufbar unter http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf (letztmals aufgerufen im April 2005).

⁷⁰ *Ebd*

⁷¹ Siehe zum Beispiel Young, The Trouble with Global Constitutionalism, Texas International Law Journal 38 (2003), S. 527, 542.

⁷² Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 24. Juli 1971, abgedruckt in BGBl. 1973 II S. 1071, 1985 II S. 81.

⁷³ Vereinbarungen über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten (Fn. 69), Artikel 16.

⁷⁴ Ebd., Artikel 17.

⁷⁵ Ehlermann, Experiences from the WTO Appellate Body, Texas International Law Journal 38 (2003), S. 469, 479.

gierung ab. 76 Die Berichte stellen faktisch Urteile dar. Das WTO Berufungsgremium ist aufgrund seiner Permanenz noch stärker justizialisiert.

2. Ernennung und Unabhängigkeit der Mitglieder der Berufungsgremien

Das Berufungsgremium setzt sich aus sieben Personen zusammen. In den einzelnen Fällen kommen drei Mitglieder zum Einsatz. Die Mitglieder des Berufungsgremiums werden vom DSB, also den Regierungen, auf vier Jahre ernannt und jede Person kann einmal wieder ernannt werden. Das wichtigste Leitprinzip der Entscheidungstätigkeit des Berufungsgremiums ist der Konsens. Mitglieder des Berufungsgremiums haben das Recht von der Mehrheitsmeinung abzuweichen, die abweichenden Auffassungen bleiben allerdings anonym.⁷⁷ Ehlermann beklagt die Abwesenheit unabhängigkeitssichernder struktureller Garantien. Dem könnte seiner Ansicht nach durch die Einführung einer achtjährigen, nicht verlängerbaren Amtszeit für die Mitglieder des Berufungsgremiums abgeholfen werden.⁷⁸

3. Interpretationsmethoden und Richterliche Rechtsfortbildung

Gemäß Artikel 3 II DSU werden die Bestimmungen der unter die Vereinbarung fallenden Übereinkommen "im Einklang mit den herkömmlichen Regeln der Auslegung des Völkerrechts" interpretiert.⁷⁹ In zwei frühen Berichten stellte das Berufungsgremium fest, dass dies eine Bezugnahme auf Art. 31 und 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention sei.⁸⁰ Von den dort genannten Kriterien (Interpretation eines Vertrages nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, den Bestimmungen des Vertrages in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes) wurde die gewöhnliche Bedeutung der Bestimmungen des Vertrags am häufigsten herangezogen. Wie *Ehlermann* feststellt, könnte der Unterschied in Sachen Stil und Methodik im Vergleich zum EuGH kaum radikaler sein.⁸¹ Das Berufungsgremium hat trotzdem einen dynamischen Ansatz ge-

⁷⁶ von Bogdandy, Chancen und Gefahren einer Konstitutionalisierung der WTO: Verfassungsrechtliche Dimensionen der WTO im Vergleich mit der EU, Vortrag vom 26. Juni 2002 and der Humboldt-Universität zu Berlin, Forum Constitutionis Europae, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, aufrufbar unter http://www.whi-berlin.de/bogdandy.htm (letztmals aufgerufen im April 2005).

⁷⁷ Siehe Vereinbarungen über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten (Fn. 69), Artikel 17 XI.

⁷⁸ Ehlermann (Fn. 75), S. 475.

⁷⁹ Vereinbarungen über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten (Fn. 69), Artikel 3 II.

WTO Appellate Body Report vom 29. Mai 1996, United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, S. 15, WTO Doc. WT/DS2/AB/R, aufrufbar unter http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/gas1_e.htm (letztmals aufgerufen im April 2005); WTO Appelate Body Report vom 1. November 1996, Japan-Taxes on Alcoholic Beverages, S. D, WTO Docs. WT/DS8/AB/R, WT/DS11/AB/R, aufrufbar unter http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_status_e.htm#8 (letztmals aufgerufen im April 2005).

⁸¹ Ehlermann (Fn. 75), S. 480.

wählt, als es sich in seiner Shrimp-Turtle Entscheidung von 1998 bereit erklärte, nicht angeforderte amicus curiae Schriftsätze zu akzeptieren. Ba das DSU dies nicht vorsah, sah sich das Berufungsgremium starker Kritik durch eine Anzahl von Regierungen ausgesetzt.

4. Zugang zum Gericht

Private haben kein Recht zu klagen oder an WTO Verfahren teilzunehmen. Gemäß der Panelentscheidung im Fall "Section 301 US. Trade Act" ist die WTO, anders als die EG, keine neue Rechtsordnung. Das Panel anerkannte jedoch zumindest ein Konzept der so genannten indirekten Wirkung, nach dem internationale Rechtsverpflichtungen teleologisch interpretiert werden müssen mit dem Ziel, Individualrechte zu stärken. Ab Das ändert nichts an der Tatsache, dass nur Staaten das Recht haben, einen Fall vor die Streitbeilegungsorgane zu bringen. Jedoch hat das WTO Berufungsgremium einen ersten Schritt in Richtung Akzeptanz privater Teilnahme an seinen Verfahren dadurch gemacht, dass es nicht angeforderte Informationen von NGOs akzeptierte. Das Panel hatte dies mit der Begründung zurückgewiesen, WTO-Regeln verböten die Annahme solcher Informationen. In der Berufung widersprach das Berufungsgremium dem Panel und entschied, dass Panels solche Informationen annehmen und in Betracht ziehen können.

Es gibt eine anhaltende Debatte in Kreisen der WTO-Rechtler über die Frage, ob Private Zugang zum WTO Streitbeilegungsverfahren haben sollten. Dabei überrascht nicht, dass die Rechtsstellung der Europäischen Gerichtshöfe, insbesondere die des EuGH, eine bedeutsame Rolle spielt. Manche Kommentatoren gehen so weit, die EU als Modell für die WTO und den EuGH als Modell für den WTO Streitbeilegungsmechanismus anzusehen.⁸⁶

⁸² Siehe WTO Appellate Body Report vom 12. Oktober 1998, United States-Import Pohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, paras. 102–110, WTO Doc. WT/DS58/AB/R, aufrufbar unter http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm#58 (letzt-mals aufgerufen im April 2005).

⁸³ Charnovitz, WTO Cosmopolitics, New York University Journal of International Law and Politics 34 (2002), S. 299, 347–348.

⁸⁴ WTO Appellate Body Report vom 22. Dezember 1999, United States-Sections 301–310 of the Trade Act of 1974, paras. 7.71–7.81, WTO Doc. WT/DS152/R, aufrufbar unter http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm#152 (letztmals aufgerufen im April 2005); siehe *Trachtmann/Moremen*, Costs and Benefits of Private Participation in WTO Dispute Settlement: Whose Right Is It Anyway?, Harvard International Law Journal 44 (2003), S. 221, 230.

⁸⁵ Pressemitteilung vom 17. Juli 1998, WTO, Ruggiero Announces Enhanced WTO Plan for Cooperation with NGOs, aufrufbar unter http://www.wto.org/english/news_e/press98_e/pr107_e.htm (letztmals aufgerufen im März 2004).

⁸⁶ Siehe *Petersmann*, Constitutionalism and International Organizations, Northwestern Journal of International Law and Business 17 (1996–1997), S. 398, 459–465.

5. Wirkung der WTO Abkommen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten

Die WTO Abkommen entfalten keine Direktwirkung nach dem Konzept der EG. Den einzelnen WTO Mitgliedern bzw. ihren Gerichten steht es allerdings frei, eine monistische Sicht einzunehmen und Vorschriften der WTO Abkommen als direkt wirksam zu erklären, was bedeuten würde, dass Private sich vor den nationalen Gerichten dieser Mitgliedstaaten auf diese Vorschriften berufen könnten. Eine Direktwirkung der WTO Abkommen wurde aber weder in der EU noch in den Vereinigten Staaten anerkannt. In den Vereinigten Staaten wurde dies in der Umsetzungsgesetzgebung ausgeschlossen.⁸⁷ Nach der Rechtsprechung des EuGH haben Einzelne und Wirtschaftsbeteiligte aufgrund von Natur und System der WTO Abkommen (inkl. deren Annexe) nicht das Recht, sich auf deren Bestimmungen zu berufen. 88 Es scheint jedoch, als sei das letzte Wort in dieser Hinsicht nicht gesprochen. Im Fall Biret entschied das EuG, dass es - da die WTO Abkommen dem Einzelnen keine Rechte verleihen - Individuen nicht möglich ist, eine Schadensersatzklage im Falle einer Verletzung der WTO Abkommen durch ein Gemeinschaftsorgan einzureichen. 89 Der Rat hatte zuvor eine Richtlinie erlassen, welche die Einfuhr von hormonhaltigem Fleisch und ebensolchen Fleischprodukten in die Gemeinschaft verbot. Das WTO Berufungsgremium hatte daraufhin die Bestimmungen der Richtlinie für mit dem WTO Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen (SPS Übereinkommen) unvereinbar erklärt.90 Im Rechtsmittelverfahren schlug der deutsche Generalanwalt Alber dem EuGH die Aufhebung der Entscheidung des Gerichts erster Instanz vor. 91 Er betonte, dass die Frage, ob eine Entscheidung des DSB zur direkten Anwendung von Gemeinschaftsrecht führt (in dem Sinne, dass ein Privater eine Schadensersatzklage basierend auf den Schlüssen des DSB einreichen kann) bislang noch nicht vom EuGH entschieden wurde. Alber wies auf die Unterschiede zwischen dem WTO Streitbeilegungsmechanismus und dem des GATT hin und machte deutlich, dass gemäß Artikel 21 III DSU die sofortige Umsetzung von Entscheidungen und Empfehlungen des DSB essentiell für die effektive Streitbeilegung zum Vorteil aller Mitglieder ist. 92 Die Nichtumset-

⁸⁷ Siehe Uruguay Round Agreements Act, Pub. L. No. 103-465, § 102, 108 Stat. 4809, 4815 (1994) (codified as amended at 19 U. S.C. A. § 3512 (1994)).

⁸⁸ Urteil vom 23. November 1999 in der Rechtssache C-149/96 (Portugal/Rat, Slg. 1999, S. I-8395).

⁸⁹ Urteil vom 11. Januar 2002 in der Rechtssache T-174/00 (Biret International/Rat, Slg. 2002, S. II-17, Rdn. 61).

⁹⁰ WTO Appellate Body Report vom 16. Januar 1998, EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), para. 253, WTO Docs. WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, aufrufbar unter http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm#26 (letzt-mals aufgerufen im April 2005).

⁹¹ Urteil vom 30. September 2003 in der Rechtssache C-93/02 (Biret International/Rat, Slg. 2003, S. I-10497, Rdn. 30); Urteil vom 30. September 2003 in der Rechtssache C-94/02 (Biret and Cie/Rat, Slg. 2003, S. I-10565, Rdn. 33).

⁹² Urteil vom 30. September 2003 in der Rechtssache C-93/02 (Fn. 91), Rdn. 61; Urteil vom 30. September 2003 in der Rechtssache C-94/02 (Fn. 91), Rdn. 65.

zung einer DSB-Entscheidung oder Empfehlung mag eine handelspolitische Option sein, aber keine rechtliche. Nach Ablauf einer angemessenen Zeitspanne muss sich das Prinzip der Gesetzmäßigkeit gegenüber handelspolitischen Erwägungen durchsetzen. Der Generalanwalt wies das Argument des Rats zurück, dass die WTO Abkommen nicht darauf abzielten, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, sondern darauf beschränkt sind, die Beziehungen zwischen Mitgliedstaaten und regionalen Organisationen auf der Basis von Verhandlungen zu regeln, welche vom Prinzip der Reziprozität beherrscht werden. 93 Der EuGH erhielt die Entscheidung des EuG aufrecht, allerdings nicht wegen fehlender Wirkung des WTO-Rechts, sondern weil der Kläger schon lange vor dem Datum der WTO Entscheidung und des EU-Fristablaufs für deren Umsetzung sein Geschäft aufgegeben hatte.94 Anhänger der Idee, dass Bestimmungen der WTO Abkommen in der Rechtsordnung der EU direkte Wirkung haben sollten, mögen in der Entscheidung des EuGH Hoffnung finden. Der EuGH machte nämlich deutlich, dass das EuG sich mit dem Argument hätte auseinandersetzen sollen. Die rechtlichen Auswirkungen der WTO-Entscheidung würden die Rechtsprechung, nach welcher WTO-Regeln keine Direktwirkung haben, in Frage stellen, sowie Gründe für eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der in Frage stehenden Richtlinie durch die Gemeinschaftsgerichte liefern. 95

V. Export einzelner Teile des Europäischen Modells

Es ist auch vorstellbar, dass einzelne Teile des Europäischen Modells in andere Jurisdiktionen exportiert werden. Ein besonders attraktiver Exportartikel scheint das
Vorabentscheidungsverfahren zu sein. Es wurde bereits hervorgehoben, welch bedeutende Rolle dieses Verfahren in der Rechtsprechung des TJCA spielt. Die Mehrzahl der Fälle, die von diesem Gericht entschieden werden, betreffen Vorabentscheidungsersuchen. Daneben haben der derzeitige Präsident des IGH und seine Amtsvorgänger gefordert, dass ihrem Gerichtshof das Recht eingeräumt werde, über
Vorlagefragen anderer internationaler Gerichte zu entscheiden. Es gab weiter Überlegungen, dem EGMR das Recht einzuräumen, über Vorlagefragen von Gerichten
der Vertragsstaaten sowie des EuGH betreffend die Interpretation der EMRK zu
entscheiden. Schließlich hat der niederländische Professor Henry Schermers vorgeschlagen, ein Vorabentscheidungsverfahren einzurichten, unter welchem jedes letztinstanzliche Gericht berechtigt wäre, Fragen betreffend der Auslegung des Rechts
eines anderen Landes einem letztinstanzlichen Gericht dieses Landes zur Beantwor-

⁹³ Urteil vom 30. September 2003 in der Rechtssache C-93/02 (Fn. 91), Rdn. 62; Urteil vom 30. 9. 2003 in der Rechtssache C-94/02 (Fn. 91), Rdn. 72.

⁹⁴ Urteil vom 30. September 2003 in der Rechtssache C-93/02 (Fn. 91), Rdn. 63.

⁹⁵ Ebd., Rdn. 57; Urteil vom 30. September 2003 in der Rechtssache C-93/02 (Fn. 91), Rdn. 60.

⁹⁶ Jacobs, Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice, Texas International Law Journal 38 (2003), S. 547, 550.

tung vorzulegen.⁹⁷ In diesem Zusammenhang ist ein spezifisch schweizerisches Problem zu erwähnen. Seit 1989 verfolgt die Schweiz, welche weder Mitgliedstaat der EU noch des EWR ist, in ihrer Gesetzgebung ein Programm des so genannten autonomen Nachvollzugs großer Teile des sekundären EU-Rechts, insbesondere von Richtlinien. Das Schweizer Bundesgericht hat entschieden, dass das EU-Recht zwar keine rechtliche Wirkung in der schweizerischen Rechtsordnung erzeugt, dass es aber bei der Interpretation eines Gesetzes, welches im Rahmen der Politik des autonomen Nachvollzugs erlassen wurde, doch relevant sein kann.⁹⁸ Das Schweizer Bundesgericht sieht sich freilich Schwierigkeiten gegenüber, da es weder befugt ist, Fragen dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens vorzulegen noch dem EFTA-Gericht nach dem entsprechenden Verfahren des EWR-Rechts.⁹⁹

VI. Schlussfolgerungen

Das Europäische Modell zeichnet sich sowohl im Bereich des Wirtschaftsrechts als auch bei den Menschenrechten durch ein hohes Maß an Justizialisierung aus. Es ist gekennzeichnet durch Unabhängigkeit der Gerichte, breiten Zugang zu den Gerichten für Individuen, dynamische Interpretation, und – im Fall der Luxemburger Gerichte – Direktwirkung und das Recht auf Schadensersatz im Falle einer erheblichen Verletzung europäischen Rechts durch nationale Regierungen. Dieses Modell hat bereits erheblichen Einfluss in Lateinamerika; gleiches wird in naher Zukunft in Afrika der Fall sein. Ob es als Vorbild für andere Regionen oder auf globaler Ebene dienen kann, wird teilweise bestritten. Im Rahmen des Texas International Law Journal Symposium im letzen Jahr warf Professor José E. Alvarez von der Columbia University die Frage auf, ob der Zugang zu den Gerichten in Luxemburg und Straßburg den Einzelnen tatsächlich offen steht oder ob das nur auf dem Papier und in der Theorie der Fall ist. 1000 Ersteres muss bejaht werden. Es gibt keinen Grund die Erfolge, die in Europa erreicht worden sind, zu schmälern.

Mit Blick auf die laufende WTO Debatte wurde gesagt, dass Klagerechte Privater das Klageermessen der Staaten reduzieren, den Staaten Kontrolle entziehen und damit deren Möglichkeit zu diskreten Verhandlungen schwächen würde. Regierungen seien aber Repeat Players sowohl als Kläger als auch als Beklagte, sie hätten deswegen ein legitimes Interesse am Inhalt von Entscheidungen. Schließlich könnten Produzenten ihre Klageinteressen leichter organisieren als Konsumenten, was dazu führen

Schermers/Waelbroeck, Judicial Protection in the European Union, 6. Auflage 2001, S. 649-651.

⁹⁸ Siehe z. B. das Urteil des Schweizer Bundesgerichts in Öffentliche Arbeitslosenkasse des Kantons Solothurn gegen Metallbau X. GmbH, BGE 129 III, S. 335, 350-352.

⁹⁹ Artikel 234 EG Vertrag; Art. 34 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs vom 2.5. 1992, abgedruckt in ABl. EG Nr. L 344 vom 31. 12. 1994, S. 1 ff.

¹⁰⁰ Siehe Alvaraz, The New Dispute Settlers: (Half) Truths and Consequences, Texas International Law Journal 38 (2003), S. 405, 430.

würde, dass sich die Qualität der Streitbeilegung zugunsten der Produzenteninteressen verschieben würde. 101 Dagegen ist einzuwenden, dass Regierungen dazu tendieren, organisierte Interessen zu bevorzugen. Verbraucher- oder Umweltinteressen sind beispielsweise nicht organisiert. Es wurde weiterhin gesagt, dass Staaten sich untereinander absprechen können, um gestützt auf Gegenseitigkeitsüberlegungen auf eine Durchsetzung ihrer Rechte zu verzichten. Eine solche Relativierung des internationalen Handelsrechts werde auf Kosten Privater und zum Nachteil des Welthandelssystems erreicht. 102

Alles in allem wurde kein überzeugendes Argument vorgebracht, welches zeigt, dass ad hoc Schiedsverfahren oder das diplomatische Modell im Bereich des Wirtschaftsrechts und der Menschenrechte der Konfliktlösung durch Gerichte grundsätzlich überlegen sind. Es ist sogar anzunehmen, dass internationale Abkommen, welche Märkte und die in diesen Märkten Tätigen (wie z. B. Einzelne und Wirtschaftsbeteiligte) zum Gegenstand haben, besser von Gerichten als von diplomatischen Gremien gehandhabt werden. Urteile internationaler Gerichte sind in höherem Maße geeignet, Gerechtigkeit zu garantieren, als Entscheidungen, die von Regierungsvertretern hinter verschlossenen Türen getroffen wurden oder Entscheidungen, die von ad hoc Schiedsgerichten stammen. Im Wirtschaftsrecht stellt der Umstand, dass Verbraucher und andere Gruppen, welche diffuse Interessen vertreten, wie Umweltschützer, kaum Zugang zu den entsprechenden Ausschüssen haben, ein starkes Argument gegen die diplomatische Konfliktlösung dar. Diplomaten haben womöglich eine Tendenz, Unternehmerinteressen anderen Interessen vorzuziehen. Auch Regierungen werden wohl von der Entpolitisierung des internationalen Rechts, das mit der Justizialisierung einhergeht, profitieren. Das ist offensichtlich im Fall kleiner Länder. Regierungen großer Staaten werden es oft bevorzugen, ihre Probleme diskret von ihren Vertretern lösen zu lassen. Doch auch für die großen Länder birgt die Möglichkeit, vor Gericht gehen zu können, Vorteile. Zunächst kann sich ihr Ruf verbessern, falls sie sich mit Rechtsproblemen auf dem offenen Forum eines Gerichts auseinandersetzen. Zweitens kann es in bestimmten Situationen vorteilhaft sein, von einem Gericht wegen Zuwiderhandlung gegen internationales Recht verurteilt zu werden, anstatt gezwungen zu sein, das nationale Recht aus eigener Initiative zu ändern. Das bedeutet allerdings nicht, dass das Europäische Modell mit seinem breiten Zugang für Einzelne und Wirtschaftsbeteiligte in anderen Teilen der Welt mit anderen Traditionen und anderer Geschichte übernommen werden muss.

Sofern nationale oder internationale Sicherheit involviert ist, mag sich die Sachlage anders darstellen. Beispielsweise hat das U.S. State Department unlängst gewarnt, dass die Bejahung der Zuständigkeit amerikanischer Gerichte in einem Fall, der von Klägern in Indonesien gegen ExxonMobil vor einem U.S. Gericht anhängig gemacht wurde, die Zusammenarbeit Indonesiens mit den Vereinigten Staaten bezüglich des ganzen Spektrums diplomatischer Initiativen, darunter auch der Terrorismus-Be-

¹⁰¹ Trachtman/Moreman (Fn. 84), S. 247.

¹⁰² Ebd., S. 241 mit Verweis auf Petersmann, Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law (1991), S. 285.

kämpfung, beeinträchtigen könnte. 103 Zugleich darf man nicht übersehen, dass in Fällen, in denen es um den Kampf gegen den Terrorismus geht, Menschenrechtsfragen auf dem Spiel stehen können. Zur Zeit sind Fälle vor dem EuG anhängig, die von Klägern anhängig gemacht wurden, welche als des Terrorismus verdächtigte Personen aufgelistet und vom Rat bezichtigt wurden, Mitglieder von Al-Qaida oder ETA zu sein. Die Frage ist, wie sorgfältig diese Listen zusammengestellt werden.

Schließlich wurde gefragt, ob die Verbreitung internationaler Gerichtshöfe die Kohärenz des internationalen Rechtssystems bedrohe. 104 Ich bin nicht sicher, ob dies ein wirkliches Problem darstellt. Die Annahme, dass vor der Verbreitung relativ kohärente Ansichten betreffend der Theorien des Internationalen Rechts herrschten, 105 ist wahrscheinlich fragwürdig, insbesondere im Lichte dessen, was in diesem Artikel das Europäische Modell genannt wird. Aber selbst wenn es eine Erosion eines zuvor kohärenten Systems gäbe, so könnte man argumentieren, dass die Vielzahl der internationalen Gerichtshöfe ein Experimentieren und Erforschen ermöglicht, so dass die verschiedenen Konzepte miteinander konkurrieren. Letztlich wird man dann annehmen dürfen, dass sich die besten Ideen auf breiter Basis durchsetzen werden. Damit würde ein Beitrag zum Bestand des internationalen Rechts geleistet. "106

Brief von Taft, IV, Legal Adviser, U.S. Department of State, an Honorable Louis F. Oberdorfer, U.S. District Court for The District of Columbia, S. 3, vom 29. Juli 2002, aufrufbar unter http://lrights.igc.org/projects/corporate/exxon/stateexxonmobil.pdf (letztmals aufgerufen im April 2005).

¹⁰⁴ Charney, The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals, New York University Journal of International Law and Politics 31 (1999), S. 697, 699.

¹⁰⁵ Ebd

¹⁰⁶ Ebd., S. 700.

Benjamin Gündling*

Grundstrukturen und Probleme des Emissionshandelssystems in Deutschland

Abstract

Zum 1.1. 2005 wurde in Deutschland der Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten eingeführt. Von den 25 am europäischen Emissionshandel teilnehmenden Staaten ist Deutschland damit eines der ersten Länder, das aktiv in den Handel mit Emissionsberechtigungen eintritt. Aber nicht nur auf supranationaler, sondern auch auf internationaler Ebene kommt Deutschland damit eine Vorreiterrolle zu. Denn noch vor Inkrafttreten der völkerrechtlichen Vorgaben im Kyoto-Protokoll am 16.2. 2005 hat Deutschland ein ausdifferenziertes Rechtsregime für den Zertifikatehandel geschaffen, das für weitere Unterzeichnerstaaten als Vorbild dienen könnte. Die auf internationaler und supranationaler Ebene sowie im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens vorangegangenen Verhandlungen und die intensive Begleitung des Entstehungsprozesses in der Literatur zeugen von der praktischen Bedeutung des neuen Handelssystems.

Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht an der Universität Heidelberg.

I. Hintergrund und Funktionsweise

Für den dogmatisch interessierten Juristen erweist sich der Emissionshandel als ergiebiges Referenzgebiet: Zum einen werden Bauelemente aus dem öffentlichen und dem Privatrecht zu einem, die Teilrechtsordnungen umgreifenden Instrument verschmolzen.¹ Zum anderen illustriert die rechtstechnische Vernetzung mit dem Immissionsschutzrecht², wie gewachsene nationale, ordnungsrechtliche Regelungssysteme durch die Umsetzung supranationaler und internationaler Vorgaben³ ergänzt und überlagert werden. Vor allem ob seiner ökonomischen Dimension⁴ reicht es weit über den Bereich der Rechtswissenschaft hinaus. Auch für Studenten, die sich nicht ohnehin vertieft mit dem Umweltrecht beschäftigen, bietet die Materie Anlass, sich mit der Europäisierung⁵ und Internationalisierung⁶ unserer Rechtsordnung im Allgemeinen und des Verwaltungsrechts im Speziellen, auseinanderzusetzen. Die anhaltende Debatte um die Grundprobleme des Handelssystems deuten an, dass die Problematik mit dem Inkrafttreten der Regelung nur einem vorläufigen Abschluss gefunden hat. Erste Gerichtsprozesse unmittelbar nach Erlass der Regelungen zeigen die gerichtliche und praktische Dimension des neuen Regelungsregimes auf.

Das deutsche Emissionshandelssystem⁷ ruht auf zwei Säulen: dem Treibhausgas-

¹ Deutlich wird dies an den die Teilrechtsordnungen umgreifenden Erwerbsmodalitäten, siehe unter II. 1. c) bb).

² Dazu vor allem die Ausführungen unter II.1.

³ Vgl. nur die aktuellen Informationen auf der Seite der United Nations Framework Convention on Climate Change, http://unfccc.int. Zur systematischen Bedeutung der Vorgaben des Kyto-Protokolls sogleich unter I.

⁴ Diese erschließt sich aus der Funktionsweise an sich, dazu sogleich unter I. Ausführlich zur ökonomischen Dimension Becker, Ökonomisierung und Globalisierung des Europäischen Umweltrechts: Die Richtlinie zum Handel mit Emissionszertifikaten, EuR 2005, S. 857 ff.

⁵ Statt aller zur Europäisierung des Verwaltungsrechts: Schmidt-Aβmann, Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, in: FS BVerwG (2003) S. 487 ff. und Ruffert, Die Europäisierung der Verwaltungsrechtslehre, DV 36 (2003), S. 293 ff.; zur Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts: Schoch, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, in: FS BVerwG (2003), S. 507 ff. und Ehlers, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, DVBl. 2004, S. 1441 ff.; zur Europäisierung des Umweltrechts: Peine/Samsel, Die Europäisierung des Umweltrechts und seine deutsche Umsetzung, EWS 2003, S. 297 ff.; übergreifend: Brenner/Huber, Europarecht und Europäisierung in den Jahren 2001–2003, DVBl. 2004, S. 863 ff.

⁶ Buck, Internationalisierung von Recht – Wandel in der deutschen Rechnungslegung, JZ 2004, S. 883 ff.; Tietje, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, DVBl. 2003, S. 1081 ff. und Voßkuhle, Die Renaissance der "Allgemeinen Staatslehre" im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung, JuS 2004, S. 2 ff.

⁷ Zu den Grundstrukturen Michaelis, Das europäische Emissionshandelssystem, fi JA 2005, S. 71 ff.; ders./Holtwisch, Die deutsche Umsetzung der europäischen Emissionshandelsrichtlinie, NJW 2004, S. 2127 ff.; Sudmann/Fisahn, Die Umsetzung des Emissionshandels in Deutschland, UPR 2004, 414 ff.; Kreuter-Kirchhof, Die europäische Emissionshandelsrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland, EuZW 2004, S. 711 ff.; Mutschler/Lang, Das System

Emissionshandelsgesetz (TEHG)⁸ und dem Zuteilungsgesetz 2007 (ZuG 2007)⁹. Das TEHG schafft den rechtlichen Rahmen des Systems und enthält Regelungen zur Genehmigung und Überwachung der Treibhausgas-Emissionen, zum Verfahren der Zuteilung und zum Handel mit Berechtigungen¹⁰. Für die Praxis sowie die Funktionsweise des Systems relevante Details liefert das ZuG 2007.¹¹ Inhaltlich basiert es auf dem Nationalen Zuteilungsplan (NAP)¹², welcher am 31.3. 2004 nach langen Verhandlungen¹³ nach Brüssel gemeldet wurde. Beide Gesetze dienen der Umsetzung der Emissionshandelsrichtlinie (EHRL)¹⁴, durch welche wiederum der Verpflichtung aus dem Kyoto-Protokoll (KP)¹⁵, Treibhausgasemissionen effektiv aber unter möglichst geringer Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entwicklung und der Beschäftigungslage zu senken¹⁶, entsprochen werden soll.¹⁷

des Emissionshandels und seine Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Unternehmen, DB 2004, S. 1711 ff. und *Kobes*, Grundzüge des Emissionshandels in Deutschland, NVwZ 2004, S. 513 ff.

- 8 Gesetz v. 8. 7. 2004, BGBl. I, S. 1578 ff., dazu Hölscher, Die künftige Regulierung des Emissionshandels auf Bundes- und Landesebene. Der Versuch einer ersten Bewertung des TEHG, DÖV 2004, S. 834 ff. Zum Gesetzgebungsverfahren (auch des ZuG 2007 [nachfolgende Fn.) vgl. Kobes, (Fn. 7), 515 und Weidemann, Emissionserlaubnis zwischen Markt und Plan Rechtsstaatsrelevante Probleme des Emissionshandels, DVBl. 2004, S. 727 (727 f.). Noch zur Entwurfsphase Marr, Emissionshandel in Deutschland. Der Entwurf des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes und der Verordnung zur Umsetzung der Emissionshandels-Richtlinie für Anlagen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, EurUP 2004, S. 10 ff. Mit Maslaton, Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz, 1. Auflage 2005 ist nunmehr bereits der erste Handkommentar verfügbar.
- 9 Gesetz v. 26. 8. 2004, BGBl. I, S. 2211 ff.; dazu ausführlich Schweer/Ludwig, Der erste nationale Zuteilungsplan für handelbare Emissionszertifikate, DVBl. 2004, S. 932 ff. (dort auch zur Entstehungsgeschichte) sowie zu Problemen des Zuteilungsplanes Begemann/Lustermann, Emissionshandel: Probleme des Anwendungsbereichs und Auslegungsfragen zu Härtefallregelungen des ZuG 2007, NVwZ 2004, S. 1292 ff. und Burgi, Grundprobleme des deutschen Emissionshandelssystems: Zuteilungskonzept und Rechtsschutz, NVwZ 2004, S. 1162 (1163 ff.). Die Zuteilungskriterien sind streng an den Vorgaben der EHRL, vor allem deren Anhang III ausgerichtet.
- 10 Im Folgenden werden die Begriffe "Zertifikate" (Duktus der EHRL) und "Berechtigungen" (Duktus des TEHG) synonym verwendet.
- 11 Entsprechend ist gerade das ZuG 2007 Ansatzpunkt für Kritik und erste Klagen, dazu unter III. 1. und 2.
- 12 Download auf den Internetseiten des BMU als .pdf unter: http://www.bmu.de/files/nap_kabinettsbeschluss.pdf., dazu Giesberts/Hilf, Emissionshandel: Der deutsche Allokationsplan, EurUP 2004, S. 21 ff.
- 13 Vgl. Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 932.
- 14 Richtlinie 2003/87/EG, ABl.EG Nr. L 275 vom 25. 10. 2003, S. 32 ff.; eingehend zur Richtlinie Burgi, Emissionszertifikate als Eigentum im Sinne von Art. 14 Grundgesetz, RdE 2004, S. 29 ff. und Reuter/Busch, Einführung eines EU-weiten Emissionshandels Die Richtlinie 2003/87/EG, EuZW 2004, S. 39 ff., weitere Nachweise bei Kobes, (Fn. 7), S. 513, dort Fn. 1.
- 15 Protokoll von Kyoto vom 11. 12. 1997 (BGBl. II 2002, S. 966) zur UN-Klimarahmenkonvention (BGBl. II 1993, S. 1784).
- 16 Gesamtziel ist die Reduktion der Treibhausgasemissionen bis 2012 um insgesamt 8 % gegenüber 1990. Die EU-Mitgliedstaaten übernehmen dabei im Rahmen des sog. burden sharings

Die Emissionsminderungen, die zum Erreichen des Kyoto-Ziels erforderlich sind, sollen dort stattfinden, wo sie die geringsten Kosten verursachen. Dazu bedient man sich Marktmechanismen: Nach dem 1. 1. 2005 müssen die erfassten Anlagenbetreiber für jedes Betriebsjahr jeweils bis zum 30. 4. (also erstmals 2006) CO₂-Berechtigungen im Umfang der Gesamtmenge ihrer Emissionen des vorangegangenen Kalenderjahrs vorweisen können und abgeben. Zunächst werden dazu unentgeltlich nach Maßgabe des ZuG 2007 zu Beginn des Jahres an die Anlagenbetreiber Berechtigungen zugeteilt. Diese werden jedoch nicht für den status quo emissionis ausreichen. Denn mit dem Allokationsplan werden nur so viele – bzw. wenig – Zertifikate zugeteilt, dass Deutschland zugleich seine Verpflichtungen zur Emissionsverringerung erfüllt. An dieser Stelle setzt das neue Instrument an: einerseits werden Emissionen begrenzt (cap), andererseits Handelsmöglichkeiten (trade) eingeführt. Zentralmechanismus ist mithin ein Handelssystem mit absoluter Mengenbegrenzung (cap and trade). Die Zertifikate (EHRL-Begriff) bzw. Berechtigungen

⁽Art. 2 II i. V. m. Anhang II der Entscheidung 2002/358/EG des Rates vom 25.4. 2002, ABl.EG Nr. L, S. 130, vom 15.5. 2002) schr unterschiedliche Verpflichtungen (Auflistung bei Kobes, [Fn. 7], S. 513, dort Fn. 4). Deutschland verpflichtete sich zur Reduktion um 21 %. Bereits zwischen 1990 und 2001 sind die Emissionen um 18,3 % gesunken, vgl. Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 933, dort Fn. 7 oder zum Ganzen auch Michaelis/Holtwisch, (Fn. 7), S. 2127.

¹⁷ Sudmann/Fisahn, (Fn. 7), S. 414 m. w. N. Zu den den Gesetzen vorangegangenen "Phasen" der Verwirklichung des ökologischen Steuerungsinstruments "Emissionshandel" vgl. Burgi, (Fn. 9), S. 1163.

¹⁸ Zur Theorie des Emissionshandels Bader, Europäische Treibhauspolitik mit handelbaren Emissionsrechten, 2000, S. 33 ff. sowie bereits Michaelis, Ökonomische Instrumente der Umweltpolitik, 1996, S. 31 f.

¹⁹ Vgl. Sudmann/Fisahn, (Fn. 7), S. 416 oder Kobes, (Fn. 7), S. 518. Selbst wenn die EG für künftige Handelsperioden eine entgeltliche Abgabe ermöglichen sollte (Nach Art. 10 EHRL könnten in der 2. Periode 10 % der Zertifikate entgeltlich abgegeben werden), wird sich daran jedenfalls in Deutschland aufgrund verfassungsrechtlicher Rahmenvorgaben voraussichtlich nichts ändern. Denn es ist keine Leistung des Staates ersichtlich, welche durch ein Entgelt abgegolten werden könnte. Die Tätigkeit als "Systemadministrator" des Handelssystems ist infolge der bundesstaatlichen Finanzverfassung aus Steuermitteln und ggf. durch Verwaltungsgebühren, nicht aber durch eine Art Vorteilsabschöpfung zu finanzieren, dazu Burgi, (Fn. 9), S. 1164, dort mit Fn. 23 sowie Fn. 13 zu dem durch Burgi bereits zuvor geprägten Terminus des "Systemadministrators"). Zu den Folgen des "Ökosteuerurteils" des BVerfG für den Emissionshandel Frenz, Das Ökosteuer-Urteil und seine Folgen für den Emissionshandel, NuR 2004, S. 429 ff.

²⁰ Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 933. Rechtstechnisch wird dies dadurch bewirkt, dass vor allem beim Regelfall der Zuteilung für bestehende Anlagen Zertifikate nach Maßgabe eines Erfüllungsfaktors unter 1 ausgeteilt werden (näher unter II. 2.b)), so dass man im Regelfall zunächst weniger Berechtigungen bekommt, als gegenwärtig emittiert wird.

²¹ Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 933.

²² Michaelis/Holtwisch, (Fn. 7), S. 2128. Es handelt sich also um eine janusköpfige Figur zwischen Markt und Staat, da nicht allein der Preis die Funktion der Allokation übernimmt. Mit kritischen Anklängen daher Weidemann, (Fn. 8), S. 728: "Es handelt sich um ein ökonomisch wirkendes Zwangssystem des Umweltstaates, nicht um ein marktwirtschaftliches Instrument." oder später in Anlehnung an di Fabio: "Grenzgänger zwischen Freiheit und Zwang." (a. a. O., S. 728 f.).

(TEHG-Begriff) sind Ausdruck einer begrenzten Verfügbarkeit von Umweltgütern, deren Verbrauchskosten dem jeweiligen Verursacher angelastet werden (Internalisierung).²³ Weil die Gesamtmenge der zuzuteilenden Zertifikate die historischen Emissionen nicht erlaubt, werden irgendwo Emissionen eingespart werden müssen. Für Anlagenbetreiber bestehen nun zwei Optionen: Entweder werden die Emissionen der eigenen Anlage reduziert oder man erwirbt auf dem Markt weitere Emissionsberechtigungen. Wer hingegen seine Emissionsreduktionen bis zum nächsten Rückgabedatum übererfüllt, kann überschüssige Lizenzen verkaufen.²⁴ Als Wirtschaftsteilnehmer sind die Anlagenbetreiber prinzipiell bestrebt, diese knappen Güter mittels der Marktmechanismen zu verteilen. Handelsanreize entstehen, wenn eine Tonne CO2 bei dem einen Teilnehmer zu geringeren Kosten eingespart werden kann als bei anderen. Der erste wird potentiell zum Verkäufer, der letzte zum Käufer von Zertifikaten. Theoretisch entsteht dadurch ein Wettbewerb um die klimaschonendste, effektivste und effizienteste Technologie. Aus Klimaschutzgesichtspunkten soll es dabei belanglos sein, an welcher Stelle die gewünschte Menge CO2 verringert wird, da lokale Konzentrationen von CO2 mit keinen weiteren (lokalen) Umweltbeeinträchtigungen einhergehen.²⁵ Erfahrungen mit derartigen Handelssystemen haben die USA, Großbritannien und Dänemark.26 Gegenüber rein ordnungsrechtlichen Modellen sollen ca. 30 %, bei Einbeziehung der übrigen flexiblen Instrumente des Kyoto-Protokolls27 sogar bis zu 50 % der Vermeidungskosten eingespart werden können.²⁸

II. Die zwei Säulen der neuen deutschen Regelung

Wenden wir uns den eingangs benannten zwei Säulen zu, durch welche das Treibhausgas-Emissionshandelssystem (TEH) nun Eingang in unserer Rechtsordnung gefunden hat: Das TEHG (1.) und das ZuG 2007 (2.). Besonders das Umweltrecht stellt den Gesetzgeber hinsichtlich der Umsetzung supranationaler Vorgaben vor große Herausfor-

²³ Michaelis/Holtwisch, a. a. O.

^{24 § 6} IV 4 TEHG sieht grundsätzlich die Möglichkeit eines sog. "banking" vor, wonach Zertifikate aus der ersten Periode (2005 bis 2007) in die zweite Periode (2008 bis 2012) verschoben werden können. Zunächst schließt das ZuG 2007 in § 20 in bewusster Abweichung von § 6 IV 4 TEHG ein banking jedoch aus. In der zweiten Handelsperiode könnte ein banking jedoch erlaubt sein und so den betroffenen Unternehmen neben der räumlichen auch eine zeitliche Flexibilität bei der Erfüllung der Reduktionsverpflichtungen eingeräumt wird, vgl. Sudmann/Fisahn, (Fn. 7), S. 417.

²⁵ Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 933. Für die europäischen Industrieländer wird man zudem bedenken müssen, dass zusätzlich vergleichsweise strikte Grenzwerte gelten, so dass die Gefahr einer vollkommen schiefen Emissionsverteilung nicht besteht.

²⁶ Zum Emissionshandel in Großbritannien Corino/Jones/Hawkes, Der Handel mit Treibhausgas-Emissionsrechten. Das Kyoto-Protokoll, die geplante EG-Richtlinie und das Handelssystem in Großbritannien, EuZW 2002, S. 165 (168 f.).

²⁷ Deren Einführung ist in Vorbereitung, vgl. Ausblick unter IV.

²⁸ Näher Michaelis/Holtwisch, (Fn. 7), S. 2128 m. w. N.

derungen²⁹. Es gilt eher prozedural- oder wie im Falle der TEH marktorientierte neue Instrumente in das gewachsene, mehr an ordnungsrechtlichen Lösungen orientierte Rechtssystem zu implantieren. Bei oberflächlicher Betrachtung wirkt das TEH an dem Platz, welchen ihm der Gesetzgeber systematisch zugewiesen hat, eher wie ein Fremdkörper. Denn rechtstechnisch wurde das System an das eher ordnungsrechtliche Züge tragende Genehmigungsrecht des Bundesimmissionsschutzgesetzes angedockt. Ist die Operation gelungen? Grundsätzlich wird man dies bejahen können. Bei näherem Hinsehen erweist sich diese Verkoppelung als gelungene Symbiose: Vorhandene (ordnungsrechtliche) Instrumente³⁰ werden genutzt, um dem in die gewachsene Rechtsordnung zu integrierenden System zu effektiver Geltung zu verschaffen.

1. Erste Säule: Der Rahmen des TEHG

Will man sich das normative, bisweilen verästelte und mit verlinkten Details versehene System des TEH erschließen, nähert man sich diesem sinnvoller Weise durch eine Betrachtung des TEHG. Es klärt darüber auf, welche Anlagen überhaupt betroffen sind und enthält rechtliche Aussagen über die Grundfunktion des Systems nach deutscher Konzeption³¹. Es legt die Grundlagen des Systems von welchen aus man in das Herzstück des Systems vordringen kann: dem ZuG 2007 (2.).

a) Anwendungsbereich nach dem TEHG

Das TEHG gilt gem. § 2 für die abschließend in Anhang I des TEHG aufgeführten Anlagen und Tätigkeiten. In enger Anlehnung an die Voraussetzungen und Ausnahmen³² der EHRL sind vorwiegend energieintensive³³ Anlagen erfasst. Über den Anwendungsbereich erfolgt eine gewisse Parallelisierung von TEH und dem vorhandenen Recht für genehmigungsbedürftige Anlagen im BImSchG. Denn bisher34 sind

Dazu grundlegend Klöpfer, Die europäische Herausforderung - Spannungslagen zwischen deutschem und europäischem Umweltrecht, NVwZ 2002, S. 645 ff.

Neben dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren an sich ist vor allem die nachträgliche Anordnung nach § 17 BImSchG zu nennen, dazu sogleich.

Freilich handelt es ich um ein auf europarechtlichen und letztlich internationalen Vorgaben beruhendes System (vgl. I.). Dabei lassen sich jedoch zwei Beobachtungen machen: Von der internationalen über die europäische zur nationalen Ebene nimmt zum einen die Kompromisshaftigkeit der Regelungen ab und die Regelungsdichte zu. Sicherlich handelt es sich hierbei um einen Befund, der so oder ähnlich auf viele, im Mehrebenensystem geregelte Bereiche zutrifft. Bezogen auf das TEH erklärt dies "Phänomen", warum man durchaus vom deutschen TEH reden kann. Auf Abweichungen von Vorgaben, bzw. konkrete Ausformungen von auf Europarechtsebene flexibel gehandhabten Regularien wird an ausgewählten Stellen hingewiesen.

³² Nicht in den Anwendungsbereich des TEHG fallen zum Beispiel Anlagen, die der Forschung, Entwicklung oder Erprobung dienen (§ 2 IV TEHG).

Von diesen so genannten "Kerntätigkeiten" sollen rund 46 % der geschätzten Kohlendioxidemissionen in der Europäischen Gemeinschaft ausgehen, Nr. 11 KOM (2001) 581 endg.

Da das System offen für Modifikationen und vor allem Ausweitungen ist (vgl. den Ausblick unter IV.), kann sich dies ändern. Ausweislich des Systemkontextes (Anknüpfen an Emissionsmengen) wird die grundsätzliche Ankoppelung an das BImSchG wohl bleiben.

ausschließlich immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige³⁵ Anlagen³⁶ betroffen.³⁷ In der ersten Handelsperiode (2005 bis 2007) erstreckt sich das System zudem zunächst nur auf CO₂-Emissionen³⁸ (§ 2 I i. V. m. Anhang I TEHG).³⁹

b) Genehmigung und Überwachung⁴⁰

Treibhausgase dürfen nach §4 I TEHG zukünftig nur noch emittiert werden, wenn dafür eine Genehmigung vorliegt. Die Genehmigung ist auf Antrag zu erteilen, sofern der Betreiber in der Lage ist, die durch seine Tätigkeit verursachten Emissionen zu ermitteln und darüber Bericht zu erstatten (§ 4 II TEHG). Der Antrag ist spätestens zusammen mit dem Zuteilungsantrag zu stellen. 41 Die Genehmigung enthält neben der Verpflichtung, Berechtigungen in Höhe der Gesamtemissionen der Anlage in iedem Kalenderjahr abzugeben (§ 4 V Nr. 5 TEHG), vor allem Überwachungsauflagen und Auflagen zur Berichterstattung. Funktional fungiert die Genehmigung als "Teilnahmeberechtigung" für das Emissionshandelssystem.⁴² Die speziell damit zusammenhängenden Fragen betreffen weniger das Zuteilungskonzept, als mehr das Verhältnis zu Immissionsschutzrecht und Immissionsschutzgenehmigung: § 4 VII TEHG bestimmt, dass die Anforderungen der §§ 5 und 6 I TEHG (vor allem hinsichtlich der Ermittlung von Emissionen) "als Bestandteil" der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung anzusehen sind. Obwohl die Genehmigung nach §4 TEHG prinzipiell selbständig neben die immissionsschutzrechtliche Genehmigung treten soll⁴³, kommt ihr so lange keine eigenständige Bedeutung zu, als nur nach Im-

³⁵ Vgl. BT-Drs. 15/2328, S. 10.

³⁶ Soweit bestimmte Leistungs- und Kapazitätsgrenzen überschritten werden, etwa Anlagen zur Energieumwandlung und -umformung, Anlagen der Eisenmetallerzeugung und -verarbeitung sowie Anlagen zur Herstellung von Zementklinker oder Kalk, von Glas, von keramischen Erzeugnissen, von Zellstoff aus Holz und anderen Faserstoffen sowie von Papier und Pappe, näher auch zu Abgrenzungsfragen Kobes, (Fn. 7), S. 515 f. Nicht in den Anwendungsbereich des TEHG fallen zum Beispiel Anlagen, die der Forschung, Entwicklung oder Erprobung dienen (§ 2 IV TEHG).

³⁷ Mit Zustimmung der Kommission können die Mitgliedsstaaten auch Anlagen einbeziehen, die unter den Werten des Anhangs I der EHRL bleiben und damit oft nicht nach dem BImSchG genehmigungsbedürftig wären (Opt-in, Art. 24 I EHRL, in Deutschland bislang nicht vorgesehen). Das TEHG greift zudem die Möglichkeit nicht auf, bis 2007 bestimmte Anlagen vom Emissionshandel zu befreien (Opt-out, Art. 27 EmissionshandelsRL).

³⁸ Womit allerdings bereits 60-80 % der anfallenden Gase abgedeckt sind, vgl. *Michaelis/Holtwisch*, (Fn. 7), S. 2128.

³⁹ Obwohl vom Geltungsbereich der Richtlinie grundsätzlich alle wesentlichen Treibhausgase (vgl. Anhang II d. EHRL) erfasst werden, ist eine Einbeziehung anderer Gase als Kohlendioxid frühestens in der zweiten Handelsperiode (2008 bis 2012) angedacht (vgl. Kobes, [Fn. 7], S. 516). Andere Treibhausgase werden dann zum Zwecke des Handels in CO₂-Äquivalente umgerechnet, vgl. Sudmann/Fisahn, (Fn. 7), S. 415.

⁴⁰ Dazu mit Kurzhinweisen zu Zuständigkeiten und Handhabung Sudmann/Fisahn, (Fn. 7), S. 415.

⁴¹ Nach § 4 IVTEHG kann die zuständige Behörde ein elektronisches Antragsverfahren vorschreiben.

⁴² Burgi, (Fn. 9), S. 1162.

⁴³ Vgl. Michaelis/Holtwisch, (Fn. 7), S. 2129 oder Kobes, (Fn. 7), S. 516.

missionsschutzrecht genehmigungsbedürftige Anlagen am Handelssystem teilnehmen. Denn gem. § 4 VI TEHG ist bei nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftigen Anlagen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung als Emissionsgenehmigung i. S. des TEHG anzusehen. Bei Altanlagen wird nach § 4 VII TEHG die bestehende Genehmigung – nach erneuter Anzeige durch den Betreiber – um die Anforderungen zur Ermittlung der Treibhausgasemissionen (§ 5 TEHG) und zur Abgabe einer den Vorjahresemissionen entsprechenden Berechtigungsmenge (§ 6 I TEHG) ergänzt. 44 Die weiteren Absätze des § 4 TEHG bewirken eine Abstimmung der im BImSchG vorgesehenen Reaktionsformen mit den Reaktionsformen des Emissionshandelsrechts. Sofern die Genehmigung die in §4 VII TEHG vorgesehenen Konkretisierungen nicht über Nebenbestimmungen erlaubt, ist sie damit durch nachträgliche Anordnung gem. § 17 BImSchG anzupassen. Voraussichtlich wird hiervon häufig Gebrauch zu machen sein, da die bisherigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen zumeist die einschränkungslose Emission von Treibhausgasen gestatten. 45 Auch der Vollzug ist partiell parallelisiert, denn § 20 I TEHG legt als zuständige Behörde die nach Landesrecht zuständige Immissionsschutzbehörde fest. 46 Das BImSchG selbst wurde geändert und dem TEH angeglichen: In Absatz 1 des §5 wurden Regelungen eingefügt, welche die künftige Bedeutung der Vorsorgepflicht nach § 5 I Nr. 2 und des Energieeffizienzgebots nach § 5 I Nr. 4 betreffen. 47

Nach § 5 I TEHG sind die Betreiber verpflichtet, die Emissionen eines Kalenderjahres zu ermitteln und bis 1. März des Folgejahres darüber zu berichten. 48 Der jeweilige

⁴⁴ Zu Fragen des Vertrauens- und Bestandsschutzes der Betreiber von genehmigten Altanlagen Weidemann, (Fn. 8), S. 731 ff., (dort allerdings noch auf der Basis des vorangegangenen Gesetzesentwurfs).

⁴⁵ So Michaelis/Holtwisch, (Fn. 7), S. 2129. Für CO₂, auf das bis zu 80 % der Treibhausgasemissionen entfallen, finden sich in den Bundesimmissionsschutzverordnungen keinerlei Grenzwerte, was seine Ursache darin hat, dass deren schädliche Effekte nicht im Einwirkungsbereich der emittierenden Anlage, sondern in der Atmosphäre auftreten (etwas anders gilt für das Treibhausgas Methan, welches ggf. künftig vom System mit umfasst wird, vgl. den Ausblick unter IV.). Es bedarf daher einer zusätzlichen Begrenzung der CO₂ Emissionen unter Orientierung am Vorsorgegebot (vgl. Mager, Das europäische System für den Handel mit Treibhausgas-Emissionszertifikaten und sein Verhältnis zum Anlagenordnungsrecht, DÖV 2004, S. 561 f.). Eben hier lässt sich eine gewisse Freiheitsbeschränkung festmachen, welche zudem Gleichheitsfragen aufwirft. Denn die betroffenen Anlagenbetreiber (nicht aber eventuelle Konkurrenten, die nicht in den Anwendungsbereich fallen) bedürfen einer zusätzlichen Genehmigung sowie vor allem der Zuteilung von "Verschmutzungsrechten" und werden somit "aus einer gesicherten Rechtsposition in die Rolle von Bedürftigen" gedrängt (so Weidemann, [Fn. 8], S. 727).

⁴⁶ Im Übrigen, d. h. für die Zuteilung der Emissionsberechtigungen, die Überwachung des Handels etc. ist das Umweltbundesamt zuständig.

⁴⁷ Näher zum Verhältnis des gemeinschaftsweiten Emissionshandels zum Anlagenordnungsrecht unter Berücksichtigung auch der Vorgaben der IVU-Richtlinie für das Immissionsschutzrecht Mager, (Fn. 45), S. 564 ff.

⁴⁸ Siehe dazu die detaillierten Monitoring-Guidelines, ABIEG Nr. L 59, S. 2, vom 26. 2. 2004, welche Maßstab für die entsprechende Rechtsverordnung der Bundesregierung sind, deren Erlass in § 5 I 2 TEHG vorgesehen ist.

Bericht muss vor seiner Abgabe von einer behördlich zugelassenen sachverständigen Stelle verifiziert worden sein (§ 5 III TEHG). Sofern der zuständigen Behörde bis zum 1. März eines Jahres kein ordnungsgemäß erstellter und geprüfter Bericht vorliegt, so hat sie eine Kontosperrung zu verfügen. Widerspruch und Klage gegen diese Entscheidung haben keine aufschiebende Wirkung (§ 17 II TEHG). Die Sperrung wird erst aufgehoben, sobald der Bericht ordnungsgemäß vorliegt (§ 17 I 2 TEHG).

c) Erwerb und Handel von Berechtigungen

Erwerb, Handel und spätere Abgabe der Berechtigungen ist Dreh- und Angelpunkt des Emissionshandelssystems. Das TEHG hält hierfür den Rahmen bereit.

aa) Funktionsprinzip

Betreiber einer Anlage müssen spätestens am 30. April jeden Jahres, erstmals 2006, eine Anzahl von Berechtigungen abgeben, die den Gesamtemissionen der Anlage im vorhergehenden Kalenderjahr entspricht (§6 I TEHG). Der Verstoß gegen diese Pflicht ist sanktionsbewährt. Erst diese Verpflichtung und die mit ihrer Erfüllung verbundene Löschung auf dem entsprechend eingerichteten Konto der Berechtigungen durch die zuständige Behörde (vgl. §14 II 1 u. 2 TEHG) schafft für die Anlagenbetreiber den Anreiz, ihre Treibhausgasemissionen zu vermeiden oder zu reduzieren und damit Betriebskosten zu senken. Während die Emissionsgenehmigung regelt, ob eine Anlage Treibhausgase ausstoßen darf, wird über die Menge der Berechtigungen festgelegt, in welchem Umfang Kohlendioxid ausgestoßen werden darf. Dabei berechtigt nach §3 IV TEHG eine Berechtigung zur Emission von einer Tonne Kohlendioxidäquivalent, d. h. von einer Tonne Kohlendioxid oder einer Menge eines anderen Treibhausgases mit einem äquivalenten Erderwärmungspotenzial. Die Gültigkeitsdauer der Berechtigungen erstreckt sich jeweils über die gesamte Zuteilungsperiode, für die sie vergeben wurden (§6 IV 1 TEHG).

bb) Erwerbsmodalitäten

Das Gesetz lässt gegenwärtig zwei Formen des Erwerbs von Berechtigungen zu: eine behördliche Zuteilung staatlich geschaffener Berechtigungen (1) und die rechtsgeschäftliche Übertragung (2) derartiger Berechtigungen.⁵⁰

⁴⁹ Vgl. § 18 TEHG. Beachtlich ist insoweit weniger die vorgesehene Geldbuße, als mehr, dass die Namen der Verantwortlichen nach § 18 IV TEHG veröffentlicht werden. Ausführlich zur Durchsetzung und Kontrolle des Systems Sudmann/Fisahn, (Fn. 7), S. 417 f. oder auch Michaelis/Holtwisch, (Fn. 7), S. 2131.

⁵⁰ Im Zuge der an die Mechanismen des Kyoto Protokolls (KP) anknüpfenden Änderungsrichtlinie (dazu kurz unter IV.) wird eine dritte Form des Erwerbs, nämlich die Anerkennung von im Auslandes erzeugten Berechtigungen (Joint Implementation, Art. 6 KP; Clean Development Mechanism, Art. 12 KP.) und ihre Umwandlung in Berechtigungen des europäischen Emissionshandelssystems (§ 13 II TEHG) einzuführen sein.

(1) Zuteilung

Die Zuteilung der Berechtigungen hat öffentlich-rechtlichen Charakter⁵¹, sie erfolgt in Form eines Verwaltungsaktes⁵². Auf sie besteht ein Rechtsanspruch (§ 6 II i. V. m. § 9 I TEHG). Die Menge der zuzuteilenden Berechtigungen ergibt sich aus dem Gesetz über den Nationalen Zuteilungsplan⁵³ (§ 9 I TEHG). Die für eine Handelsperiode insgesamt zugeteilten Berechtigungen werden anteilig jährlich bis zum 28. Februar ausgegeben⁵⁴ (§ 9 II 2 TEHG). Die Zuteilung setzt einen schriftlichen Antrag voraus, dessen Inhalt von einer sachverständigen Stelle verifiziert worden sein muss (§ 10 I TEHG).

(2) Übertragung

Um einen möglichst uneingeschränkten Handel zu ermöglichen, sind die Berechtigungen zwischen Personen innerhalb der europäischen Gemeinschaft sowie zwischen diesen und Personen in bestimmten Drittländern zivilrechtlich⁵⁵ frei übertragbar (§§ 6 III, 13 III TEHG). ⁵⁶ Tatbestandlich setzt die Übertragung von Berechtigungen eine zivilrechtliche Einigung und die auf einer entsprechenden Übertragungsanweisung des Veräußerers beruhende Eintragung der Berechtigungen auf dem Konto des Erwerbers voraus (§ 14 I TEHG). Die Eintragung einer Berechtigung im Register⁵⁷ vermittelt Gutglaubensschutz (§ 14 II 1 TEHG), und zwar grundsätzlich auch für den bösgläubigen Erwerber⁵⁸. Da die Richtlinie nicht vorschreibt, wie der Handel konkret zu erfolgen hat, bleibt es dem Markt überlassen, geeignete Handelsplattformen zu entwickeln.

⁵¹ Siehe Burgi, (Fn. 14), S. 34.

⁵² Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 934 und 939; zur konkreten Durchführung der Zuteilung a. a. O., S. 939. Bis zum 23. 12. 2004 wurden alle Zuteilungsanträge abschließend bearbeitet und die Bescheide versand (Quelle: http://www.dehst.de/cln_012/nn_76410/DE/Home/Text-bausteine/Beginn_Zuteilung.html). Insgesamt nehmen 1.849 Anlagen von rund 1.200 Unternehmen der Energiewirtschaft und der energieintensiven Industrie teil. Bei einem angenommenen Preis für ein Zertifikat von 5 Euro zu Beginn des Emissionshandels verteilt der Bund Zertifikate im Wert von über 7 Milliarden Euro an die Wirtschaft in Deutschland (vgl. zu den letztgenannten Daten: http://www.bmu.de/de/1024/js/presse/2004/pm363/).

⁵³ ZuG 2007, dazu sogleich gesondert unter II. 2.

⁵⁴ Die Ausgabe erfolgt in elektronischer Form durch Überweisung auf das Konto des Betreibers, vgl. BT-Drs. 15/2328, S. 12. Verletzt ein Teilnehmer seine Berichtspflichten nach §5 TEHG, so kann die Behörde als Sanktion gem. §17 TEHG dessen Konto sperren und diesen so faktisch vom Handel ausschließen, näher Sudmann/Fisahn, (Fn. 7), S. 417.

⁵⁵ Michaelis/Holtwisch, (Fn. 7), S. 2129 oder Kobes, (Fn. 7), S. 517.

⁵⁶ Damit können sich auch solche Personen am Handel beteiligen, denen keine Berechtigungen zugeteilt wurden, vgl. *Kobes*, (Fn. 7), S. 517.

⁵⁷ Das in Form einer elektronischen Datenbank geführte Emissionshandelsregister wird durch eine speziell zuständige Behörde im Umweltbundesamt geführt, der DEHSt (Deutsche Emissionshandelsstelle), vgl. Sudmann/Fisahn, (Fn. 7), S. 417.

⁵⁸ So Kobes, (Fn. 7), S. 517 sowie Michaelis/Holtwisch, (Fn. 7), S. 2129.

cc) Ablaufplan für die aktuelle Periode⁵⁹

Am 10. März 2005 hat die EU-Kommission der deutschen Verteilung der Emissionsberechtigungen laut Nationaler Zuteilungstabelle 2005–2007 zugestimmt. Damit hat die Kommission auch die technische Verbindung des deutschen Registers mit dem europäischen Zentralregister CITL (Community Independent Transaction Log) ermöglicht. Die Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt) im Umweltbundesamt kann dadurch mit den Kontoeröffnungen im Register beginnen und die erste Tranche der Emissionsberechtigungen für 2005 (ein Drittel der Zuteilung für die Handelsperiode 2005–2007) ausgeben. Die erste Periode folgt dem nachstehenden Ablaufplan:

Datum	Verantwortlicher	Prozess	Bezug
bis 28. Februar 2005	Register	Ausgabe der Emissionsbe- rechtigungen für das lau- fende Jahr	Art. 40 EU-RegVO ⁶¹ (Entwurf)
bis 01. März 2006	Betreiber	Abgabe des verifizierten Emissionsberichts bei der zuständigen Länderbe- hörde	§ 5 (1) TEHG
bis 31. März 2006	Länderbehörden	Weiterleitung der Emis- sionsberichte an DEHSt	§§ 5 (4), 17 (1) TEHG
bis 01. April 2006	Verifizierer	Eingabe der Anzahl der zurückzugebenden Emis- sionsberechtigungen in die "Verified Emissions Table"62	Art. 27 (1) EU-RegVO (Entwurf)
bis 30. April 2006	Betreiber	Abgabe der Emissionsbe- rechtigungen gem. geprüf- tem Emissionsbericht	§§ 6, 17 TEHG
01. Mai 2006	Register	"Compliance Status Table" ⁶³ an DEHSt	Art. 56 EU-RegVO (Entwurf)
30. Juni 2006	Register	Löschung der Emissions- berechtigungen auf dem Nationalen Konto	Art. 58 EU-RegVO (Entwurf)

⁵⁹ Quelle: http://www.dehst.de/cln_012/nn_76194/DE/DEHSt/Register/Register_node.html__ nnn= true (Informationsstand 20. 10. 2004).

⁶⁰ Vgl. die Presse-Information 015/2005 des deutschen Umweltbundesamtes (UBA) vom 11.3. 2005.

⁶¹ Das ZuG 2007 enthält etliche Ermächtigungen zur näheren Konkretisierung in Rechtsverordnungen, vgl. nur § 16 ZuG 2007.

⁶² Verified Emissions Table: Tabelle, in der die verifizierten Emissionen anlagenbezogen abgelegt werden.

⁶³ Compliance Status Tabele: Tabelle, in der die verifizierten Emissionen den tatsächlich abgegebenen Emissionsberechtigungen gegenübergestellt sind.

368 StudZR 3/2005

2. Zweite Säule: Konkretisierungen im ZuG 2007

a) Makro- und Mikroplan

Der im ZuG umgesetzte nationale Allokationsplan⁶⁴ setzt sich aus zwei Komponenten zusammen⁶⁵:

Im Rahmen des *Makroplanes* wird das nationale Emissionsbudget (Zielmenge des CO₂-Ausstoßes) auf Treibhausgase und Sektoren aufgeteilt und die Gesamtzahl der zuzuteilenden Berechtigungen festgelegt.⁶⁶ Dieses Ziel beträgt in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 859 Mio., in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 844 Mio. Tonnen Kohlendioxid je Jahr (§ 4 I 2 u. 3 ZuG 2007).⁶⁷

Nach Maßgabe eines *Mikroplans* wird festgelegt, nach welchen Kriterien die Zuteilung vorgenommen wird und welche Berechtigungsmenge sich hieraus für die einzelnen Anlagen ergibt. Die Zuteilung richtet sich dabei nach allgemeinen und besonderen Zuteilungsregeln.

Als Reserve bleiben Berechtigungen von 9 Mio. t Kohlendioxidäquivalent den nach § 11 ZuG 2007 ergehenden Zuteilungsentscheidungen vorbehalten. Soweit Berechtigungen nach § 7 IX ZuG 2007 oder infolge eines Widerrufs von Zuteilungsentscheidungen nach Maßgabe der §§ 8 IV, 9 I, 10 IV 2, 11 V und 14 V zurückgegeben oder nicht ausgegeben werden, fließen diese ebenfalls der Reserve zu (§ 6 II ZuG 2007).

⁶⁴ Vgl. oben unter I.

⁶⁵ Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 937; Michaelis/Holtwisch, (Fn. 7), S. 2130 und Kobes, (Fn. 7), S. 518.

⁶⁶ Grundlage der Bestimmung des Emissionsbudgets sind die Minderungsziele des Kyoto-Protokolls sowie der EU-Lastenverteilung (*burden sharing*), vgl. § 4 I ZuG 2007 sowie oben Fn. 16.

⁶⁷ Zur Verteilung dieser Mengen auf die einzelnen Sektoren (Energie und Industrie, Verkehr und Haushalte sowie Gewerbe, Handel und Dienstleistungen) vgl. § 4 II u. III ZuG 2007, vgl. auch Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 937, dort auch zur Berücksichtigung des Atomausstiegs und den Selbstverpflichtungen der Industrie in diesem Kontext. Da die Industrie freiwillig eine Reduktion auf 463 Mio. t bis 2010 zugesagt hat, liegt die der Zuteilung von 503 Mio. t bis 2007 und 495 Mio. t bis 2012 zum Sektor Energie und Industrie zugrunde liegende Reduktionsverpflichtung deutlich unter der Selbstverpflichtungsmarke, vgl. Sudmann/Fisahn, (Fn.7), S. 415. Nach Abschluss des Zuteilungsverfahrens am 23. 12. 2004 liegt die beantragte Menge an Emissionsberechtigungen über dem vom Gesetzgeber festgelegten Maximalbudget von 1.485 Mio. t CO₂ für die Jahre 2005 bis 2007 (495 Mio. t CO₂ pro Jahr). Die Überschreitung beträgt für die drei Jahre zusammen ca. 42 Mio. t (ca. 14 Mio. t pro Jahr). Bezogen auf das Gesamtbudget ergibt sich eine Überschreitung um 2,8 %. Zur Einhaltung des Maximalbudgets erfolgt darum bei einem Teil der Zuteilungen eine anteilige Kürzung (entsprechend des § 4 IV ZuG 2007). Die Kürzung wird auf alle Anlagen angewendet, die auch dem sog. Erfüllungsfaktor nach §5 ZuG 2007 unterliegen. Darüber hinaus kommt die Kürzung bei Anlagen zur Anwendung, die über § 7 XII ZuG 2007 eine Zuteilung gemäß § 11 ZuG 2007 beantragt haben (sog. "Optierer", speziell dazu *Spieth/Hamer*, Emissionshandel – Rechtsfragen der Ausübung des Optionsrechts des § 7 Abs. 12 ZuG 2007, EurUP 2004, S. 244 ff.). Nicht betroffen sind dagegen Zuteilungen, bei denen das Gesetz einen Erfüllungsfaktor mit dem Wert von eins vorsieht oder aber die Anwendung des Erfüllungsfaktors ausdrücklich verneint. (Quelle: http://www.dehst.de/cln_012/nn_76410/DE/Home/Textbausteine/Beginn__Zuteilung.html).

b) Erfüllungsfaktor

§ 5 ZuG 2007 legt für die Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 einen sog. Erfüllungsfaktor mit dem Wert von 0,9709 fest. Für die Funktionsweise des Systems kommt diesem auf den ersten Blick sehr technisch anmutenden Regularium eine Schlüsselstellung zu. Sein Zweck ist es, die Menge der den einzelnen Anlagen - nach Anwendung der im Mikroplan enthaltenen Kriterien - insgesamt zuzuteilenden Berechtigungen (Gesamtmenge) so zu begrenzen, dass sie mit dem Emissionsbudget in Übereinstimmung steht.⁶⁸ Die zuzuteilende Gesamtmenge darf nämlich das Emissionsbudget nicht übersteigen, wenn das Minderungsziel erreicht werden soll.⁶⁹ Anders gewendet: Da die Summe der im Mikroplan ermittelten historischen Emissionen das Gesamtemissionsbudget im Makroplan übersteigen, müssen die Emissionen um einen bestimmten Faktor (für die aktuelle Zuteilungsperiode eben 0, 970970) reduziert werden. D. h., ein Unternehmen, das in der Basisperiode durchschnittlich 1000 t CO, ausgestoßen hat, erhält (kostenfreie⁷¹) Zertifikate i.H. v. 970,9 t CO₂. Konkret bedeutet dies, dass die individuelle Zuteilung (ohne Berücksichtigung von Sonderregelungen) um 2,91 % hinter den historischen Emissionen zurückbleibt. Ergo: Um diesen Faktor muss gespart oder zugekauft werden.

c) Zuteilungsregeln⁷²

Da die Emissionen und Einsparungspotentiale je nach Anlagentyp sehr unterschiedlich sind, enthält der nationale Zuteilungsplan differenzierte Zuteilungsregelungen und -formeln. Für einzelne Segmente⁷³ bedarf es Sonderregelungen um Wettbewerbsverzerrungen und ungerechtfertigte Benachteiligungen zu verhindern.

aa) Zuteilung an bestehende Anlagen auf Basis historischer Emissionen

Im Regelfall erfolgt gem. § 7 ZuG 2007 die Zuteilung der Berechtigungen an bestehende Anlagen im Rahmen des sog. grandfathering⁷⁴ auf der Basis deren ("historischer") durchschnittlicher Emissionen in einem bestimmten, in der Vergangenheit liegenden, Referenzzeitraum (sog. Basisperiode). Dies gilt für alle Anlagen, die vor

⁶⁸ Vgl. Sudmann/Fisahn, (Fn. 7), S. 416.

⁶⁹ Dies sei mit einem Beispiel illustriert (nach Kobes, [Fn. 7], S. 518): Wäre das Emissionsbudget in einer Periode auf 500 Mio. t. festgelegt und betrüge die Gesamtmenge 1000 Mio. t., so müsste der Erfüllungsfaktor 0,5 betragen, damit den Anlagenbetreibern nicht mehr als die nach dem Emissionsbudget zur Verfügung stehenden 500 Mio. t. zugeteilt werden. Will ein Anlagenbetreiber dann im nächsten Jahr CO₂-Zertifikate in ausreichendem Umfang vorweisen, muss er entweder die Emissionen reduzieren oder weitere Zertifikate auf dem Markt besorgen.

⁷⁰ Zur Berechung im Einzelnen Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 938.

⁷¹ Dazu ebenfalls bereits unter I.

⁷² Auch in der deutschen Literatur wurden insoweit die englischen Begrifflichkeiten übernommen, vgl. nur Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 934 ff. oder Kobes, (Fn. 7), S. 519 f.

⁷³ Vor allem bzgl. prozessbedingter Emissionen und Kraft-Wärme-Kopplungen, dazu unter II.2. c) hh) und ii).

⁷⁴ Dazu auch Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 925.

dem 31. 12. 2002 in Betrieb gegangen sind. Bei ihnen wird die Menge der zuzuteilenden Berechtigungen über die Multiplikation der durchschnittlichen jährlichen Kohlendioxid-Emissionen in der Basisperiode, dem einheitlichen Erfüllungsfaktor (s. o.) und der Anzahl der Jahre der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 ermittelt (§ 7 I 1 i. V. m. Formel 1 des Anhangs 1 zum ZuG 2007). Emittiert eine Anlage in einem Jahr wegen verringerter Kapazitätsauslastung weniger als 60 % der Emissionen in der Basisperiode, kommt die so genannte Auslastungs-Korrekturregel zur Anwendung. Die Zuteilungsentscheidung wird in diesem Fall ex-post proportional entsprechend der Veränderung der Auslastung reduziert. 75

bb) Abweichungsmöglichkeiten

370

Für den eben beschriebenen Bereich derjenigen Altanlagen, bei denen die Zuteilung auf der Basis historischer Emissionen erfolgt (§ 7 ZuG 2007), sind zwei Abweichungsmöglichkeiten gegenüber der schematischen Regelanwendung vorgesehen⁷⁶: zunächst in § 7 X ZuG, bei Vorliegen "besonderer Umstände", die im Gesetz noch näher umschrieben werden; bedeutet die Zuteilung auf Grund historischer Emissionen auch dann noch eine "unzumutbare Härte", bietet der nach heftigen Auseinandersetzungen im Gesetzgebungsverfahren⁷⁷ eingefügte § 7 XI ZuG 2007 eine Abweichungsmöglichkeit⁷⁸. An beiden Vorschriften könnten sich Auslegungsstreitigkeiten entzünden, zumal mangels Ermessen der gesamte, (teilweise grundrechtlich gestützte⁷⁹) Druck auf der Interpretation der Tatbestandsmerkmale liegen wird.⁸⁰

cc) Zuteilung für bestehende Anlagen auf Basis angemeldeter Emissionen

Für Anlagen, die zwischen dem 1. 1. 2003 und dem 31. 12. 2004 in Betrieb gegangen sind, erfolgt die Zuteilung in gleicher Weise auf der Grundlage der angemeldeten Emissionen (§ 8 I 1 ZuG 2007).⁸¹ Auf Grund des wegen ihres geringen Alters unterstellten modernen Standards findet für zwölf auf das Jahr der Inbetriebnahme folgende Kalenderjahre ein Erfüllungsfaktor keine Anwendung (§ 8 I 2 ZuG 2007).

dd) Einstellung des Betriebs von Anlagen

Im Falle der Betriebseinstellung⁸² wird die Zuteilungsentscheidung widerrufen, es sei denn, die Berechtigungen wurden vor dem Zeitpunkt der Betriebseinstellung ausge-

⁷⁵ Anzumerken ist, dass dieser negativen Korrektur keine Erhöhung der Zuteilungsmenge im Fall von Produktionssteigerungen gegenüber steht. Die in diesem Fall erforderlichen Berechtigungen kann der Betreiber nur am Markt erwerben.

⁷⁶ Vertiefend speziell dazu Begemann/Lustermann, (Fn. 9), S. 1294 ff.

⁷⁷ Dazu Burgi, (Fn. 9), S. 1165 m. N. zu den Materialien.

⁷⁸ U.a. Kobes, (Fn. 7), S. 519 hatte eine solche zuvor eingefordert.

⁷⁹ Vgl. die Ausführungen unter III. 1. b).

⁸⁰ Burgi, (Fn. 9), S. 1165.

⁸¹ Zur Berechung der anzumeldenden durchschnittlichen jährlichen Emissionen vgl. § 8 I 3 u. 4 ZuG 2007 i. V. m. der Formel 2 des Anhangs zum ZuG 2007.

⁸² Eine allgemeine Definition des Begriffs der Betriebseinstellung findet sich im ZuG 2007 nicht. Nach Kobes, (Fn. 7), S. 519, dort Fn. 77 kann zur Auslegung auf den Begriff der Stillle-

geben (§ 9 I 1 ZuG 2007). Bei Widerruf sind die Berechtigungen zurückzugeben (§ 9 I 2 ZuG 2007). Soweit der Betreiber die zum Widerruf führenden Umstände weder positiv kannte noch grob fahrlässig nicht kannte kann er sich allerdings auf den Wegfall der Bereicherung berufen (§ 9 I 3 ZuG 2007). Der Betreiber hat eine Einstellung unverzüglich anzuzeigen (§ 9 II ZuG 2007).

ee) Übertragung der Berechtigung auf Neuanlagen

Wird eine Anlage innerhalb von drei Monaten nach ihrer Stilllegung von einer neuen Anlage desselben oder eines anderen Betreibers ersetzt, in der vergleichbare Produkte wie in der Altanlage hergestellt werden, können die der Altanlage zugeteilten Berechtigungen auf Antrag für die Dauer von vier Jahren auf eine Neuanlage übertragen werden (vgl. § 10 I 1 ZuG 2007). Bei der Zuteilung für die vier Betriebsjahre wird ein Erfüllungsfaktor in Ansatz gebracht, wie er für die ersetzte Anlage Anwendung gefunden hätte (§ 10 I 2 ZuG 2007). Zudem werden für die Neuanlage weitere 14 Jahre Berechtigungen ohne Anwendung eines Erfüllungsfaktors zugeteilt (§ 10 I 3 ZuG 2007). Übersteigt die Kapazität der Neuanlage die Kapazität der ersetzten Anlage, so kann für die Differenz eine Zuteilung von Berechtigungen gem. § 11 ZuG 2007 nach den Regeln für selbständige, zusätzliche Neuanlagen (Newcomer) erteilt werden (§ 10 II 1 ZuG 2007). Ist die Kapazität der Neuanlagen geringer als die Kapazität der ersetzten Anlage, so wird die Zuteilung (nach § 10 I ZuG 2007) proportional zur Differenz reduziert (§ 10 II 2 ZuG 2007).

ff) Newcomer

Neuanlagen, für welche der Betreiber keinen Antrag auf Ersetzung nach § 10 ZuG 2007 gestellt hat, werden auf Antrag ohne Anwendung eines Erfüllungsfaktors Berechtigungen in einer Anzahl zugeteilt, die dem rechnerischen Produkt aus der zu erwartenden durchschnittlichen jährlichen Produktionsmenge, dem Emissionswert der Anlage je erzeugter Produktionseinheit⁸³ sowie der Anzahl der Kalenderjahre in der Zuteilungsperiode seit Inbetriebnahme entspricht.⁸⁴

gg) Early Action

Um Minderungsleistungen der jüngeren Vergangenheit zu honorieren, sieht § 11 ZuG 2007 eine *Privilegierung für neuerlich modernisierte Anlagen* vor. Nach § 12 I 1 ZuG 2007 setzt die zuständige Behörde bei der Zuteilung für Altanlagen (§ 7 ZuG 2007) einen Erfüllungsfaktor von 1 an, sofern ein Betreiber Emissionsminderungen aufgrund von Modernisierungsmaßnahmen, die nach dem 1. Januar 1994 beendet

gung in §§ 5 III, 20 BImSchG zurückgegriffen werden. Danach gilt der Betrieb einer Anlage als eingestellt, wenn keine dem Betriebszweck dienenden Handlungen mehr vorgenommen werden und nicht mit einer Wiederaufnahme in abschbarer Zeit zu rechnen ist.

⁸³ Der Emissionswert einer Neuanlage je erzeugter Produktionseinheit bestimmt sich nach Maßgabe von § 10 II und III ZuG 2007 unter Zugrundelegung der best verfügbaren Techniken (vgl. § 10 I 4 ZuG 2007).

⁸⁴ Vgl. auch die entsprechende Formel 3 des Anhangs auf welche § 10 I 5 ZuG 2007 verweist.

StudZR 3/2005

worden sind, nachweist. Dies gilt allerdings nicht, soweit die Minderung durch Betriebsstilllegung oder Produktionsrückgänge verursacht worden sind⁸⁵ oder aufgrund gesetzlicher Vorgaben durchgeführt werden mussten (§ 12 I 2 ZuG 2007).

hh) Prozessbedingte Emissionen

372

Hierunter fallen alle Freisetzungen von Kohlendioxid, welches als Produkt einer chemischen Reaktion entsteht, die keine Verbrennung ist⁸⁶ (z. B. bei der Roheisenproduktion). Derartige vom Betreiber nachgewiesene Emissionen werden – mit Ausnahme der unter die Bagatellgrenze von 10 % fallenden prozessbedingten Emissionen – gem. § 13 I ZuG 2007 mit einem Erfüllungsfaktor von 1 bewertet. Emittiert die gleiche Anlage auch energiebedingte Emissionen, werden diese nach den allgemeinen Zuteilungsregeln behandelt.

ii) Kraft-Wärme-Kopplung

Unter Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) ist die gleichzeitige Umwandlung von eingesetzter Energie in elektrische Energie und in Nutzwärme zu verstehen. KWK-Anlagen erweisen sich daher als eine wichtige Option bei der CO₂-Vermeidung. Allerdings ist der Ausstoß an Kohlendioxid bei gleichzeitiger Produktion von Strom und Wärme höher als der Vergleichswert bei der reinen Stromproduktion. Um negative Anreize für die Wärmeauskopplung zu vermeiden, soll diese Differenz durch die Zuteilung zusätzlicher Berechtigungen nach Maßgabe des § 12 ZuG 2007 ausgeglichen werden.

III. Problemfelder

Vor allem das ZuG 2007 ist Bezugspunkt von Kritik und Problemen (1.). Erste Prozesse offenbaren weitere Konfliktfelder (2.).

1. Bedenken gegen den Zuteilungsplan im ZuG 2007

a) Datenbasis für den Zuteilungsplan

Aufgrund des straffen Zeitrahmens für die Umsetzung erfolgte die Aquisition des Datenmaterials, auf welchem das ZuG 2007 aufbaut, ohne gesetzliche Grundlage. Man griff auf die Informationen im nationalen Emissionsverzeichnis, sowie bzgl. der einzelnen Anlagen auf die Emissionserklärungen nach §27 BImSchG i. V. m. der

⁸⁵ Zur Unterscheidbarkeit von tatsächlichen Emissionsminderungen einerseits und Produktionsrückgängen andererseits aufgrund entsprechenden Datenmaterials Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 935.

⁸⁶ Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 938. Insgesamt werden die prozessbedingten Emissionen auf 61 Mio. t. CO₂ geschätzt (BT-Drs. 15/2966, S. 24).

⁸⁷ Kobes, (Fn. 7), S. 520.

⁸⁸ Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 938.

11. BImSchVO und die Ergebnisse einer auf freiwilliger Basis durch die Landesimmissionsschutzbehörden durchgeführte Umfrage zurück. Da nicht alle Anlagenbetreiber an den freiwilligen Datenerhebungen teilnahmen⁸⁹ und nicht jedes emittierende Unternehmen eine Emissionserklärung abzugeben hat⁹⁰, sind die Daten nicht lückenlos. Zudem wurde die vorgezogenen Datenabfrage nicht durch unabhängige Gutachter überprüft, so dass sie im Hinblick auf die Vorgaben in Art. 14 und 15 i. V. m. den Anhängen V und VI der EHRL als problematisch angesehen werden kann.⁹¹

b) Zustandekommen

Auch in verfassungsrechtlicher Perspektive erheben sich kritische Stimmen, Angriffspunkt ist der Weg, der zur Einführung des Systems im Gesetzgebungsverfahren gewählt wurde: Im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes wird moniert, dass der Bundestag sich erst mit dem Plan befassen durfte, nachdem dieser von der Kommission akzeptiert wurde. Dem Gesetzgeber bliebe bei diesem Vorgehen bei seiner ersten inhaltlichen Befassung mit dem Gegenstand keine Möglichkeit mehr, Planänderungen vorzunehmen, ohne zugleich in die Prüfungskompetenz der Kommission einzugreifen.92 Die sachangemessene Beteiligung des Parlaments ist vor der Folie durch die Neuregelung betroffener Grundrechtspositionen betrachten. So besteht weitgehend Einigkeit, dass die Einführung des Handelssystems mit Freiheitsbeschränkungen für die betroffenen Anlagenbetreiber verbunden ist. 93 Betroffen sind vor allem der Gleichheitssatz, die Berufsfreiheit und das Eigentum.94 Ob allein der Zeitdruck und die Effektivität des Systems es rechtfertigen, dass das Parlament "faktisch ein Bestätigungsgesetz"95 erlässt, wird voraussichtlich noch zu Diskussionen führen. Auf das vorausgegangene TEHG wird man nicht entscheidend abstellen können, da nicht dieses sondern das ZuG 2007 die grundrechtsrelevanten Festlegungen enthält⁹⁶. Der Bundesrat⁹⁷ hatte angeregt, das Verfahren zur Aufstellung des nationalen Zuteilungsplans so zu regeln, dass zunächst ein Plangesetz zu verabschieden ist und sodann die Zuteilungspläne, welche es an die Kommission zu melden gilt.

⁸⁹ Nach Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 933 aber immerhin 90 % der Unternehmen.

⁹⁰ Vgl. Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 936, dort mit Fn. 28.

⁹¹ Schweer/Ludwig, a. a. O.

⁹² So Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 940.

⁹³ Vgl. Kobes, (Fn. 7), S. 514.

⁹⁴ Bisher wohl am ausführlichsten Burgi, (Fn. 9), S. 1164 f., vgl. auch Weidemann, (Fn. 8), S. 734.

⁹⁵ Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 940. Ganz ähnlich hält Weidemann, (Fn. 8), S. 734 ein "reines Ratifikationsmodell, wie es sich bei der Verabschiedung des ersten Zuteilungsplans für die Zuteilungsperiode 2005 – 2007 abzeichnet", für verfassungswidrig. "Planung", wie sie der NAP darstellt, sei "ihrem Wesen nach ein präjudizierender Vorgang". Die verfassungsrechtliche Kompetenz des Parlaments sei deshalb nur dann gewahrt, "wenn das Parlament rechtzeitig in angemessener Form in den Planungsprozess eingeschaltet wird, damit es seine in Gesetzesform zu treffende Entscheidung selbst präjudiziert." (Hervorhebung auch dort).

⁹⁶ Burgi, (Fn. 9), S. 1166.

⁹⁷ Stellungnahme vom 13. 2. 2004 (BR-Drs. 14/04).

Nach anderer Ansicht⁹⁸ hätte sogar ein schlichter Parlamentsbeschluss vor der Übermittlung des durch das Bundeskabinett verabschiedeten Zuteilungsplans an die EG-Kommission genügt; all dies ist nicht geschehen. Freilich wird man angesichts der am Ende doch recht heftigen Debatten im Gesetzgebungsverfahren sowie einiger – wenn auch eher technischer⁹⁹ – Änderungen das Vorliegen einer verfassungsrechtlich bedenklichen "Entparlamentarisierung" auch verneinen können.¹⁰⁰ Es ist jedoch zu erwarten, dass zumindest bei Rechtsbehelfen gegen die Zuteilungsentscheidung der Allokationsplan und damit einhergehenden Fragestellungen implizit mit überprüft werden.¹⁰¹ Insoweit bleibt es also spannend.

c) Überallokationen

Ein weiter Kritikpunkt betrifft die Spannungslage zwischen mitgliedstaatlicher Zuteilungspraxis und der Effektivität des TEH: Es besteht die Tendenz, dass die Mitgliedstaaten, auch Deutschland, ihre Industrien in den NAP mehr als ausreichend mit Berechtigungen versorgen, weshalb von einer "Überallokation" gesprochen wird. Die Überausstattung spiegelt sich in der Preisentwicklung 103 wider. Nach Bekanntgabe der ersten Allokationspläne ist der Handelspreis für Zertifikate von ca.13 Euro/t CO₂ auf 6,50 Euro/t CO₂ deutlich gesunken. Holge des absinkenden Preises ist eine Schwächung der Lenkungswirkung des Emissionshandels: Unternehmen kaufen bei einem niedrigen Marktpreis Verschmutzungsrechte, anstatt in CO₂-Minderungsmaßnahmen zu investieren. Sie wählen die für sie kostengünstigste Möglichkeit und entscheiden sich somit gegen eine Verringerung des CO₂ Ausstoßes. 105

d) Beihilfenrechtliche Dimension

Art. 11 II der EHRL bestimmt, dass die Zuteilung der Zertifikate im Einklang mit dem EG-Vertrag, insbesondere den beihilferechtlichen Vorschriften der Art. 87 und

⁹⁸ Burgi, (Fn. 9), S. 1166, dort Fn. 39.

⁹⁹ Burgi, (Fn. 9), S. 1166.

¹⁰⁰ Burgi, a. a. O. will wohl zumindest aufgrund faktischer, durch die Vorgaben der EHRL bewirkter, Zwänge an den Bedenken festhalten. Denn nach Art. 9 der EHRL wird der (durch die Bundesregierung) gemeldeten Plan (zumindest faktisch) als weitestgehend endgültig betrachtet.

¹⁰¹ Sudmann/Fisahn, (Fn. 7), S. 415. Nach Schweer/Ludwig, (Fn. 9), S. 936 ist die Überprüfung auf eine "Plausibilitätskontrolle" beschränkt. Weitere verfassungsrechtliche Problemfelder (Zuständigkeitsordnung zwischen Bund und Ländern, Bestandsschutzfragen, Verhältnismäßigkeit und Widerspruchsfreiheit des Systems) sondierend Weidemann, (Fn. 8), S. 730 ff.

¹⁰² Besonders die Niederlande und Österreich haben sich sehr großzügig bei der Vergabe der Handelsrechte gezeigt, vgl. Sudmann/Fisahn, (Fn. 7), S. 418.

¹⁰³ Graphisch dargestellt bei Sudmann/Fisahn, (Fn. 7), S. 417.

¹⁰⁴ Zum Jahreswechsel 2004/2005 sind die Preise wieder leicht gestiegen. Zur aktuellen Preisentwicklung im Internet unter www.pointcarbon.com (entgeltpflichtig).

¹⁰⁵ So die Kritik bei *Sudmann/Fisahn*, (Fn. 7), S. 418, welche zudem auf Probleme in umgekehrter Richtung verweisen: Sind die Preise nämlich sehr hoch, könnte dies dazu führen, dass ein Markt gar nicht entsteht, weil die Betreiber die Berechtigungen horten, um auf mögliche Produktionsschwankungen reagieren zu können.

88 EG in Einklang stehen muss. 106 Diesbezgl. ist umstritten, ob die kostenlose, und vor allem in Teilen übermäßige, Ausgabe der Zertifikate rechtstechnisch als Beihilfe anzusehen ist und somit die nationalen Allokationspläne durch die Kommission einer entsprechenden Prüfung zu unterziehen sind. Hier finden sich in der Literatur sowohl Stimmen dafür als auch dagegen. 107

e) Vergaberechtliche Dimension

Vereinzelt wurde schließlich bereits problematisiert, in wie weit beim Ankauf von Zertifikaten durch öffentliche Anlagenbetreiber vergaberechtliche Bestimmungen zu beachten sind, insbesondere, ob eine Ausschreibung durchzuführen ist. 108

2. Erste Klagen gegen den Emissionshandel¹⁰⁹

Bereits kurz nach Einführung des TEH zeigt sich seine gerichtliche Dimension: Bereits jetzt beschäftigt der Emissionshandel die Gerichte nahezu aller Instanzen: Bei den Verwaltungsgerichten, demnächst dem BVerwG, im Vorlagefall ggf. dem BVerfG sowie bei EuG und EuGH laufen Verfahren:

Der Energieerzeuger EnBW hat am 27.9. 2004 vor dem EuG Klage eingelegt, da das Unternehmen in der Übertragungsregelung des § 10 ZuG 2007 eine rechtwidrige Beihilfe für die Kohlenindustrie sieht. Hie Mit der Klage begehrt EnBW die Nichtigkeitserklärung der Entscheidung der EU-Kommission zur Zustimmung zum deutschen Zuteilungsgesetz. Die EnBW hatte bereits im Juni 2004 bei der EU-Kommission förmliche Beschwerde gegen das deutsche Zuteilungsgesetz eingelegt, weil sie sich vor allem durch die so genannte Übertragungsregelung benachteiligt sieht. Diese Regelung erlaubt, dass Unternehmen, die ein emissionsintensives altes Kraftwerk durch ein emissionsärmeres neues Kraftwerk ersetzen, vier Jahre lang die der Altanlage jährlich zustehenden Zertifikate auf die neue Anlage übertragen und die dadurch entstehenden Überschusszertifikate gewinnbringend verkaufen dürfen. Unabhängige Gutachter beziffern den aufgrund des vorgesehenen Gesetzes für die EnBW entste-

²⁰⁶ Zur Problematik Reuter/Kindereit, EG-Emissionshandelsrichtlinie und Beihilferecht am Beispiel prozessbedingter Emissionen, DVBl. 2004, S. 537 ff. sowie Schweer/Ludwig, Emissionshandel und EG-Beihilfenrecht. Der Schutz vor wettbewerbsverfälschenden nationalen Allokationsplänen, RdE 2004, S. 153 ff.

¹⁰⁷ Vgl. Sudmann/Fisahn, (Fn. 7), S. 418 m. w. N.

¹⁰⁸ Dazu Goodarzi, Ausschreibungspflichtigkeit des Erwerbs von Emissionszertifikaten durch Stadtwerke und andere öffentliche Anlagenbetreiber, NVwZ 2004, S. 949 ff. Allg. zu Vergaberecht und Emissionshandel Kiser, Emissionshandel und Vergaberecht, VergabeR 2004, 683 ff.

Zu den hier nicht separat erörterten Möglichkeiten des Rechtsschutzes a.) bezogen auf die Zuteilungsentscheidung und b.) bezogen auf den Handel Burgi, (Fn. 9), S. 1167 f. Zum Gebot effektiven Rechtsschutzes im Hinblick auf den Emissionshandel auch Weidemann, (Fn. 8), S. 729 f. und 736 f.

¹¹⁰ Siche EuZW 2004, 644 sowie den Pressebericht des Unternehmens, abrufbar unter http://www.enbw.com/content/de/presse/pressemitteilungen/2004/09/pm_20040927_uk_09/index.php?session_info=F00A5FCC 300484353651B04F95B6D8CC.jvm4.

henden wettbewerblichen Nachteil auf in etwa 1 Milliarde Euro für die Jahre 2005 bis 2020. Nach Überzeugung der EnBW, die angeblich von zahlreichen Fachleuten geteilt wird, ist die Übertragungsregelung ökonomisch wettbewerbsverzerrend und ökologisch wirkungslos, da sie weitgehend zu Mitnahmeeffekten führt. Darüber hinaus beanstandet die EnBW am Zuteilungsgesetz auch eine nachträgliche Diskriminierung der Kernkraft, die durch den Atomkonsens gerade ausgeschlossen werden sollte. So führt beispielsweise die aufgrund der Stilllegung des Kernkraftwerks Obrigheim voraussichtlich entstehende Unterausstattung an Zertifikaten zu einer erheblichen Benachteiligung der EnBW.¹¹¹ Nicht zuletzt in Folge des politischen Drucks des Bundesumweltministeriums hatte die EU-Kommission im Juli 2004 die Beschwerde der EnBW zurückgewiesen.

Der größte deutsche Baustoffkonzern HeidelbergCement klagt vor Verwaltungsgerichten in Baden-Württemberg und Bayern. Der Konzern beruft sich auf Betriebsgenehmigungen, die für seine Standorte vorliegen. Dies schlössen auch betriebsnotwendige CO₂-Emissionen ein. Sie seien unbefristet erteilt worden und könnten durch den Emissionshandel weder entzogen noch verkürzt werden. Das VG Würzburg und Karlsruhe¹¹² haben die Klage jeweils abgewiesen und eine Vorlage des Gesetzes zum BVerfG abgelehnt. Allerdings wurde durch das VG Würzburg eine Sprungrevision zum BVerwG zugelassen.¹¹³

In einem weiteren Verfahren hat ein Unternehmen der Chemieindustrie erfolglos versucht, im Wege des Eilrechtsschutzes feststellen zu lassen, dass seine Anlagen vom Anwendungsbereich des TEHG ausgenommen sind.¹¹⁴

Schließlich hat die Bundesregierung Klage beim EuGH eingereicht.¹¹⁵ Grund sind Differenzen zwischen Kommission und Regierung bzgl. des NAP: Im deutschen Allokationsplan, der die CO₂-Zertifikate auf die energienahe Wirtschaft aufteilt, ist vorgesehen, die handelbaren Zertifikate bei Missbrauch wieder einzuziehen, wenn sich beispielsweise ursprüngliche Angaben eines Anlagenbetreibers als unzutreffend erweisen. Die Kommission lehnt solche nachträglichen Veränderungen der Verteilung ab.

¹¹¹ Diesbezüglich sei angemerkt, dass EnBW einen großen Teil des Stromes in Atomkraftwerken erzeugt, so dass das Unternehmen von der Übertragungsklausel in weit geringerem Maße profitieren kann wie etwa der Konkurrent RWE, welcher ältere, erneuerungsbedürftige Braunkohlekraftwerke betreibt.

¹¹² Vgl. VG Karlsruhe NVwZ 2005, 112 ff. Im Wesentlichen hatte des Unternehmen vorgetragen, durch § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG werde eine Änderung der ihr von der zuständigen Landesbehörde, dem Regierungspräsidium Karlsruhe, erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen angeordnet, die sich im Ergebnis als Teilaufhebung der Genehmigung darstelle. Hierbei handele es sich um einen verkappten Verwaltungsakt, der mit aufschiebender Wirkung anfechtbar sei. Siehe dazu jetzt auch die jüngste Anmerkung von Neuser, ZUR 2005, 26 f.

¹¹³ Quelle: http://www.heidelbergcement.com.

¹¹⁴ VG Augsburg NVwZ 2004, 1389; darauf eingehend Begemann/Lustermann, (Fn. 9), S. 1292 ff.

¹¹⁵ Vgl. die Mitteilung in EuZW 2004, S. 614.

IV. Fazit und Ausblick

Aus juristischer Perspektive erweist sich der Emissionshandel als mehrdimensionale Querschnittsmaterie: In horizontaler Sicht durchbricht das Instrument die Dichotomie der Teilrechtsordnungen. So unterliegen Zulassung zum System und Zuteilung der Zertifikate öffentlichem Sonderrecht während der Handel selbst in zivilrechtlichen Bahnen verläuft. In vertikaler Hinsicht bietet die Materie ein weiteres Beispiel dafür, wie der Gesetzgeber versucht, der Herausforderung, neue, aus der internationalen und supranationalen Ebene herrührende Elemente, in die gewachsene mitgliedstaatliche Ordnung zu integrieren, gerecht zu werden. Im Hinblick auf die Ankoppellung und Angleichung mit dem Immissionsschutzrecht ist ihm dies gelungen.

Am Horizont zeichnet sich bereits die Ausweitung und Internationalisierung des Handelssystems ab. Eine jüngst erlassene Änderungsrichtlinie¹¹⁶ zur EHRL ermöglicht es, auch die anderen flexiblen Mechanismen des Kyoto-Protokolls, Joint Implementation und Clean Development Mechanism¹¹⁷ sowie die damit verbundenen Kostenvorteile zu nutzen. Künftig können danach auch Emissionszertifikate in den Handel miteinbezogen werden, die nach Durchführung eines emissionsmindernden Projekts in einem anderen Industrieland oder einem Entwicklungsland erworben worden sind.

Das aktuelle Handelssystem, beinhaltet Mechanismen zur eigenen Kontrolle und Fortentwicklung (Art. 30 EHRL). So soll die Kommission bis zur Mitte der Probephase (30. 6. 2006) einen Bericht vorlegen, in dem unter anderem die Einbeziehung zusätzlicher Sektoren und Treibhausgase, das Verhältnis zu anderen klimaschutzpolitischen Instrumenten, das Sanktionssystem und etwaige Marktstörungen untersucht und gegebenenfalls Verbesserungsvorschläge erarbeitet werden. Dieser Bericht soll zudem Aussagen darüber treffen, inwiefern Emissionsgutschriften aus projektbezogenen Kyoto-Mechanismen genutzt werden und klären, ob es zweckmäßig ist, zukünftig auf Ebene der Gemeinschaft ein zentrales Register sowie Anlagenfonds einzurichten. Schließlich müssen Überlegungen angestellt werden, wie das System in einer erweiterten Union bis 2008 dem internationalen Handelssystem angepasst werden kann. Das System ist insgesamt damit durch eine auffällige Entwicklungsoffenheit geprägt. In dem Maße wie supranationale, funktional mit den mitgliedstaatlichen Handelssystemen verschränkte Systemstrukturen, etwa neben dem bestehenden Evaluationssystem ein neues Zentralregister oder ein zentraler Anlagenfond, etabliert werden, wandelt sich der Emissionshandel von einem rein auf mitgliedstaatli-

¹¹⁶ Richtlinie 2004/101/EG, ABI.EG Nr. L 338 v. 13.11. 2004, S. 18 ff. Vorangegangen war Vorschlag der Kommission, KOM (2003) 403. Diesen Kommissionsvorschlag vom 23.7. 2003 hat das Europäische Parlament am 20.4. 2004 gebilligt. Danach können ab 2008 in beschränkbarem Umfang Gutschriften übertragen werden, nicht jedoch aus Kerntechnik, Flächennutzung oder Forstwirtschaft.

¹¹⁷ Zu beiden Instrumenten als Bestandteil des Emissionshandelssystems nach dem Kyoto-Protokoll zusammenfassend *Corino/Jones/Hawkes*, (Fn. 26), S. 165 f.

378

cher Ebene vollzogenen Instrument zu einem integrativen Bestandteil des europäischen Mehrebenensystems¹¹⁸.

Faktisch wird die künftige Effektivität des (ggf. erweiterten) Gesamtsystems davon abhängen, wie sehr die Regierungen sich an ihre früheren Kyoto-Reduktionszusagen gebunden fühlen. Die Problematik der Überallokation offenbart einen damit verwobenen wunden Punkt im System: Statten einige Mitgliedstaaten ihre Unternehmen allzu großzügig aus, wird es systemweit kaum Anreize geben, Einsparpotenziale zu realisieren. Andererseits darf das Pendel auch nicht zu weit in die andere Richtung ausschlagen; denn ein zu hoher Berechtigungspreis baut Investitionszwänge auf, die den internationalen Wettbewerb erschweren und ggf. Produktionsverlagerungen zur Folge haben, Für zukünftige Zuteilungspläne ist daher ökologisches wie ökonomisches Augenmaß verlangt.

Zu diesem der Politikwissenschaft entwachsenen Begriff Jachtenfuchs/Kohler-Koch, Regieren und Institutionenbildung, in: dies. (Hrsg.), Europäische Integration, 2. Auflage (2003), S. 11 (18 ff.).

Katrin Haußmann*

Die Europäisierung der Börsen- und Wirtschaftsprüferaufsicht

Abstract

Bilanzskandale wie die Vorgänge um Parmalat in Italien, die Flowtex AG in Deutschland und nicht zuletzt um die Worldcom Inc. in den USA haben das Anlegervertrauen weltweit erschüttert. Um das Vertrauen in den Kapitalmarkt wiederherzustellen, soll die Aufsicht über die Börsen und Wirtschaftsprüfer verbessert und europaweit vereinheitlicht werden. Unter dem Schlagwort "Corporate Governance" werden aktuell eine Vielzahl neuer Instrumentarien diskutiert. Die Vorschläge reichen von einer einheitlichen europäischen Börsenaufsichtsbehörde bis zur Stärkung der Kontrolle der Wirtschaftsprüfer durch eine öffentliche Kontrollinstanz. Der Vernetzung der Kapitalmärkte soll durch eine Europäisierung der Aufsichtsstrukturen begegnet werden. Fraglich ist jedoch, ob diese Schutzmechanismen wirklich greifen oder als übereilter politischer Aktionismus nur zusätzliche Bürokratie hervorbringen werden.

^{*} Die Verfasserin studiert im 9. Fachsemester Betriebswirtschaftslehre mit den Schwerpunkten Steuerlehre, Controlling/Wirtschaftsprüfung und Recht an der Katholischen Universität Eichstätt-Ingolstadt. Besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Claus Luttermann, der diese Arbeit betreut hat, sowie Herrn Prof. Dr. Hanno Kube für wertvolle Anregungen und Hinweise.

T. Einleitung

Die Globalisierung verändert nachhaltig das Gesicht der Weltwirtschaft. Moderne Kommunikationsinstrumente und technische Innovationen lassen die Welt zusammenwachsen und führen damit zu einer zunehmenden Vernetzung der internationalen Kapitalmärkte. Auch deutsche Unternehmen nehmen verstärkt Eigenkapital auf ausländischen Kapitalmärkten auf. Gleichzeitig öffnen sich die deutschen Kapitalmärkte für ausländische Marktteilnehmer. Besonders im Europa-Gedanken einer Einheit ohne Grenzen wird die zunehmende Integration zu Lasten nationalstaatlicher Souveränitätsbestrebungen deutlich.

Doch das europaweite Zusammenwachsen birgt auch einige Probleme. Bilanzskandale wie bei Holzmann, Xerox oder Flowtex fördern weltweit die Vertrauenskrise. Aktuell werden unter dem Schlagwort "Corporate Governance" die "Regeln für die Leitung und Kontrolle von Unternehmen"² diskutiert. Eine zentrale Rolle kommt dabei der Überwachungsfunktion des Wirtschaftsprüfers zu. Doch dieser stellt nur einen Baustein im System der Aufsichtsbehörden dar.³ Im weitesten Sinne kann unter "Corporate Governance" auch die Überwachungsinstanz der Börsenaufsicht gefasst werden.⁴

Der grenzüberschreitenden Unternehmenstätigkeit stehen überwiegend national ausgerichtete Börsen- und Wirtschaftsprüferaufsichten gegenüber. Um EU-weit einheitliche Aufsichtsstandards zu schaffen, werden die Aufsichtsnormen der Mitgliedstaaten entsprechend den europäischen Vorgaben einander angeglichen. Das beschädigte Anlegervertrauen soll zudem durch eine verstärkte Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden sowie die Implementierung neuer Überwachungsmechanismen wiederhergestellt werden.

П. Börsenaufsicht

1. Die bisherige Entwicklung des Kapitalmarktrechts in der EU

Die Verwirklichung des europäischen Binnenmarkts setzt nicht zuletzt auch die Schaffung eines funktionierenden europäischen Finanz- und Kapitalmarkts voraus. Bereits im Segré-Bericht⁵ von 1966 wurde eine umfassende Kapitalmarktintegration

¹ Vgl. Luttermann, Unabhängige Bilanzexperten in Aufsichtsrat und Beirat, Reformvorschläge anhand des "Audit Committee Financial Expert" in den USA, der Europäischen Aktiengesellschaft und der Bundesregierung zum Anlegervertrauen, BB 2003, S. 745, 745.

² Marx, Überlegungen der Bundesregierung zur Umsetzung der Vorschläge der Regierungskommission, WPg Sonderheft 2001, S. 9, 10.

³ Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Stärkung der Abschlussprüfung in der EU, KOM (2003) 286 vom 21.5. 2003, S. 4.

⁴ Für eine ganzheitliche Auslegung der "Corporate Governance" auch: Herzig/Watrin, Obligatorische Rotation des Wirtschaftsprüfers - ein Weg zur Verbesserung der externen Unternehmenskontrolle?, zfbf 1995, S. 775, 776.

Kommission der EWG: Der Aufbau eines Europäischen Kapitalmarktes, Bericht einer von der

i. S. einer Vollrechtsharmonisierung angestrebt. Der Gedanke eines einheitlichen Kapitalmarkts konnte sich in den Folgejahren jedoch nicht durchsetzen. Die Mitgliedstaaten waren nicht bereit, zugunsten der Gemeinschaft auf nationale Kompetenzen zu verzichten. Deshalb verfolgte die Kommission seit den 80er Jahren ein Konzept der Mindestharmonisierung und gegenseitigen Anerkennung. Das bedeutet, dass nationale Regelungen von den Mitgliedstaaten als gleichwertig anerkannt werden, auch wenn sie nicht identisch sind. Um eine Abwanderung in den Mitgliedstaat mit dem geringsten Standardniveau zu verhindern, müssen die wesentlichen Rechtsstandards auf ein Mindestmaß harmonisiert werden.

1986 wurde das Ziel eines gemeinsamen europäischen Kapitalmarkts das erste Mal im EGV⁷ erwähnt: In Art. 14 II [ex-Art. 7a] EGV wird der Binnenmarkt als ein Raum ohne Binnengrenzen bezeichnet, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen des Vertrags gewährleistet ist

Für grenzüberschreitende Wertpapierdienstleistungsunternehmen sind vor allem Art. 49 ff. EGV (Dienstleistungsfreiheit) von Bedeutung. Die Dienstleistungsfreiheit beinhaltet das Recht, gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten gegen Entgelt im Binnenmarkt grenzüberschreitend auszuführen. Die Tätigkeit darf jedoch nicht von Dauer sein, da sie ansonsten unter Art. 43 EGV, der die Niederlassungsfreiheit normiert, fallen würde.⁸

Das primäre Gemeinschaftsrecht wurde zwischenzeitlich durch zahlreiche europäische Rechtsakte ergänzt und konkretisiert. Für grenzüberschreitende Wertpapierdienstleistungen sind die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie⁹, die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente¹⁰, die Kapitaladäquanz-Richtlinie¹¹, die Kapitalmarktpublizitäts-Richtlinie¹², die Finanzkonglomerate-Richtlinie,¹³ die Marktmissbrauchs-Richtlinie¹⁴ und die Prospekt-Richtlinie¹⁵ von Bedeutung.

EWG-Kommission eingesetzten Sachverständigengruppe, Leitung: Professor Claudio Segré, 1966.

⁶ Vgl. Vollendung des Binnenmarktes: Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, KOM (1985) 310, S. 6 ff., S. 18 ff., S. 27 ff.

⁷ Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft wird in seiner am 1.5. 2004 in Kraft getretenen Fassung nach Änderungen durch die EU-Beitrittsakte zitiert.

⁸ Vgl. Kilian, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage (2003), Rn. 303.

⁹ Richtlinie 93/22/ÈWG des *Rates* vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABl. L 141 vom 11. 6. 1993, S. 27.

¹⁰ Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. Nr. L 145 vom 30.4. 2004, S. 1.

¹¹ Richtlinie 93/6/EWG des Rates vom 15. März 1993 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl. L 141 vom 11. 6. 1993, S. 1.

¹² Richtlinie 2001/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Mai 2001 über die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Börsennotierung und über die hinsichtlich dieser Wertpapiere zu veröffentlichenden Informationen, ABl. L 184 vom 6.7. 2001, S. 1.

¹³ Richtlinie 2002/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002

382 StudZR 3/2005

a) Die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie und die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente

Mit der am 10. Mai 1993 vom Rat verabschiedeten Wertpapierdienstleistungsrichtlinie (WPDRL)¹⁶ wurde die in Art. 49 EGV normierte Dienstleistungsfreiheit für die europäischen Wertpapierdienstleister umfassend konkretisiert. Die WPDRL wurde durch die am 30. April 2004 in Kraft getretene Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MIFID)¹⁷ überarbeitet und ersetzt. Insbesondere hervorzuheben ist dabei die bereits durch die WPDRL erfolgte und in die MIFID übernommene Schaffung des sog. "Europa-Passes", der es einer Wertpapierfirma nach Erhalt ihrer Zulassung in ihrem Herkunftsstaat ermöglicht, ihre Leistung auch in jedem anderen Mitgliedstaat zu erbringen (Art. 3 I, Art. 14 WPDRL bzw. Art. 5 I, Art. 31 MIFID). Der Aufnahmestaat darf keine gesonderte Zulassung oder ähnliche Vorgaben (z. B. Kapitalausstattung) voraussetzen (Art. 14 II WPDRL bzw. Art. 31, 32 MIFID). Damit hat die (Zulassungs-)Entscheidung einer nationalen Behörde "transnationale Wirkung"¹⁸. Die Wertpapierdienstleister werden von den zuständigen Behörden des Herkunftsmitgliedstaates beaufsichtigt. Der Herkunftsmitgliedstaat ist der Staat, in dem der Dienstleister seinen Sitz hat. Der Aufnahmemitgliedstaat, also der Staat, in dem die Dienstleistung erbracht wird bzw. der Dienstleister eine Zweigniederlassung unterhält, erkennt die Aufsicht des Herkunftsstaats an und verzichtet weitgehend auf eine eigene Kontrolle. Dieses sog. Herkunftslandprinzip vermeidet eine doppelte Beaufsichtigung. Europaweit wird damit eine einheitliche Zuständigkeitsregelung getroffen. 19

b) Gegenwärtige Struktur der Börsenaufsicht in Deutschland und Europa Die Aufsicht über die Börsen obliegt den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Eine einheitliche europaweite Börsenaufsichtsbehörde existiert nicht.

über die zusätzliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Wertpapierfirmen eines Finanzkonglomerats und zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG, 79/267/EWG, 92/49/EWG, 92/96/EWG, 93/6/EWG und 93/22/EWG des Rates und der Richtlinien 98/78/EG und 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 35 vom 11. 2. 2003, S. 1.

¹⁴ Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch), ABl. L 96 vom 12. 4. 2003, S. 16.

¹⁵ Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. L 345 vom 31.12. 2003, S. 64.

¹⁶ Richtlinie 93/22/EWG des Rates (Fn. 9).

¹⁷ Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (Fn. 10).

¹⁸ Schlag, Grenzüberschreitende Verwaltungsbefugnisse im EG-Binnenmarkt, 1998, S. 49.

¹⁹ Vgl. Roegele, Grenzüberschreitende Wertpapierdienstleistungen in der Europäischen Union, in: Baudenbacher (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts III, 2001, S. 413.

Um einen einheitlichen Wertpapierbinnenmarkt zu schaffen, erlässt die Europäische Union jedoch entsprechende Rahmenbedingungen über Richtlinien, die u. a. auch die Börsenaufsicht einbeziehen und in das jeweilige nationale Recht umzusetzen sind. Gem. Art. 249 III EGV sind Richtlinien nur hinsichtlich des Ziels verbindlich, überlassen aber dem Mitgliedstaat die Wahl der Form und Mittel. Damit muss der Mitgliedstaat nur sicherstellen, dass die Aufsichtsbehörden kontrollierend wirken können, während ihm ihre organisatorische Ausgestaltung überlassen bleibt.

aa) Börsenaufsicht in Deutschland

In der Bundesrepublik Deutschland ist die Börsenaufsicht durch das Grundgesetz den Bundesländern übertragen. Das Börsenwesen selbst ist im Börsengesetz geregelt. Um einen ordnungsgemäßen Ablauf des Börsenhandels in Deutschland sicherzustellen, gibt es verschiedene Institutionen, die eng zusammenarbeiten. Somit sollen der Anlegerschutz sichergestellt und Vertrauen in die Marktmechanismen hergestellt werden.

(1) Börsenaufsicht der Länder (§§ 1 ff. BörsG)

Die Aufsicht über die deutschen Börsen ist gem. Art. 30, 83 GG den Bundesländern übertragen: Auf Landesebene üben damit die jeweils zuständigen Wirtschaftsministerien als Börsenaufsichtsbehörden die Markt- und Rechtsaufsicht über die Börsen ihrer Bundesländer aus. Ihre Aufgaben liegen in der Überwachung der Preisbildungsprozesse und des rechtmäßigen Handels. Daneben untersuchen die Börsenaufsichtsbehörden Verstöße gegen das Börsenrecht. Neben dem Sanktionsausschuss (§ 20 BörsG) und der Börsengeschäftsführung (§ 12 BörsG) kann auch die Börsenaufsicht gegenüber einzelnen Marktteilnehmern Sanktionen erlassen. 22

(2) Handelsüberwachungsstelle (§ 4 BörsG)

Die Handelsüberwachungsstelle ist organisatorisch in die Börse eingegliedert. Zur Kontrolle des Tagesgeschäfts der Börse stellt sie ein eigenverantwortlich arbeitendes Überwachungsorgan dar. Dazu obliegt ihr die Erfassung und Auswertung der Daten über den Börsenhandel. Die Handelsüberwachungsstelle ist gegenüber den Börsenaufsichtsbehörden der Länder weisungsgebunden, denen sie die Ergebnisse ihrer Prüfung auf Einhaltung der börsenrechtlichen Vorschriften mitteilt.²³

²⁰ Vgl. Kümpel, in: Kümpel, Hammen, Ekkenga, Kapitalmarktrecht, Loseblatt-Kommentar, Kz. 060, Rn. 13.

²¹ In Nordrhein-Westfalen das Finanzministerium.

Weiterführend: Deutsche Börse, http://deutsche-boerse.com/dbag/dispatch/de/kir/gdb_navigation/private_investors/61_Investors_Protection/10_overview, Abruf am 28. 1. 2005.

²³ Weiterführend: Deutsche Börse, http://deutsche-boerse.com/dbag/dispatch/de/kir/gdb_navigation/private_investors/61_Investors_Protection/20_Trading_Surveillance/10_Institution, Abruf am 28. 1. 2005.

384 StudZR

(3) Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (§§ 4 ff. WpHG)

Auf nationaler Ebene obliegt der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Märkte für Wertpapiere und Derivate. Die BaFin wurde im Mai 2002 als integrierte Allfinanz-Aufsicht gegründet und vereint die Geschäftsbereiche der ehemaligen Bundesaufsichtsämter für das Kreditwesen (früher: BAKred), Versicherungswesen (früher: BAV) sowie für den Wertpapierhandel (früher: BAWe) in sich. Als zentrales Aufsichtsorgan stellt die BaFin die Stabilität und Integrität des gesamten Finanzsystems sicher. Dazu übernimmt die BaFin zentral bestimmte Aufsichtsaufgaben (z. B. Bekämpfung von Insider-Geschäften, Überwachung der Ad-hoc-Publizität). Gem. § 7 WpHG obliegt der BaFin zudem die Zusammenarbeit mit den Aufsichtsbehörden anderer Mitgliedstaaten, wodurch ihr die Befugnis zum Abschluss von Amtshilfevereinbarungen zukommt.²⁴

bb) Börsenaufsicht in Europa

Die Börsenaufsicht ist europaweit den einzelnen Mitgliedstaaten übertragen, die über individuelle Aufsichtsstrukturen die Funktionsfähigkeit des Börsenwesens sicherstellen. Bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen wird die Aufsicht weitgehend durch den jeweiligen Herkunftsstaat durchgeführt (Herkunftslandprinzip). Diese Kontrolle wird von den anderen Mitgliedstaaten anerkannt. Eine doppelte Kontrolle wird so vermieden. Eine Mindestharmonisierung erfolgt durch Richtlinien, insbes. die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie, welche einen Angleich der nationalen Vorschriften schaffen. Dadurch wurde ein Aufsichtssystem geschaffen, das auf einem "Modell der Kooperation und Abstimmung" zwischen den nationalen Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten beruht (vgl. z. B. Zusammenarbeitsgebote in Art. 22 II ProspektRL oder Art. 56 MIFID).

Die länderübergreifende Zusammenarbeit wird durch die EU-Institutionen (Kommission, Ausschuss der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden – CESR, Europäischer Wertpapierausschuss – ESC) sowie verschiedene privatrechtliche Organisationen (z. B. IOSCO, Federation of European Stock Exchanges – FESE, OECD, Baseler Ausschuss für Bankaufsicht, Internationale Handelskammer, Organisationen im Rahmen der UNO) unterstützt.

2. Defizite des europäischen Börsenaufsichtssystems

Der Zunahme des grenzüberschreitenden Handels mit Wertpapierdienstleistungen unter Geltung des "Europa-Passes" sollte eine Aufsichtsbehörde gegenübergestellt werden, die ebenfalls über den einzelnen Mitgliedstaat hinaus wirken kann. Ohne eine wirkungsvolle Aufsicht kann die Funktionsfähigkeit der Kapital- und Finanz-

²⁴ Weiterführend: BaWe, http://www.bawe.de/bafin/aufgabenundziele.htm, Abruf am 28. 1. 2005.

²⁵ Grundlegend: EuGH, Rs. 120/78, Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Slg. 1979, S. 649, Rn. 14 f. ("Cassis de Dijon"); vgl. auch: verb. Rs. 110 und 111, van Wesemael, Slg. 1979, S. 35, Rn. 24 ff.; Rs. C-222/95, Parodi, WM 1997, S. 1697, 1699 f.; Rs. 205/84, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1986, S. 3755, Rn. 27 ff.

märkte in Europa nicht sichergestellt und das durch die Bilanzskandale erschütterte Anlegervertrauen nicht wiederhergestellt werden.

Das Problem einer uneinheitlichen europäischen Börsenaufsicht, die auf einem "Modell der Kooperation und Abstimmung" der nationalen Aufsichtsbehörden beruht, wird als ernst zu nehmendes Hindernis bei der Integration des europäischen Wertpapiermarkts wahrgenommen. Eine Fragebogenaktion, die in den Jahren 2000 und 2001 vom Ausschuss der Weisen durchgeführt wurde²⁶, ergab, dass fast ein Drittel der Befragten die nationalen Unterschiede in den Aufsichtsstrukturen als ein Haupthindernis eines integrierten europäischen Wertpapiermarktes ansahen.

Die gegenwärtige über Richtlinien harmonisierte Börsenaufsicht führt vor allem zu folgenden Problemen:

a) Territorialitätsprinzip

Bei grenzüberschreitenden Wertpapierdienstleistungen wird es oftmals nötig sein, die Prüfungen und Ermittlungen der nationalen Aufsichtsbehörde grenzüberschreitend auf das Territorium eines anderen Mitgliedstaates auszudehnen und dort ggf. auch Aufsichtsmaßnahmen durchzusetzen.²⁷ Aufgrund des Territorialitätsprinzips ist dies jedoch nicht möglich. Grundsätzlich dürfen hoheitliche Ermittlungsbefugnisse nicht extraterritorial angewendet werden. Kein Staat muss damit die Hoheitsakte eines anderen Staates innerhalb seines Gebiets dulden. Es bleibt einzig die Möglichkeit des Rückgriffs auf die Rechts- und Amtshilfe, was zu einer Verzögerung der Ermittlungen führen kann. Eine Pflicht zur horizontalen Amtshilfe zwischen den Behörden der Mitgliedstaaten ist sowohl in Richtlinien beinhaltet (z. B. Art. 56 MI-FID, Art. 16 MarktmissbrauchsRL, Art. 22 ProspektRL), als auch aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue des Art. 10 EGV abzuleiten.²⁸

b) Finanzinnovationen

Der zunehmende Einsatz innovativer Finanzprodukte erschwert die Übersichtlichkeit der Wertpapiermärkte und damit auch die Arbeit der Aufsichtsbehörden, denen häufig das entsprechend qualifizierte und geschulte Personal fehlt.²⁹

c) Unübersichtlichkeit

Es besteht eine Vielzahl an Transparenz- und Publizitätsanforderungen in den einzelnen Richtlinien, die von den Wertpapierdienstleistern zu erfüllen sind. Diese stel-

²⁶ Vgl. Erster Bericht des Ausschusses der Weisen über die Reglementierung der europäischen Wertpapiermärkte, 2000, Anhang 3, S. 35 ff., abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/securities/lamfalussy/index_de.htm, Abruf am 28. 1. 2005.

²⁷ Vgl. Roegele (Fn. 19), S. 418.

Vgl. Kahl, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV-Kommentar, 2. Auflage (2002), Art. 10 EGV, Rn. 54; a.A. Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, 1. Auflage (2001), Art. 10 EGV, Rn. 55.

²⁹ Vgl. *Pohl*, Innovative Finanzinstrumente im gemeinsamen Europäischen Bankenmarkt, Diss. Würzburg 1993, S. 24 f.

386 StudZR 3/2005

len dem Anleger Informationen zur Verfügung, die von diesem hinsichtlich Umfang und Komplexität nicht mehr zu erfassen sind.³⁰

3. Vorschläge zur Verbesserung der europäischen Börsenaufsichtsstruktur

Aufgrund der dargelegten Probleme scheint eine Verbesserung der europäischen Aufsichtsstrukturen unumgänglich, will man mit der rasanten Entwicklung der Kapitalmärkte und ihrer zunehmenden Grenzüberschreitung mithalten. Obwohl eine große Einigkeit darin besteht, dass die europäischen Aufsichtsstrukturen mit der Integration der Kapitalmärkte in der EU Schritt halten müssen, bestehen über die genaue Ausgestaltung der europäischen Börsenaufsicht jedoch erhebliche Unstimmigkeiten.

a) Lösung durch eine einheitliche Zentralbehörde

Eine Möglichkeit, um der von Lamfalussy, dem ehemaligen Präsidenten des Europäischen Währungsinstituts, beklagten Unzulänglichkeit der "Aufsicht des Finanzgewerbes im Euroraum"³¹ zu begegnen, stellt die Schaffung einer zentralen, supranationalen Börsenaufsichtsbehörde dar, wie sie schon im Segré-Bericht von 1966, vergleichbar der amerikanischen Securities and Exchange Commission (SEC), gefordert wurde.³² Diese Diskussion kehrt seitdem regelmäßig wieder.³³ Es wird gefordert, dass Aufsichten kompetent und vor allem schnell auf neue Entwicklungen eingehen können.³⁴ Auch das Problem bei der Abgrenzung von Aufsichtszuständigkeiten könnte durch eine Zentralbehörde umgangen werden.

Gegen eine Zentralbehörde spricht, dass eine wirkungsvolle Börsenaufsicht nur dann gewährleistet sein kann, wenn die Aufsichtsbehörde mit dem entsprechenden Recht der zu überwachenden Börsen vertraut ist. Zudem sollte eine räumliche und persönliche Nähe zwischen Aufsicht und Börse vorhanden sein. Durch die Schaffung einer

³⁰ Vgl. Roegele (Fn. 19), S. 425 f.

³¹ Handelsblatt Nr. 92 vom 14. 5. 1999, S. 39: Euro-Konferenz der Association for the Monetary Union of Europe – Kritik an der Transparenz der Eurobank.

³² Vgl. Segré-Bericht (Fn. 5), S. 249.

Vgl. z. B. Handelsblatt Nr. 100 vom 27. 5. 1999, S. 37: Europäische Zentralbank/Duisenberg: Bankenaufsicht neu ordnen, Duisenberg: "Wir brauchen eine stärkere Zentralisierung dieser Aufgabe auf europäischer Ebene"; Handelsblatt Nr. 142 vom 27. 7. 1999, S. 29: Südländer vertrauen stärker auf Staatsaufsicht/Börsen-Allianzen werden erleichtert, Wittich: "Nach meiner Auffassung ist die Zeit für derartige europäische Lösungen noch nicht gekommen"; für eine Übernahme des englischen Aufsichtssystems: Gower, Capital Market and Securities Regulation in the Light of the Recent British Experience, in: Buxbaum u. a. (Hrsg.), European Business Law: Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization, 1991, S. 315, 315 ff.; für die Entwicklung der Europäischen Kommission in eine Europäische SEC: Lee, Supervising EU Capital Markets: Do We Need A European SEC?, in: Buxbaum, (Hrsg.), European Economic and Business Law: Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization, 1996, S. 204.

³⁴ Vgl. Tietmeyer, Die angemessene Aufsicht des Finanzsystems ist eines der großen Zukunftsthemen, ZgesKredW 1999, S. 108, 110 f.

Superaufsichtsbehörde besteht die Gefahr des Flexibilitätsverlusts und erheblicher Bürokratie.³⁵

Außerdem ist es fraglich, ob der EGV überhaupt eine Kompetenz zur Errichtung einer zentralen Aufsichtsbehörde gewährt. Die Gemeinschaft darf nämlich grundsätzlich nur dann und nur in der Weise tätig werden, wie durch den "Schranken-Trias" des Art. 5 EGV (Kann-Frage, Ob-Frage, Wie-Frage) bestimmt:³⁶

Gem. Art. 5 I EGV kann die Gemeinschaft nur innerhalb der Grenzen der im EGV beinhalteten Befugnisse und Ziele tätig werden (Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung). TGrundsätzlich benötigt sie für jeden Rechtsakt eine Rechtsgrundlage innerhalb der Verträge. Damit verbleibt bei den Mitgliedstaaten prinzipiell die Alleinzuständigkeit, so lange die Aufgabe nicht in den Verträgen auf die Gemeinschaft übertragen wurde. Ur Errichtung einer zentralen Aufsichtsbehörde müsste es daher im EGV eine entsprechende Norm geben. Eine ausdrückliche Zuweisung besteht nicht. Gem. Art. 2, 3 und 14 EGV ist die Errichtung eines Gemeinsamen Markts und der damit verbundenen Freiheiten Aufgabe der Gemeinschaft. Dazu könnte aber die Gründung einer zentralen Aufsichtsbehörde notwendig sein. Als entsprechende Ermächtigungsgrundlagen kämen dann die Art. 44 II lit. g, 47 II und 55 EGV in Frage. Diese ermöglichen jedoch nur eine Harmonisierung der Regelungen, d. h. eine Rechtsangleichung. Für die Gründung einer eigenständigen zentralen Aufsichtsbehörde, die sämtliche Aufsichtskompetenzen auf der Europäischen Ebene in sich vereint, besteht insofern keine Kompetenzgrundlage.

Hilfsweise soll zudem geprüft werden, ob bzw. wie die Gemeinschaft im Rahmen einer ggf. bestehenden Kompetenz tätig werden könnte.

Ob die Gemeinschaft von einer bestehenden Kompetenz Gebrauch machen kann, richtet sich nach dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 II EGV).⁴¹ Grundsätzlich soll die Gemeinschaft in die Bereiche, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit⁴²

³⁵ Vgl. Kurth, Problematik grenzüberschreitender Wertpapieraufsicht, WM 2000, S. 1521, 1528

³⁶ Vgl. Calliess, in: Calliess/Ruffert (Fn. 28), Art. 5 EGV, Rn. 6.

³⁷ Zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung vgl. Calliess, in: Calliess/Ruffert (Fn. 28), Art. 5 EGV, Rn. 8 ff.; Geiger, in: Geiger, EUV/EGV-Kommentar, 3. Auflage (2000), Art. 5 EGV, Rn. 2.

³⁸ Ergänzt wird das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung durch Art. 308 EGV, die sog. implied powers – Doktrin sowie durch den "effet utile", vgl. *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 28), Art. 5 EGV, Rn. 13 ff.

³⁹ Vgl. BVerfGE 89, 155 (192 ff., 210 f.); Schmidhuber/Hitzler, Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im EWG-Vertrag – ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer föderalen Verfassung der EG, NVwZ 1992, S. 720, 721.

⁴⁰ Vgl. Hoppmann, Europäische Börsenaufsicht, EWS 1999, S. 204, 210; Oppermann, Europarecht, 2. Auflage (1999), Rn. 1224; Streinz, Europarecht, 6. Auflage (2003), Rn. 955 ff.

⁴¹ Zum Subsidiaritätsprinzip vgl. Calliess, in: Calliess/Ruffert (Fn. 28), Art. 5 EGV, Rn. 17 ff.; Geiger, in: Geiger (Fn. 37), Art. 5 EGV, Rn. 4 ff; Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABI. Nr. C 340 vom 10. 11. 1997, S. 105.

⁴² Ausschließlich zuständig ist die Gemeinschaft z.B. für die Festlegung des gemeinsamen Zolltarifs (Art. 26 EGV). In diesem Fall findet das Subsidiaritätsprinzip keine Anwendung.

StudZR 3/2005

fallen, nur dann eingreifen, wenn die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf der Mitgliedstaatenebene nicht ausreichend erreicht werden können und daher besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden. Damit eine zentrale europäische Aufsichtsinstanz geschaffen werden könnte, müsste deshalb eine wirksame Überwachung der Märkte durch die Mitgliedstaaten nicht möglich sein und diese besser auf der Europäischen Ebene verwirklicht werden können. Die Börsenaufsicht obliegt bisher den einzelnen Mitgliedstaaten und kann von diesen auch wirksam durchgeführt werden. Schwerwiegende Probleme oder Fehlverhalten, die aus der mitgliedstaatlichen Aufsichtsstruktur resultieren, sind bislang nicht bekannt geworden. Desweiteren ist fraglich, ob eine zentrale Instanz auf europäischer Ebene zur Vereinfachung der Aufsichtsstruktur beitragen würde. Denn auch eine solche Einrichtung käme nicht ohne Niederlassungen in den Mitgliedstaaten aus, ⁴⁴ da nur eine Aufsichtsbehörde vor Ort, die mit den jeweiligen nationalen Besonderheiten des Aufsichtsrechts vertraut ist, eine wirkungsvolle Überwachung gewährleistet. ⁴⁵

Wie die Gemeinschaft entsprechend der ihr übertragenen Kompetenzen tätig werden kann, ist am Verhältnismäßigkeitsprinzip des Art. 5 III EGV zu prüfen. 46 Eine Maßnahme darf demnach nicht über das für die Erreichung des Ziels erforderliche Maß hinausgehen. Wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, muss dabei insbesondere die am wenigsten belastende gewählt werden, bestehende mitgliedstaatliche Regelungs- und Kontrollsysteme sind zu berücksichtigen.⁴⁷ Zwar bestehen bei der Beaufsichtigung der Börsen, gerade hinsichtlich der Abgrenzung von Zuständigkeiten bei internationalen Sachverhalten, Defizite. Diese können jedoch auch durch verstärkte Kooperationen und Absprachen zwischen den mitgliedstaatlichen Aufsichtsinstanzen beseitigt werden. Insofern käme auch eine koordinierende europäische Instanz, die jedoch nicht die alleinige Aufsichtskompetenz besitzt, sondern die nationalen Börsenaufsichten koordiniert und damit zur gegenseitigen Zusammenarbeit beiträgt, als milderes Mittel in Betracht. 48 Die Schaffung einer alleinigen europäischen Aufsicht würde damit eine Maßnahme darstellen, die über das zur Erreichung des Ziels erforderliche Maß hinausgehen und somit gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip des Art. 5 III EGV verstoßen würde.

388

⁴³ Mit weiteren Argumenten: Hoppmann (Fn. 40), S. 210 f.

⁴⁴ So auch beim System der Europäischen Zentralbank und den nationalen Zentralbanken; vgl. Herdegen, Europarecht, 6. Auflage (2004), Rn. 386 ff.

⁴⁵ Vgl. Wittich (Fn. 33), S. 29.

⁴⁶ Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip vgl. Calliess, in: Calliess/Ruffert (Fn. 28), Art. 5 EGV, Rn. 45 ff.

⁴⁷ Vgl. Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Auflage (2003), Art. 5, Rn. 39; Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Fn. 41), Nr. 7.

⁴⁸ Vgl. zur Anwendung milderer Mittel auch EuGH, Rs. 261/81, Rau/De Smedt, Slg. 1982, S. 3961, Rn. 17.

Für die Gründung einer zentralen europäischen Börsenaufsicht besteht damit zum jetzigen Zeitpunkt weder eine Kompetenzgrundlage, noch könnte eine solche ausgeübt werden. ⁴⁹ In Betracht käme jedoch eine koordinierende Instanz, die wie z. B. das Statistische Amt der Europäischen Gemeinschaften (Eurostat), die Europäische Umweltagentur in Kopenhagen oder das Europäische Patentamt geschaffen werden könnte. ⁵⁰ Eine solche Einrichtung könnte die nationalen Aufsichten beraten, die gegenseitige Zusammenarbeit koordinieren und eine Angleichung des Börsen- und Kapitalmarktrechts vorantreiben.

b) Lösung durch Kompetenzausweitung der nationalen Aufsichtsbehörden

Börsenaufsichtbehörde, Handelsüberwachungsstelle und Sanktionsausschuss handeln hoheitlich und sind Träger öffentlicher Gewalt. Da die Macht des Staates jedoch an seinen Grenzen endet (Territorialitätsprinzip), fehlt diesen Institutionen die Möglichkeit – ohne den Rückgriff auf besondere Anerkennungsakte oder Amts-/Vollstreckungshilfe – außerhalb des nationalen Territoriums tätig zu werden. 51

So haben gem. §§2 I S. 6 und 4 III BörsG die Börsenaufsichtsbehörde und die Handelsüberwachungsstelle das Recht, die Geschäftsräume der Handelsteilnehmer zu betreten. Aufgrund des Territorialitätsprinzips ist dies bei Handelsteilnehmern mit Sitz im Ausland jedoch nicht möglich. Es bleibt einzig die Möglichkeit der Amtshilfe durch die ausländischen Behörden.⁵²

Diesem Problem könnte durch eine Auflockerung des Territorialitätsprinzips und damit durch eine grenzüberschreitende Kompetenzausweitung der nationalen Aufsichtsbehörden begegnet werden. Ein Eingriff in die staatliche Souveränität dürfte je-

⁴⁹ Vgl. Hoppmann (Fn. 40), S. 212.

⁵⁰ Eurostat fördert die Zusammenarbeit der nationalen Statistischen Ämter und trägt zur Vereinheitlichung der Statistiksysteme bei. Es wurde kraft der Organisationsgewalt der Gemeinschaft gegründet; vgl. *Oppermann* (Fn. 40), Rn. 445 ff.; http://europa.eu.int/en/comm/eurostat, Abruf am 25. 3. 2005.

Die Aufgabe der Europäischen Umweltagentur besteht darin, in Zusammenarbeit mit nationalen und internationalen Organisationen Daten über den Umweltschutz zu sammeln, auszuwerten und zu verbreiten. Als abhängige juristische Person des Gemeinschaftsrechts beruht sie auf der Grundlage einer auf Art. 175 EGV gestützten Verordnung (VO 1210/90 vom 7.5. 1990, ABl. Nr. L 120, S.1); vgl. *Herdegen* (Fn. 44), Rn. 158 und 413 ff.; http://local.de.eea.eu.int, Abruf am 25.3. 2005.

Das Europäische Patentamt stellt dagegen eine unabhängige juristische Person "am Rande der EG" dar, die auf Basis völkerrechtlicher Instrumente (Europäisches Patentübereinkommen vom 5.10. 1973, BGBl. II 1976, S. 826, Gemeinschaftspatentübereinkommen vom 15.12. 1989, ABl. Nr. L 401 vom 30.12. 1989, S. 1) geschaffen wurde. Ihre Aufgabe besteht in der Prüfung und Erteilung von europäischen Patenten; vgl. *Oppermann* (Fn. 40), Rn. 462 und 1962 ff.; http://www.european-patent-office.org/index.de.php, Abruf am 25.3. 2005.

Die Gründung einer europäischen Börsenaufsichtsinstanz über Art. 308 EGV erläutert *Hoppmann* (Fn. 40), S. 210; kritisch zur Übertragung von hoheitlichen Befugnissen auf Grundlage des Art. 308 EGV: *Herdegen* (Fn. 44), Rn. 158.

⁵¹ Vgl. Kurth (Fn. 35), S. 1522.

⁵² Vgl. Kurth, ebd.

390 StudZR 3/2005

doch auf heftigen Widerstand stoßen. Insbesondere da die Gefahr besteht, dass die Eingriffe politisch motiviert sein könnten, würde sogar ein vollständiger Souveränitätsverzicht durch die Gründung einer europäischen Aufsichtsbehörde mehr Befürworter finden.

c) Qualitätsverbesserung der Aufsicht

Die zunehmende Komplexität des Kapitalmarkts führt zu erhöhten Anforderungen an eine adäquate Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden. Diesen muss ausreichendes und entsprechend geschultes (bzgl. Finanzinnovationen, Sprachkenntnissen etc.) Personal zur Verfügung stehen. Denn nur durch eine wirkungsvolle Aufsicht, die mit den neuesten Entwicklungen im Finanzsektor Schritt hält, kann die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts gewährleistet werden, was auch im Interesse der Wertpapierdienstleister liegt. Dazu könnte die Errichtung einer europäischen Fortbildungseinrichtung für die Mitarbeiter der Aufsichtsbehörden beitragen, die von den europäischen Wertpapierdienstleistern und ggf. weiteren Kapitalmarktintermediären getragen wird. Dadurch könnten fachliche Kompetenzen erworben, grenzüberschreitende Kontakte aufgenommen und dem Wechsel von qualifiziertem Aufsichtspersonal auf die Seite der Beaufsichtigten, die oftmals eine bessere Ausbildung und Bezahlung versprechen, vorgebeugt werden.⁵³

4. Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Börsenaufsicht

Derzeit finden sich zahlreiche Ansätze und Konzepte zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Aufsichtsstruktur. Im Folgenden soll näher auf den Aktionsplan für Finanzdienstleistungen und die Vorschläge des Ausschusses der Weisen eingegangen werden.

a) Aktionsplan für Finanzdienstleistungen

Bereits im Oktober 1998 hat die Europäische Kommission eine Mitteilung mit Vorschlägen zur Verbesserung der Integration der europäischen Finanz- und Kapitalmärkte vorgelegt. Darauf aufbauend wurde ein Aktionsplan entwickelt ("Financial Services Action Plan", FSAP), in dem verschiedene politische Ziele und Maßnahmen zur Verbesserung des europäischen Finanzdienstleistungssektors vorgeschlagen werden. Hinsichtlich der Verbesserung der europäischen Aufsichtsstrukturen wird eine verstärkte Koordinierung der nationalen Aufsichtsbehörden sowie eine ständige Überprüfung und ggf. Anpassung der Aufsichtsregeln angestrebt, um mit der be-

⁵³ Vgl. Roegele (Fn. 19), S. 429 f.; Schlussbericht des Ausschusses der Weisen über die Regulierung der Europäischen Wertpapiermärkte, 2001, S. 24 f., abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/securities/lamfalussy/index_de.htm, Abruf am 28. 1. 2005.

⁵⁴ Mitteilung der Kommission, Finanzdienstleistungen: Abstecken eines Aktionsrahmens, KOM (1998) 625 vom 28. 10. 1998.

⁵⁵ Mitteilung der Kommission, Finanzdienstleistungen: Umsetzung des Finanzmarktrahmens: Aktionsplan, KOM (1999) 232 vom 11.5. 1999.

schleunigten Marktintegration Schritt halten zu können.⁵⁶ Eine zentrale europäische Aufsichtsbehörde soll (zunächst) nicht gegründet werden.⁵⁷

b) Ausschuss der Weisen ("Lamfalussy-Bericht")

Im Juli 2000 hat der ECOFIN-Rat⁵⁸ eine hochrangige Expertengruppe beauftragt, die sich mit der Regulierung der europäischen Wertpapiermärkte befassen sollte. Diese sog. Weisengruppe unter der Leitung von A. Lamfalussy identifizierte als größte Schwachstelle der europäische Finanz- und Kapitalmärkte die langsame EU-Rechtssetzung. ⁵⁹ Zur Beschleunigung wurde ein vierstufiges Verfahren entwickelt: In Richtlinien sollen nur noch Grundsatzfragen geregelt werden. Die technischen Einzelheiten werden von der Kommission und zwei Ausschüssen festgelegt. Dazu wurden der Europäische Wertpapierausschuss (European Securities Committee, ESC) und der Ausschuss der Europäischen Wertpapierregulierungsbehörden (Committee of European Securities Regulators, CESR) gegründet. Als weiteres Problem wurde die Vielzahl an Aufsichtsbehörden kritisiert. Der zunehmenden Integration der Wertpapiermärkte soll durch eine verstärkte Zusammenarbeit der nationalen Regulierungsbehörden begegnet werden. ⁶⁰ Die Einrichtung einer zentralen Aufsichtsbehörde wird jedoch nicht als notwendig angesehen. Für die Zukunft wird ihre Gründung jedoch nicht ausgeschlossen. ⁶¹

III. Wirtschaftsprüferaufsicht

1. Gegenwärtige Struktur der Wirtschaftsprüferaufsicht in Deutschland

Eine wesentliche Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts stellt eine transparente und zuverlässige Rechnungslegung der Unternehmen dar. Der Wert von Jahresabschlüssen für den Anleger hängt vor allem von der Verlässlichkeit der beinhalteten Informationen ab. Dafür soll der Wirtschaftsprüfer Sorge tragen, indem er ein vertrauenswürdiges Urteil über die formelle und materielle Richtigkeit des Jahresabschlusses abgibt. Eur Aufrechterhaltung des Vertrauens in den Prüfer unterliegt dieser einem im Wesentlichen zweigliedrigen System der Berufsaufsicht. Zudem wird die Prüferleistung durch eine Vielzahl an Qualitätssicherungsmaßnahmen auf einem hohen und konstanten Niveau gehalten.

⁵⁶ Vgl. Mitteilung der Kommission (Fn. 54), S. 20 f.

⁵⁷ Ebd., S. 3.

⁵⁸ Rat der Europäischen Union in der Zusammensetzung der Wirtschafts- und Finanzminister.

⁵⁹ Vgl. Schlussbericht des Ausschusses der Weisen (Fn. 53).

⁶⁰ Ebd., S. 22 ff.

⁶¹ Für das zukünftige Scheitern des Lamfalussy-Verfahrens und der daraus resultierenden Gründung einer Europäischen SEC argumentieren Hertig/Lee, Four Predictions about the Future of EU Securities Regulations, 2003, abrufbar unter: http://islandia.law.yale.edu/ccl/events/cclsymposium102103table_contents.html, Abruf am 28.1. 2005.

⁶² Vgl. Baetge/Lutter, Die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers, BB 2003, H. 11, Die Erste Seite.

a) Berufsaufsicht

Die Berufsaufsicht über die Wirtschaftsprüfer ist in die zwei Bereiche Berufsaufsicht i. e. S. und Berufsgerichtsbarkeit gegliedert:⁶³

- Die Berufsaufsicht i. e. S. wird gem. §§ 57, 61a WPO durch die Wirtschaftsprüferkammer (WPK) ausgeübt. Zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtsfunktion stehen ihr die Belehrung (§ 57 WPO) und die Rüge (§ 63 WPO) zur Verfügung.
- Bei schwereren Pflichtverletzungen kann die WPK die Einleitung eines berufsgerichtlichen Verfahrens beantragen (§§ 67 ff. WPO). Als Maßnahmen der Berufsgerichtsbarkeit stehen Warnungen, Verweise, Geldbußen, Tätigkeits- und Berufsverbote sowie der Ausschluss aus dem Beruf zur Verfügung.⁶⁴

b) Qualitätssicherung

Neben den allgemeinen Berufspflichten des § 43 I S. 1 WPO in Verbindung mit der Berufssatzung der WPK unterliegen Wirtschaftsprüfer besonderen Berufspflichten zur Sicherung einer hohen Prüfungsqualität und zur Festigung des Anlegervertrauens in die Prüferleistung. Zudem hat die WPK gemeinsam mit dem Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) interne Maßnahmen zur Qualitätssicherung entwickelt.⁶⁵

International hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, diese internen Maßnahmen zur Qualitätssicherung durch externe Maßnahmen zu ergänzen. In Deutschland waren bislang nur die Durchsicht der im Bundesanzeiger veröffentlichten Jahresabschlüsse durch die WPK sowie die generelle Berufsaufsicht durch die WPK und die Generalstaatsanwaltschaft bekannt.⁶⁶

Im Rahmen der 4. WPO-Novelle⁶⁷ wurde die externe Qualitätskontrolle durch das sog. Peer Review (§§ 57a-h WPO) ergänzt: Alle Wirtschaftsprüfer, die gesetzliche Abschlussprüfungen vornehmen, müssen alle drei Jahre ihr internes Qualitätssicherungssystem einer Kontrolle unterziehen. Da die Kontrolle durch einen anderen Berufsangehörigen durchgeführt wird, bleibt der Gedanke der berufsständischen Selbstverwaltung erhalten. Die Organisation des Verfahrens obliegt der WPK. Zur Sicherung des öffentlichen Interesses dient der Qualitätskontrollbeirat (§ 57 f. WPO a. F.), der als unabhängiges Organ und damit als Vertreter der Öffentlichkeit die Funktionsfähigkeit des Peer Review-Verfahrens überwacht.

Im Rahmen der 5. WPO-Novelle⁶⁸ wurde eine weitere Stärkung der Rolle von Vertretern des Qualitätskontrollbeirats an der Arbeit der WPK eingeführt.

⁶³ Ausführlich zur Berufsaufsicht: Sommerschuh, Berufshaftung und Berufsaufsicht: Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte und Notare im Vergleich, Diss. Heidelberg 2002, S. 253 ff.

⁶⁴ Vgl. Marten/Quick/Ruhnke, Wirtschaftsprüfung, 2. Auflage (2003), S. 187 ff.

⁶⁵ Vgl. insbes. VO 1/1995 "Zur Qualitätssicherung in der Wirtschaftsprüferpraxis".

⁶⁶ Vgl. Sahner/Clauß, Qualitätskontrolle in der Wirtschaftsprüfung, 2002, S. 6.

⁶⁷ Wirtschaftsprüferordnungs-Änderungsgesetz (WPOÄG) v. 19.12.2000, BGBl. I 2000, Nr. 56, S. 1769.

⁶⁸ Wirtschaftsprüfungsexamens-Reformgesetz (WPRefG) v. 1. 12. 2003, BGBl. I 2003, Nr. 58, S. 2446.

Die 6. WPO-Novelle⁶⁹ ersetzte den Qualitätskontrollbeirat schließlich durch die Abschlussprüferaufsichtskommission (§ 66a WPO), die seit dem 1. Januar 2005 dessen Aufgaben übernimmt.

2. Die Glaubwürdigkeitskrise und ihre weltweiten Folgen

Zahlreiche Bilanzskandale in Europa und den USA haben das Anlegervertrauen in die Zuverlässigkeit der Jahresabschlüsse nachhaltig erschüttert. Der Aufgabe der Wirtschaftsprüfer, das Vertrauen der Anleger in die veröffentlichten Jahresabschlussinformationen zu sichern, konnten diese nicht gerecht werden. Da jedoch eine zuverlässige und vertrauenswürdige Rechnungslegung die Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts darstellt, wurde weltweit eine Welle gesetzgeberischer Maßnahmen losgetreten: Die Selbstregulierung des Berufsstandes soll eingeschränkt, neue Aufsichtsinstanzen sollen geschaffen werden.

a) Europäische Rechtsakte

Bereits im Jahre 1996 hat die Europäische Kommission im Grünbuch "Rolle, Stellung und Haftung des Abschlussprüfers in der Europäischen Union"⁷⁰ den Bedarf einer Harmonisierung der Qualitätssicherung festgestellt. Dazu sollen Qualitätskontrollsysteme im Rahmen der Selbstregulierung geschaffen werden.

1998 wurde deshalb ein Ausschuss für Fragen der Abschlussprüfung (Committee on Auditing) als zentrales Diskussionsforum für Prüfungsfragen in der EU eingesetzt.⁷¹ Der Schwerpunkt des Ausschusses stellte die Vorbereitung künftiger Kommissionsempfehlungen im Jahre 2000 und 2002 dar.⁷² Grundsätzlich sollte die Harmonisierung im Bereich der Abschlussprüfung dem Gedanken der Selbstregulierung des Berufsstandes folgen und ohne neue Gesetzesvorhaben durchzuführen sein.

Eine teilweise Abkehr vom Selbstregulierungsgedanken brachten die jüngsten Bilanzskandale und die Reaktion der Kommission in der 2003 veröffentlichten Mitteilung "Stärkung der Abschlussprüfung in der EU"⁷³. Kernstück des darin enthaltenen 10-Punkte-Aktionsplans stellt die Modernisierung der Achten Richtlinie Gesellschaftsrecht (sog. Abschlussprüferrichtlinie)⁷⁴ dar. Im Anschluss daran wurde am 16. März 2004 der Richtlinienvorschlag zur Modernisierung der Abschlussprüferrichtli-

⁶⁹ Abschlussprüferaufsichtsgesetz (APAG) v. 27. 12. 2004, BGBl. I 2004, Nr. 76, S. 3846.

⁷⁰ ABl. C 321 vom 28. 10. 1996, S. 1.

⁷¹ Mitteilung der Kommission betreffend die Abschlussprüfung in der Europäischen Union: künftiges Vorgehen, ABl. C 143 vom 8.5. 1998, S. 12.

⁷² Empfehlung der Kommission vom 15. November 2000, Mindestanforderungen an Qualitätssicherungssysteme für die Abschlussprüfung in der EU, ABl. L 91 vom 31.3. 2001, S. 91; Empfehlung der Kommission vom 16. Mai 2002, Unabhängigkeit des Abschlussprüfers in der EU – Grundprinzipien, ABl. L 191 vom 19.7. 2002, S. 22.

⁷³ KOM (2003) 286 vom 21.5. 2003.

⁷⁴ Achte Richtlinie 84/253/EWG des *Rates* vom 10. April 1984 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über die Zulassung der mit der Pflichtprüfung der Rechnungslegung beauftragten Personen, ABl. L 126 vom 12. 5. 1984, S. 20.

394 StudZR 3/2005

nie⁷⁵ veröffentlicht. Die Richtlinie soll zu einem umfassenden Regelwerk ausgebaut werden, das Grundsatzprinzipien zu allen die Qualität der Abschlussprüfung bestimmenden Bereichen enthält, wie z. B. Bestellung und Abberufung des Abschlussprüfers, Sicherstellung seiner Unabhängigkeit und externe Qualitätssicherung.

Die Öffentlichkeit soll verstärkt in die Berufsaufsicht über die Wirtschaftsprüfer einbezogen werden. So fordert Art. 31 Nr. 3 des Richtlinienvorschlags von den Mitgliedstaaten, eine berufstandsunabhängige öffentliche Aufsicht über die Prüfer einzurichten ("Public Oversight").

Daneben enthält der Richtlinienvorschlag Regelungen über die Zusammenarbeit der Berufsaufsichten (Art. 32 ff.): Entsprechend dem Herkunftslandprinzip der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie wird die Aufsicht dem Staat übertragen, in dem die Prüfungsgesellschaft ihren Sitz hat. Dies bedeutet, dass die Aufsichtsbehörde des Sitzstaates (= Herkunftsstaat) der Prüfungsgesellschaft allein für die Regulierung zuständig ist, doppelte und damit unnötige Kontrollen vermieden werden.

Die Umsetzung der Abschlussprüferrichtlinie durch die Mitgliedstaaten soll bis zum 1. Januar 2006 erfolgen (Art. 53).

b) Deutsche Gesetzgebung

aa) Vierte WPO-Novelle

Mit der Einführung des Peer Review im Rahmen der 4. WPO-Novelle hat der deutsche Gesetzgeber die bestehenden internen Qualitätssicherungsmaßnahmen ergänzt und auf EU-Empfehlungen bezüglich der Einführung externer Qualitätskontrollen reagiert.

bb) Fünfte WPO-Novelle

Dem Verlust des Anlegervertrauens, hervorgerufen durch die zahlreichen Unternehmenszusammenbrüche und Bilanzskandale der jüngsten Zeit, soll durch die zum 1. Januar 2004 in Kraft getretene 5. WPO-Novelle begegnet werden. Die 5. WPO-Novelle sieht eine Verbesserung der Effizienz der zweistufigen Berufsaufsicht sowie eine Beschleunigung von Ermittlungs- und berufsgerichtlichen Verfahren vor. Zudem soll die Öffentlichkeit verstärkt in die Struktur der WPK eingebunden werden ("Public Interest"), indem gem. § 59 IV WPO a. F. die Mitglieder des Qualitätskontrollbeirats und der Arbeitsgemeinschaft für das wirtschaftliche Prüfungswesen fachlich beratend an den Sitzungen des Beirats der WPK teilnehmen dürfen. Durch diese Erweiterung des Beirats der WPK soll die Transparenz der Organisation des Berufsstandes erhöht und gleichsam eine "Art Aufsichtsrat der Wirtschaftsprüferkammer"⁷⁶ geschaffen werden. Die Selbstverwaltung des Berufsstandes soll dadurch al-

⁷⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Prüfung des Jahresabschlusses und des konsolidierten Abschlusses und zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, KOM (2004) 177 vom 16.3. 2004.

⁷⁶ Wirtschaftsprüfungsexamens-Reformgesetz (WPRefG), BT-Drucks. 15/1241, Begründung, S. 38.

lerdings nicht in Frage gestellt werden. Vielmehr geht es um die Beteiligung von sachkundigen Dritten am Meinungsbildungsprozess der WPK.⁷⁷

cc) Bilanzrechtsreform und -kontrollgesetz (BilReG⁷⁸ und BilKoG⁷⁹)

Am 21. April 2004 hat die Bundesregierung zwei Gesetzesentwürfe zur Fortentwicklung und Internationalisierung der Rechnungslegungsvorschriften sowie zur Qualitätssicherung in der Abschlussprüfung vorgelegt, die am 29. Oktober 2004 vom Bundestag verabschiedet wurden. Ausgangspunkt der beiden Gesetze bildet das am 25. Februar 2003 von der Bundesregierung veröffentlichte 10-Punkte-Programm zur Stärkung des Anlegerschutzes und der Unternehmensintegrität. Dudem sollen das BilReG und BilKoG dem Richtlinienentwurf der Kommission zur Novellierung der Abschlussprüferrichtlinie sowie den im März 2003 veröffentlichten Grundsätzen der CESR⁸¹ Rechnung tragen.

Kernpunkte des BilReG stellen die Internationalisierung des Bilanzrechts und die Stärkung der Rolle des Abschlussprüfers durch Sicherung seiner Unabhängigkeit dar. Ein Wirtschaftsprüfer soll dann von der Abschlussprüfung ausgeschlossen werden, wenn die Besorgnis der Befangenheit besteht. Insbesondere soll ein Wirtschaftsprüfer nicht gleichzeitig als Interessenvertreter des zu prüfenden Unternehmens tätig sein. Die Erbringung von Prüfungs- und Beratungsleistungen für das gleiche Unternehmen wird eingeschränkt (Selbstprüfungsverbot). Die neuen Regelungen gelten weitestgehend seit dem 1. Januar 2005.

Im BilKoG ist die Schaffung einer vom Unternehmen und Abschlussprüfer unabhängigen Enforcement-Einrichtung zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Unternehmensabschlüssen vorgesehen. Damit wird die unter dem Schlagwort "Enforcement" geführte Debatte über die Einführung einer Einrichtung zur Überwachung der Rechtmäßigkeit von Jahresabschlüssen, die über die Abschlussprüfung hinausgeht, vorerst beendet. Diskutiert wurde diesbezüglich, ob eine solche Einrichtung privatrechtlich oder staatlich organisiert sein sollte. ⁸² Das zweistufige Enforcement-Verfahren vereint die Vorteile beider Organisationsformen:

⁷⁷ Vgl. Wahl, Wiedergewinnung von Vertrauen in die Arbeit des Wirtschaftsprüfers oder "Die Zukunft des Berufsstandes der Wirtschaftsprüfer", Vortrag anlässlich der 2. Hamburger Revisionstagung 2003, abrufbar unter: http://www.wpk.de/news-01a-16.html, Abruf am 28.1. 2005.

⁷⁸ Bilanzrechtsreformgesetz (BilReG) v. 4. 12. 2004, BGBl. I 2004, Nr. 65, S. 3166.

⁷⁹ Gesetz zur Kontrolle von Unternehmensabschlüssen (BilKoG) v. 15. 12. 2004, BGBl. I 2004, Nr. 69, S. 3408.

Maßnahmenkatalog der Bundesregierung zur Stärkung von Unternehmensintegrität und Anlegerschutz vom 25. 2. 2003, abrufbar unter: http://www.bmj.de/enid/3f93d0877bb89c1f913 d2b5b3be341fc,0/ai.html, Abruf am 28. 1. 2005.

⁸¹ The Committee of European Securities Regulators (CESR), Standard No. 1: Enforcement of Standards on Financial Information in Europe, CESR/03-073, März 2003.

⁸² Als Vorteile für eine private Institution wurden u. a. angeführt: Selbstregulierung zur "Verschlankung" des Staates, schnellere Reaktion, geringere Kosten, bessere Kooperationsbereitschaft der Unternehmen; als Vorteile einer staatlichen Institution gelten: Bessere Sanktionsmöglichkeiten, höhere Chance einer Akzeptanz durch SEC; vgl. WPg Sonderheft 2001, S. 1 ff.

Auf der ersten Stufe prüft ein unabhängiges privatrechtliches Gremium, die sog. "Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung", die Jahres- und Konzernabschlüsse sowie die Lageberichte von in- und ausländischen Unternehmen, deren Wertpapiere an einer inländischen Börse im amtlichen oder geregelten Markt zugelassen sind. Die Prüfung durch die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung stellt keine erneute Abschlussprüfung dar. Insofern wird sie sich nur auf bestimmte Bereiche beschränken, für die z.B. konkrete Anhaltspunkte für Unregelmäßigkeiten vorliegen. 83 Die Zusammenarbeit mit der Prüfstelle erfolgt freiwillig.

Kooperiert das Unternehmen nicht freiwillig oder kommt es aus anderen Gründen zu keiner einvernehmlichen Lösung, erfolgt auf der zweiten Stufe die Einschaltung einer staatlichen Institution, und zwar der BaFin, die die erforderlichen Maßnahmen notfalls auch mit öffentlich-rechtlichen Mitteln durchsetzen kann.

Grundsätzlich wird damit dem Gedanken der Selbstregulierung der Wirtschaft Rechnung getragen, indem der Staat nur dann hoheitlich eingreift, wenn es wirklich erforderlich ist. Start des Enforcements ist der 1. Juli 2005.84

dd) Sechste WPO-Novelle

Die verstärkte Einbindung der Öffentlichkeit in die Organisation der WPK, die im Rahmen der 5. WPO-Novelle stattgefunden hat, soll auch im Hinblick auf internationale Bestrebungen zur Schaffung eines "Public Oversight" über den Berufsstand der Wirtschaftsprüfer weiter ausgebaut werden. Am 1. Januar 2005 ist deshalb das Gesetz zur Fortentwicklung der Berufsaufsicht über Abschlussprüfer in der Wirtschaftsprüferordnung (Abschlussprüferaufsichtsgesetz, APAG)85 in Kraft getreten. Darin wird die im 10-Punkte-Programm der Bundesregierung zur Stärkung des Anlegerschutzes und der Unternehmensintegrität geforderte Stärkung der Berufsaufsicht über Wirtschaftsprüfer durch Einbeziehung unabhängiger Dritter umgesetzt. Die erstinstanzliche Aufsicht über die Wirtschaftsprüfer obliegt zwar weiterhin der WPK. Jedoch soll eine berufsstandsunabhängige Aufsichtskommission (Abschlussprüferaufsichtskommission) die WPK fachbezogen beaufsichtigen, wozu ihr weitreichende Informations- und Einsichtsrechte sowie das Letztentscheidungsrecht zustehen (§ 66a WPO).

Die Kommission geht aus dem bereits bestehenden Qualitätskontrollbeirat hervor, der dann entbehrlich wird. Für die Überwachung der Qualitätskontrolle und ihres Systems, die bislang im Aufgabenbereich des Qualitätskontrollbeirats lag, ist nun die Abschlussprüferaufsichtskommission zuständig (§ 57 f. WPO).

Vgl. Köhler/Meyer/Mauelshagen, BB-Gesetzgebungsreport: Umsetzungsstand des 10-Punkte-Plans der Bundesregierung zur Stärkung des Anlegerschutzes und der Unternehmensintegrität, BB 2004, S. 2623, 2628.

⁸⁴ Zum Ablauf des Enforcements vgl. Hommelhoff/Mattheus, BB-Gesetzgebungsreport: Verlässliche Rechnungslegung - Enforcement nach dem geplanten Bilanzkontrollgesetz, BB 2004, S. 93, 93 ff.; Mattheus/Schwab, Fehlerkorrektur nach dem Rechnungslegungs-Enforcement: Private Initiative vor staatlicher Intervention, BB 2004, S. 1099, 1099 ff.

Abschlussprüferaufsichtsgesetz (APAG) v. 27. 12. 2004, BGBl. I 2004, Nr. 76, S. 3846.

Mit der Abschlussprüferaufsichtskommission wird eine vollständig berufsstandsunabhängige Aufsichtsinstanz geschaffen, die eine teilweise Abkehr vom Grundsatz der Selbstregulierung des Berufsstandes darstellt.

c) Der Sarbanes-Oxley Act of 2002

Aufgrund der Bilanzskandale in den letzten Jahren ist in den USA am 30. Juli 2002 ein neues Gesetz, der so genannte Sarbanes-Oxley Act (SOA)⁸⁶, erlassen worden. Durch den SOA soll der Schutz der Anleger durch genauere und verlässlichere Informationspflichten verbessert werden. Dazu sieht der SOA eine Vielzahl von Maßnahmen vor. Insbesondere erfolgt durch den SOA die Implementierung einer neuen, mit weit reichenden Kompetenzen ausgestatteten öffentlichen Berufsaufsicht für Wirtschaftsprüfer (Public Company Accounting Oversight Board, PCAOB) und damit das Ende des Peer-Review-Verfahrens. Eine Berufsaufsicht entsprechend dem Gedanken der Selbstregulierung wurde in den USA faktisch abgeschafft. Zudem soll die Unabhängigkeit der Wirtschaftsprüfer z. B. durch eine interne Prüferrotation und durch den Ausschluss der gleichzeitigen Übernahme bestimmter Nicht-Prüfungsleistungen gestärkt werden.

Jedoch bleibt die Wirkung des SOA nicht nur auf US-amerikanische Gesellschaften beschränkt, da er auf alle bei der US-amerikanischen Securities and Exchange Commission (SEC) registrierte Unternehmen angewendet wird.⁸⁷ Deshalb werden auch deutsche Wirtschaftsprüfer, die Prüferleistungen für SEC-registrierte Mandanten oder deren wesentliche Tochtergesellschaften erbringen, von der extraterritorialen Wirkung des SOA erfasst.⁸⁸

Das PCAOB fordert eine Zwangsregistrierung aller (d. h. auch deutscher) Wirtschaftsprüferpraxen, die SEC-registrierte Mandanten oder wesentliche Tochtergesellschaften betreuen. ⁸⁹ Daneben führt es externe Qualitätskontrollen durch. Dazu soll das PCAOB Einsicht in alle Unterlagen und Arbeitspapiere der Prüfer haben, selbst wenn dadurch gegen Datenschutz- und Verschwiegenheitspflichten verstoßen wird. ⁹⁰

⁸⁶ H. R. 3763, 107th Cong., 2nd Sess. (Pub. L. 107-204, 116 Stat. 745 (2002)); abrufbar unter: http://www.aicpa.org/sarbanes/index.asp, Abruf am 28. 1. 2005.

⁸⁷ D. h. auch deutsche Unternehmen mit Dual Listing an der NYSE z\u00e4hlen dazu, z. B. Allianz, DaimlerChrysler, Deutsche Bank.

⁸⁸ Vgl. Marten/Quick/Ruhnke (Fn. 64), S. 446.

⁸⁹ Vgl. ausführlich Arbeitskreis "Externe und Interne Überwachung der Unternehmung" der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V., Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Act auf die Interne und Externe Unternehmensüberwachung, BB 2004, S. 2399, 2403 ff.

⁹⁰ Zur ausführlichen Darstellung der Datenschutz- und Verschwiegenheitspflichten vgl. Hilber/Hartung, Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Act auf deutsche WP-Gesellschaften: Konflikte mit der Verschwiegenheitspflicht der Wirtschaftsprüfer und dem Datenschutzrecht, BB 2003, S. 1054, 1055 ff.

3. Kritik und Ausblick

Fraglich ist, ob die weltweiten gesetzgeberischen Maßnahmen angemessene Wirkung erzielen oder als übereilte Antworten auf die jüngsten Bilanzskandale nur zusätzliche Bürokratie und keinen Nutzen hervorbringen werden. Deshalb ist kritisch zu hinterfragen, ob der Nutzen einer höheren Bilanzsicherheit den zusätzlichen Kontrollaufwand rechtfertigt.

a) Eine zusätzliche Prüfinstanz - Eingriff in die checks and balances zwischen Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer?

Eine zusätzliche Enforcement-Einrichtung, unter den Namen "Financial Reporting Review Panel" (England), "Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung" (Deutschland) oder "SEC" (USA) geplant bzw. bereits implementiert, führt zu einem Aufblähen der Kontrollinstanz mit all den Nebenwirkungen wie Bürokratismus, Schwerfälligkeit und mangelnder Flexibilität. Fraglich ist, ob eine zusätzliche Prüfinstanz neben Wirtschaftsprüfer und Aufsichtsrat wirklich erforderlich ist.

Es besteht die Gefahr, dass dadurch das jahrzehntelang gewachsene sensible Beziehungsgefüge zwischen Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer zerstört wird. 91 Der institutionellen Abhängigkeit des Wirtschaftsprüfers von der Unternehmensleitung könnte durch die Stärkung seiner persönlichen Integrität und Unabhängigkeit, durch eine verschärfte Berufsgerichtsbarkeit und durch die Ausweitung der Haftung⁹² begegnet werden. Zudem könnte die Beauftragung des Wirtschaftsprüfers durch eine unabhängige staatliche Stelle (z. B. die BaFin) die institutionelle Abhängigkeit verringern.93

Mittelfristig ist die Gründung einer europäischen Enforcement-Behörde notwendig. So könnte dem Wettbewerb der Mitgliedstaaten um die schwächste Prüfinstanz vorgebeugt und die Akzeptanz als gleichwertiger Partner der US-amerikanischen SEC erhöht werden.94

b) Eine zusätzliche Aufsichtsinstanz - Eine "Kontrolle der Kontrolleure"? Die Schaffung einer öffentlichen Berufsaufsicht ("Public Oversight"), wie sie in Deutschland unter dem Namen "Abschlussprüferaufsichtskommission" errichtet

Zur Beziehung von Vorstand, Aufsichtsrat und Prüfer vgl. Westhoff, Glaubwürdigkeit des Jahresabschlusses: Brauchen wir eine Kontrolle der Kontrolleure bezogen auf die Abschlussprüfer und wenn ja, welche?, DStR 2003, S. 2086, 2089 ff.; einen Einblick in die Realität der Unternehmensüberwachung gibt: Sihler, Unternehmensüberwachung: Erfahrungen eines Aufsichtsratsvorsitzenden, WPg Sonderheft 2001, S. 11 ff.

⁹² So bereits Emmerich, in: Busse von Colbe/Lutter: Wirtschaftsprüfung heute: Entwicklung oder Reform?, 1977, S. 223, 223 ff. sowie Mertens, ebd., S. 27 und Schulze-Osterloh, ebd., S. 108; zur Berufshaftung vgl. Sommerschuh (Fn. 63), S. 53 ff. und Marten/Quick/Ruhnke (Fn. 64), S. 180 ff.

⁹³ Vgl. Eibelshäuser/Kraus-Grünewald, Aufgabe und Auftrag des Abschlussprüfers, WPg Sonderheft 2004, S. 107, 117 f.

Vgl. Baetge/Lienau, Änderungen der Berufsaufsicht der Wirtschaftsprüfer, DB 2004, S. 2277, 2279.

wurde, erfolgt entsprechend den europäischen Vorgaben und analog zur Gründung des amerikanischen PCAOB. Durch diese zusätzliche Aufsichtsinstanz wird eine "Kontrolle der Kontrolleure" geschaffen, deren Notwendigkeit auch hinsichtlich der anfallenden Kosten bezweifelt werden darf. Neue Aufsichtsinstanzen laufen stets Gefahr, nur zusätzlichen Bürokratismus hervorzubringen und Entscheidungsprozesse zu verlangsamen.

Auch wenn ausdrücklich keine neue staatliche Behörde als Aufsichtsinstanz geschaffen werden soll, wird durch die Einbeziehung von berufsstandsunabhängigen Mitgliedern der Grundsatz der berufsständischen Selbstverwaltung in Frage gestellt. Der Schritt zur Verstaatlichung dieser Aufsichtsinstanz und damit zur vollständigen Aufgabe der berufsständischen Selbstverwaltung ist nicht mehr weit.

Als problematisch könnte sich auch die internationale Anerkennung der Aufsichtsbehörde, insbesondere durch die USA, erweisen. In den USA wurde die Selbstregulierung des Berufsstandes faktisch abgeschafft. Die Berufsaufsicht erfolgt durch eine staatliche Kontrollinstanz, das durch den SOA neu geschaffene PCAOB. Inwiefern jedoch eine Berufsaufsicht, die auf dem Grundsatz der "modifizierten Selbstverwaltung" beruht, von der SEC als gleichwertig zum PCAOB anerkannt wird, ist fraglich. Da die Mitglieder der Abschlussprüferaufsichtskommission ehrenamtlich tätig sind und hauptamtlich einer anderen Tätigkeit nachgehen, könnten Interessenkonflikte auftreten. Die Mitglieder des PCAOB müssen dagegen vollzeitbeschäftigt sein, um solche Konflikte zu vermeiden. Die SEC könnte darin eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit sehen und auch insofern die Anerkennung der Gleichwertigkeit verweigern.

Zudem wird durch die Ersetzung des erst im Rahmen der 4. WPO-Novelle eingeführten Qualitätskontrollbeirats, dessen Kompetenzen durch die 5. WPO-Novelle nochmals verstärkt wurden, durch die Abschlussprüferaufsichtskommission die WPO erneut geändert. Gerade auch im Hinblick auf die Schaffung der Enforcement-Einrichtung als Prüfinstanz für die Abschlüsse kapitalmarktorientierter Unternehmen besteht die Gefahr, dass ein undurchdringlicher Regulierungsdschungel entsteht, der kaum noch zu überblicken ist.

Im Rahmen der noch nicht lange zurückliegenden 5. WPO-Novelle wurde eine "Aufsicht über die Aufsicht" ausdrücklich abgelehnt. ⁹⁹ Die Gründung der Abschlussprüferaufsichtskommission stellt jedoch eine solche übergeordnete Aufsichtsinstanz dar. Das Vertrauen in die Prüferleistung und damit in die Verlässlichkeit der Unternehmensinformationen muss zwar durch wirksame Kontrollinstanzen gestärkt werden.

⁹⁵ Vgl. Benkert, Reform der Abschlussprüfung verhindert keine Skandale, Börsen-Zeitung online, 31.3. 2004, abrufbar unter: http://www.boersenzeitung.de, Abruf am 28.1. 2005.

⁹⁶ Vgl. Regierungsentwurf des APAG vom 20. 10. 2004, BT-Drucks. 15/3983, S. 1.

⁹⁷ Vgl. Lenz, Referentenentwurf eines Abschlussprüferaufsichtsgesetzes: noch unzureichende Kontrolle des Berufstandes, BB 2004, S. 1951, 1951.

⁹⁸ Lenz, ebd., S. 1954.

⁹⁹ Vgl. Wirtschaftsprüfungsexamens-Reformgesetz (Fn. 76), Begründung, S. 38.

Die laufende Änderung und Erweiterung dieser Instanzen dürfte jedoch kaum zur Rechtssicherheit der Kapitalmarktteilnehmer beitragen.

c) Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten

Wie im Richtlinienvorschlag zur Modernisierung der Abschlussprüferrichtlinie vorgesehen soll die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten verstärkt und verbessert werden. Entsprechend dem Herkunftslandprinzip soll dem Sitzstaat des Wirtschaftsprüfers die Regulierung übertragen und die Aufsichtsstrukturen sollen gegenseitig anerkannt werden. Anerkannt werden können jedoch nur gleichwertige Systeme. Die Wirtschaftsprüferaufsicht in den einzelnen Mitgliedstaaten ist jedoch von sehr unterschiedlicher Qualität. Eine (Mindest-)Harmonisierung wird noch viel Zeit und einen verstärkten Dialog zwischen den Mitgliedstaaten in Anspruch nehmen.

Einen weiteren Schritt in diese Richtung leistet der am 13. Januar 2004 vorgelegte Vorschlag einer Dienstleistungs-Richtlinie¹⁰⁰, die u. a. auch bei best. Wirtschaftsprüferdienstleistungen die Anwendung des Herkunftslandprinzips vorsieht.¹⁰¹

d) Regulierungsdialog mit den USA

Weltweit operierende Unternehmen verdeutlichen die Notwendigkeit von harmonisierten Regelungen ihrer Prüfung. Das Herkunftslandprinzip sollte deshalb auch auf die USA angewendet werden können. Die Registrierungspflicht sowie damit verbunden der Zugriff des PCAOB auf Arbeitspapiere deutscher Wirtschaftsprüfer verstößt gegen die Verschwiegenheitspflicht der Wirtschaftsprüfer und ist mit deutschem Recht unvereinbar. Zudem ist es auch problematisch, dass Wirtschaftsprüfer, die beim PCAOB registriert sind, einer doppelten Berufsaufsicht unterliegen: Der deutschen Berufsaufsicht durch die WPK und durch die Berufsgerichtsbarkeit sowie der US-amerikanischen Berufsaufsicht durch das PCAOB. 102 Insofern erscheint die Implementierung einer rechtlich fundierten umfassenden EU-Regulierungs- und Aufsichtsstruktur immer mehr von Bedeutung, da nur so eine gegenseitige Anerkennung der Berufsaufsicht zu erreichen sein wird.

Ein erstes Entgegenkommen wurde mit der Verlängerung der Registrierungspflicht für ausländische Wirtschaftsprüfer bei der PCAOB signalisiert. ¹⁰³ Zudem müssen keine Registrierungsangaben übermittelt werden, deren Veröffentlichung gegen nationales Recht verstoßen würde. ¹⁰⁴ Zukünftig soll, auch unter der Drohung einer

¹⁰⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleitungen im Binnenmarkt, KOM (2004) 002 vom 25. 2. 2004.

¹⁰¹ Anmerkung: Gem. Art. 17 Ziff. 15 gilt das Herkunftslandprinzip nicht für die gesetzliche Jahresabschlussprüfung; vgl. Klaas, Der Vorschlag einer EU-Dienstleistungsrichtlinie und seine Auswirkungen auf den Berufsstand der deutschen Wirtschaftsprüfer, WPg 2004, S. 389, 392.

¹⁰² Vgl. Naumann, Europa braucht dringend eine Antwort auf den PCAOB, BB 2003, H. 20, Die Erste Seite.

¹⁰³ Neucs Datum: 19. Juli 2004.

¹⁰⁴ Vgl. Keller/Schlüter, Peer Review: Perspektiven nach dem Sarbanes-Oxley Act of 2002, BB 2003, S. 2166, 2172.

analogen europäischen Registrierungspflicht, auf eine gegenseitige Anerkennung der europäischen und US-amerikanischen Aufsichtsstrukturen hingearbeitet werden. ¹⁰⁵

IV. Die Börsen- und Wirtschaftsprüferaufsicht im Vergleich

Die deutschen Börsen unterstehen einer dreistufigen staatlichen Aufsichtsinstanz: Der BaFin auf Bundesebene, den Börsenaufsichtsbehörden der Länder und den Handelsüberwachungsstellen 106 der jeweiligen Börsen.

Im Gegensatz zur staatlichen Börsenaufsicht unterliegen die Wirtschaftsprüfer als Angehörige eines freien Berufes dem Grundsatz der berufsständischen Selbstverwaltung. Ihre Beaufsichtigung obliegt der WPK, die sich aus den Berufsangehörigen zusammensetzt.

Nach zahlreichen Bilanzskandalen wird der Ruf nach umfassenderen und vor allem glaubwürdigeren Aufsichtsinstanzen laut. Eine Abkehr von einer "Beaufsichtigung durch die zu Beaufsichtigenden" soll das Anlegervertrauen wiederherstellen:

- Die Selbstverwaltung der Börsen befindet sich seit dem 2. Finanzmarktförderungsgesetz von 1994 auf dem Rückzug.¹⁰⁷ So werden die Börsen weitgehend durch staatliche Instanzen beaufsichtigt.¹⁰⁸
- Für die Wirtschaftsprüfer werden aktuell sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene berufstandsunabhängige Aufsichten geschaffen. Der Trend geht hin zu einer staatlichen Aufsichtsinstanz, wie sie das amerikanische PCAOB bereits darstellt.

Die nationalen Börsen- und Wirtschaftsprüferaufsichten sollen EU-weit entsprechend dem Herkunftslandprinzip zusammenarbeiten. Eine Übertragung der Aufsichtskompetenzen auf europäische Ebene ist weder im Bereich der Börsen- noch der Wirtschaftsprüferaufsicht geplant. Insbesondere die Gründung einer "Europäischen SEC" wird für die Zukunft jedoch nicht ausgeschlossen.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Vgl. Emmerich/Schaum, Auswirkungen des Sarbanes-Oxlex Act auf deutsche Abschlussprüfer, WPg 2003, S. 677, 680 f.; van Hulle/Lanfermann, Mitteilung der Europäischen Kommission zur Stärkung der Abschlussprüfung, BB 2003, S. 1323, 1328.

¹⁰⁶ Die Handelsüberwachungsstellen sind Teil der staatlichen Aufsicht und zugleich Element der Selbstverwaltung, vgl. Beck, in: Schwark, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 3. Auflage (2004), § 4 BörsG, Rn. 1 ff.

¹⁰⁷ Vgl. Claussen, Bank- und Börsenrecht für Studium und Praxis, 3. Auflage (2003), Rn. 30.

Zentrales Organ der Selbstverwaltung ist der Börsenrat; er hat jedoch keine eigentlichen Überwachungsaufgaben im Sinne einer Markt-/Rechtsaufsicht. Gem. § 9 II BörsG kontrolliert er u. a. die Geschäftsführung und erlässt die Börsen- und Gebührenordnung, vgl. Schwark, in: Schwark, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 3. Auflage (2004), § 9 BörsG, Rn. 1 ff.

¹⁰⁹ Die Gründung einer Europäischen SEC prognostizieren Hertig/Lee (Fn. 61).

V. Schlussbemerkung

Europa wächst zusammen – und steht damit vor bedeutenden unternehmerischen und politischen Herausforderungen. Nach dem Beitritt von zehn weiteren Staaten am 1. Mai 2004 umfasst die Europäische Union rund 450 Millionen Menschen.

Zum Zusammenwachsen gehört Integration. Integration bedeutet aber die Abgabe von nationalstaatlichen Souveränitätsrechten, wozu auch die Aufsicht über Börsen und Wirtschaftsprüfer gehört. Um das durch die jüngsten Bilanzskandale beschädigte Anlegervertrauen wiederherzustellen, müssen die Mitgliedstaaten zusammenarbeiten. Zahlreiche Gesetzesvorschläge und Rechtsakte auf europäischer Ebene weisen den Weg in die richtige Richtung. Die letztendliche Ursache der weltweiten Bilanzskandale dürfte jedoch nicht (nur) durch die zuweilen hektische Schaffung neuer Kontrollinstanzen zu lösen sein. Wo sich Vorstände in ihrem Unternehmen wie in einem Selbstbedienungsladen verhalten, wo Aufsichtsräte ihrem eigentlichen Prüfungsauftrag nicht mehr gerecht werden und mit dem Vorstand gemeinsam Kasse machen, da ist das grundlegende Problem wohl eher in der Moral bzw. ihrem Fehlen zu suchen. Der nicht unumstrittene Jesuitenpater Rupert Lay äußert in einem Interview zur heutigen Moral:

"Es ist die Moral, die sich verändert hat. Früher verhielten sich die Menschen gemäß einer theologischen Moral. Die gilt heute nicht mehr, sie ist abgelöst worden von einer sozialen Moral. An Stelle Gottes ist die öffentliche Meinung getreten. Die sagt, was sozial vertretbar ist und was nicht. Nach dieser neuen Sozialmoral darf der Mensch alles, solange es nicht herauskommt. Ich nenne das die neue Unredlichkeit. "110

Grundsätzlich gibt es also zwei Ansätze, "moralisches" Verhalten hervorzurufen:

- 1. Sicherstellung der Aufdeckung von Betrügereien etc. Dieser Ansatz wird vom Gesetzgeber z. B. durch die Schaffung neuer Kontrollinstanzen verfolgt.
- 2. Hinwirken auf eine Gesinnungsänderung und damit auf eine Überwachung "von innen heraus".

Realistischerweise müssen zur Vermeidung weiterer Bilanzskandale natürlich entsprechende Kontrollinstanzen vorhanden sein. Doch über deren Implementierung sollte die meiner Ansicht nach wesentlich wirkungsvollere Überwachung "von innen heraus" nicht vergessen werden. Denn nur so können letztlich neue Bilanzskandale verhindert, das Anlegervertrauen zurückgewonnen und der gemeinsame europäische Kapitalmarkt gestärkt werden.

¹¹⁰ Handelsblatt Nr. 76 vom 17. 4. 2003, S. k01: Die Globalisierung überfordert uns.

Yannic Weber

Die Strafbarkeit des Anstifters bei einem error in persona des Angestifteten – Zum Hoferbenfall BGHSt 37, 214

Abstract

Nur wenige Entscheidungen zum Allgemeinen Teil des StGB haben in den vergangenen fünfzehn Jahren so viel Beachtung in der juristischen Fachwelt gefunden wie das Urteil des BGH im sog. "Hoferbenfall" BGHSt 37, 214. In einer Fülle von Veröffentlichungen werden in Begründung und Ergebnis voneinander abweichende Ansichten vertreten. Mit dem vorliegenden Beitrag wird versucht, alle zum Thema entwickelten Argumente einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Am Ende wird die Erkenntnis stehen, dass die genannte Entscheidung des BGH ein Fehlurteil darstellt und dass die meisten Beurteilungen des Falles dogmatisch auf tönernen Füßen stehen.

^{**} Cand. iur. Yannic Weber studiert im 6. Semester Rechtswissenschaften an der Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag fußt auf einer Arbeit, die im Wintersemester 2004/05 im Rahmen des Seminars "Täterschaft und Teilnahme" bei Privatdozent Dr. Ralph Ingelfinger (Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Prof. Dr. Thomas Hillenkamp), entstand. Ihm sowie Herrn Rechtsreferendar Jan Dehne-Niemann gilt für die Hilfe bei Umarbeitung und Durchsicht der herzliche Dank des Verfassers.

404 StudZR 3/2005

I. Einführung

Das Problem der Auswirkung eines Objektsirrtums beim Angestifteten auf den Anstifter, wie es im "Hoferbenfall" BGHSt 37, 214 auftrat, gehört zu den bekanntesten des allgemeinen Teils des deutschen Strafrechts überhaupt. Dies liegt weniger, wie Puppe konstatierte,¹ an der praktischen Bedeutung dieser Konstellation, die in Deutschland in fast 150 Jahren nur dreimal Gegenstand von Gerichtsentscheidungen war. Vielmehr übt sie auf die Strafrechtswissenschaft eine besondere Faszination aus, weil sie neben dem Problemfeld der Teilnahme auch viele andere strafrechtliche Problemgruppen tangiert – Irrtum, Vorsatz sowie Zurechnung –; und ferner, weil das Thema in der gesamten Lehre heillos umstritten ist. Demgemäß wurden und werden fast alle auch nur denkbaren Ergebnisse vertreten.

Im Folgenden sollen zunächst in gebotener Kürze die Definitionen der für die Lösung des Problems relevanten Rechtsfiguren des "error in persona" und der "aberratio ictus" skizziert und deren Behandlung auf Rechtsfolgenseite dargestellt werden. Der Hauptteil der Untersuchung wird sich mit einer Erläuterung der widerstreitenden Theorien befassen. Minimalziel des Beitrags ist die Feststellung, welche Argumente sich in dem traditionsreichen Streit behaupten konnten und welche nicht mehr tragfähig sind. Ausschließlich auf diese Weise kann angesichts der unüberschaubaren Vielfalt an Beiträgen das Thema einer Lösung etwas näher gebracht werden; denn "es muss die Strafrechtswissenschaft beunruhigen, wenn es ihr nicht gelingen will, für einen tatsächlich derart einfach liegenden Fall eine (...) plausibel begründete Lösung zu erarbeiten".²

Der Sachverhalt dieses "einfachen" Falls liest sich in den Worten des BGH wie folgt:3

Sachverhalt

"Der Angeklagte hatte sich 1984 entschlossen, K. – seinen Sohn aus erster Ehe, den Hoferben – zu töten. Er hatte dem Sohn den Hof gegen Einräumung eines Nießbrauchs übergeben; das Nießbrauchsrecht machte K. ihm aber streitig. Dieser ließ sich auch – meist unter Alkohol – eine Reihe tätlicher Übergriffe zuschulden kommen. Der Angeklagte fürchtete daher neben der Existenzvernichtung den Verlust seines Heimes und sah den häuslichen Frieden nachhaltig gestört. (...) Es gelang ihm, den Mitangeklagten S. gegen das Versprechen einer Geldsumme für die Tötung zu gewinnen; (...) S. sollte K. im Pferdestall töten, den dieser bei seiner Heimkehr regelmäßig durchquerte; das nähere Vorgehen war ihm überlassen. Um sicherzugehen, dass andere Personen nicht zu Schaden kamen, unterrichtete der Angeklagte den Mitangeklagten S. über die Gewohnheiten und das Aussehen seines Sohnes, ferner legte er ihm ein Lichtbild vor. Er suchte am 24. 11. 1985 S. auf und setzte ihm im Hinblick auf mehrere gescheiterte Anläufe – bei einem von ihnen hatte S. den Sohn auch gesehen – eine Frist zur Ausführung der

¹ Puppe, Anmerkung zu BGH NStZ 1991, S. 123 f., NStZ 1991, S. 124.

² Puppe (Fn. 1) S. 124.

³ BGHSt 37, 214.

Tat, welche nunmehr mit einem vom Angeklagten ausfindig gemachten Kleinkalibergewehr verübt werden sollte. S. begab sich darauf am 25. 11. 1985 zum Hof des Angeklagten und in den Pferdestall. Er traf dort zufällig mit dem Angeklagten zusammen, der sein Vorhaben erkannte und sich durch eine Frage vergewisserte, dass er K. werde erkennen können. S. wartete sodann in dem Stall auf das Erscheinen des Opfers. Es war dunkel, eine gewisse Helligkeit wurde lediglich dadurch erzeugt, dass Schnee lag. Gegen 19 Uhr betrat B., ein Nachbar, den Hof und öffnete die Stalltür. Er ähnelte K. in der Statur und führte in der Hand eine Tüte mit sich, wie dieses auch K. zu tun pflegte. S. nahm deshalb an, K. vor sich zu haben, und erschoss den nichts ahnenden Nachbarn aus kurzer Entfernung."

Vom Landgericht Bielefeld war der Angeklagte wegen versuchter Anstiftung zum Mord zu einer Freiheitsstrafe von 13 Jahren verurteilt worden. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft änderte der BGH den Schuldspruch von versuchter Anstiftung auf vollendete Anstiftung zum Mord; gleichzeitig hob er auf die Revision der Verteidigung im Strafausspruch das Urteil unter Zurückverweisung auf. Eine andere Schwurgerichtskammer verurteilte den Angeklagten wegen Anstiftung zum Mord zu lebenslanger Freiheitsstrafe. Auf die abermalige Revision der Verteidigung wurde dieses Urteil aufgehoben und an das Landgericht Dortmund verwiesen, das dem Angeklagten verminderte Schuldfähigkeit zubilligte und eine Freiheitsstrafe von 12 Jahren verhängte.

Bei der Bezeichnung der beteiligten Personen herrscht im Schrifttum Uneinheitlichkeit. Sie werden entweder wie die Männer im Original-"Rose-Rosahl-Fall" "Rose", "Rosahl", "Harnisch" und "Schliebe" genannt, wie in BGHSt 37, 214 mit "S.", "Angeklagter", "K" und "B" bezeichnet oder mit beliebigen Großbuchstaben versehen. Zur besseren Verständlichkeit wird im Folgenden unter "Angestifteter" der die Haupttat unmittelbar ausführende Vordermann (Rose/S.), unter "Anstifter" der Hintermann, um dessen Strafbarkeit es hier geht (Rosahl/Angeklagter), unter "Tatopfer" der durch die Haupttat des Angestifteten geschädigte Mensch (Harnisch/B.) und schließlich unter "Tatzielsubjekt" der tatsächlich nicht Geschädigte, auf den die Anstiftung aber abzielte (Schliebe/K.), bezeichnet.

Im Folgenden sollen zunächst Bedeutung und Rechtsfolgen der juristischen Termini "error in persona" und "aberratio ictus" geklärt werden, auf die es bei dem Streit um die Behandlung des Rose-Rosahl- wie auch des Hoferbenfalls maßgeblich ankommt.

II. Definition von aberratio ictus und error in persona

Heutzutage gibt es mannigfaltige Versuche, die Konstellationen voneinander abzugrenzen. Eine hieb- und stichfeste Definition ist noch niemandem gelungen. Bloße Übersetzungen wie "Irrtum über die Person" und "Fehlgehen des Angriffes" helfen

⁴ LG Bielefeld, Urteil vom 23.10. 1989 – 10 Ks 46 Js 571/87 (unveröffentlicht).

⁵ PrOTr GA 7 (1859), S. 322.

in Grenzfällen nicht weiter.⁶ Um den Rahmen nicht zu sprengen, wird im Folgenden vereinfachend von Lehrbuchdefinitionen ausgegangen. Demnach werden unter "errores in persona" "Fehlvorstellungen, die sich auf die Identität (...) der betroffenen Person beziehen", verstanden.⁷ Angriffs- und Verletzungsobjekt resp. -subjekt sind hier *identisch*. Der error in persona ist nach heute unbestrittener Ansicht bei Gleichwertigkeit von vorgestelltem und verletztem Objekt in der Regel⁸ unbeachtlich,⁹ weshalb sich der Angestiftete wegen vollendeten Mordes strafbar gemacht hat. Unter "aberratio ictus" ist hingegen das "Fehlgehen der Tat" zu verstehen. Angriffs- und Verletzungsobjekt sind hier *verschieden*.¹⁰ Die rechtsfolgenmäßige Behandlung der letzteren Rechtsfigur ist sehr umstritten.¹¹

Eine Minderheitsauffassung bestreitet generell oder doch für den Regelfall die Beachtlichkeit der aberratio ictus. ¹² Sie sei, so wird innerhalb dieser Meinungsgruppe teilweise argumentiert, wie ein error in persona zu behandeln und habe wegen der gleichen Rechtsfolgen keine eigene Existenzberechtigung. ¹³ Ein Argument der Vertreter dieser Mindermeinung ist, dass sowohl die aberratio ictus als auch der error in persona Fälle beschreiben, in denen der Täter "ein anderes Individuum verletzt hat, als er verletzen wollte". ¹⁴

Dieses Argument krankt schon an der Wurzel: Dass der von der Tätervorstellung gedeckte Tatbestand sich nur teilweise verwirklicht, ist ganz unstreitig bei beiden Kon-

⁶ Rath, Zur strafrechtlichen Behandlung der aberratio ictus und des error in objecto des Täters, 1993, S. 15; Eser/Burkhardt, Strafrecht I, 4. Auflage (1992), S. 106, Rn. 10. – Als Grenzfall vgl. etwa die der Entscheidung BGH NStZ 1998, 294 ("Autobombenfall") zugrundeliegende Konstellation, in der für die Strafbarkeit der Vorderleute unterschiedlich beurteilt wird, ob von einem vorsatzirrelevanten error in persona, von einer vorsatzrelevanten aberratio ictus oder von einem ausnahmsweise vorsatzrelevanten error in persona auszugehen ist.

⁷ Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 34. Auflage (2004); Rn. 247.

⁸ Diese drei Worte werden in der Literatur meist unterschlagen, siehe Herzberg, Aberratio ictus und error in obiecto (1. Teil), JA 1981, 369; differenzierend auch Toepel, Aspekte der "Rose-Rosahl"-Problematik, JA 1996, S. 886, 887 f.

⁹ Vgl. BGHSt 11, 270; BGHSt 37, 216.

¹⁰ Wessels/Beulke (Fn. 7), Rn. 250; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage (2002), § 13, Rn. 29.

¹¹ Eine Übersicht zum Streitstand findet sich bei *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage (2003), 9. Problem, S. 59 ff. Auf die dort dargestellte "Adäquanztheorie" und die "materielle Gleichwertigkeitstheorie" soll hier nicht weiter eingegangen werden.

Hälschner, Der Kriminalprozeß gegen Rose und Rosahl, ein Beitrag zur Lehre vom Irrthum, GA 7 (1859), S. 433, 439; Beling, Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1910, S. 49 f.; Finger, Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetz-Buch, in: Binding-FS, 1911, S. 259, 268; Loewenheim, Error in Obiecto und aberratio ictus – OLG Neustadt NJW 1964, 311, JuS 1966, S. 310, 315; Puppe, Zur Revision der Lehre vom "konkreten" Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 128 (1981), S. 1, 20; Altenhain, Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß, 1994, S. 96 ff.

¹³ Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 491 ff.; Loewenheim (Fn. 12), S. 313.

¹⁴ Puppe (Fn. 12), S. 6 f.; Loewenheim (Fn. 12), S. 314.

stellationen der Fall. Es geht vielmehr darum, ob eine geschehene Teilverwirklichung, die auch vom Vorsatz gedeckt sein muss, den objektiven Tatbestand des betroffenen Deliktes schon (dann error) oder noch nicht (dann aberratio) erfüllt, ¹⁵ also darum, ob Angriffs- und Verletzungsobjekt identisch sind. Zudem erscheint es dogmatisch als nicht überzeugend, die unvorhergesehene Verwirklichung eines (abstrakt) tatbestandlich gleichwertigen Erfolges und den Erfolgswillen des Täters zu einer vollendeten Vorsatztat zusammenzuziehen, nur weil beide durch eine Handlung verbunden werden. ¹⁶ Genau diese Vorgehensweise wählt aber die Mindermeinung, wenn sie im Falle der vorliegenden Konstellationen eine vollendete Vorsatztat annimmt. Nach alledem ist die Rechtsfigur der aberratio ictus in Bezug auf das Verletzungsobjekt als vorsatzrelevanter Tatbestandsirrtum gemäß § 16 zu behandeln; in Bezug auf das Angriffsobjekt ist regelmäßig von einer Versuchsstrafbarkeit auszugehen. ¹⁷

Die Gleichsetzung einer aberratio ictus mit einem error in persona hält somit einer ersten Betrachtung nicht stand. Im Hinblick auf das tatsächlich getroffene Objekt wird daher im Folgenden die aberratio ictus für vorsatzrelevant gehalten.

III. Die umstrittene Fallkonstellation

1. Anno 1859: "Rose/Rosahl I"

Das erste Judikat, das sich mit dem Zusammentreffen von Anstiftung und Objektsirrtum beim Angestifteten beschäftigte, stammt vom Schwurgerichtshof Halle/Saale und erging am 18.2. 1859. Es ging, bezeichnet nach den Namen der Angeklagten, als Fall "Rose-Rosahl" in die Rechtsgeschichte ein. Der Sachverhalt entsprach im Wesentlichen¹8 dem des Hoferbenfalls. Das Preußische Obertribunal (PrOTr) als Beschwerdegericht verurteilte beide Angeklagten, Anstifter und Angestifteten, wegen Mordes zum Tode. In der Entscheidungsbegründung wurde unter anderem darauf abgestellt, dass es "Kausalnexus" zwischen Anstiftung und Tat gegeben habe.¹9 Der Anstifter habe dem Angestifteten aufgetragen, denjenigen zu töten, den dieser als Tatzielsubjekt identifizieren würde und genau das habe der Angestiftete getan. Die Ungeschicklichkeit des Angestifteten bei der Ausführung der Tat, die zum Tod des "Falschen" führte, könne den Anstifter nicht von der vollen Verantwortlichkeit für die Anstiftung entbinden.

¹⁵ Eser/Burkhardt (Fn. 6), S. 108, Rnn. 21 f.

¹⁶ Herzberg, Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW 83 (1973), S. 867, 882; ders. (Fn. 8), S. 372.

¹⁷ Auf das vielleicht wichtigste und umstrittenste Argument ("Gattungsvorsatz") wird im Rahmen der Auseinandersetzung mit der sog. "Unbeachtlichkeitstheorie" noch zurückzukommen sein.

¹⁸ Auf eine wichtige, vom BGH übersehene oder sonst übergangene Abweichung im Detail wird weiter unten eingegangen.

¹⁹ PrOTr GA 7 (1859), S. 337.

2. Die Entwicklung nach Rose/Rosahl I bis zur Entscheidung BGHSt 37, 214 ff.

Die Entscheidung schlug schnell hohe Wellen, und die Strafrechtswissenschaft begann ihre bis heute andauernde Debatte. Früher vorgebrachte Argumente sollen bei der Vorstellung der Theorien besprochen werden. An dieser Stelle sei nur auf zwei früher diskutierte, unterschiedliche Ansätze für die Begründung der Beachtlichkeit der aberratio ictus hingewiesen: Eine Ansicht sah den entscheidenden Unterschied darin, dass im Gegensatz zum error in persona nicht die Person getroffen wurde, die hätte getroffen werden sollen;²⁰ eine andere stellte auf die Abweichung des Vorsatzes vom Kausalverlauf der Handlung ab, die bei der aberratio gegeben sei, beim error jedoch nicht.21

IV. Der "Hoferbenfall" BGHSt 37, 214

Die Entscheidung im "Hoferbenfall" BGHSt 37, 214 ff. befreite die Konstellation des im error in persona befangenen Angestifteten vom Makel des dogmatischen "Glasperlenspiels". 22 Im Weiteren werden die zur Auswirkung der Objektsverwechselung des Angestifteten auf den Anstiftervorsatz vertretenen Theorien²³ dargestellt und auf ihre argumentative Standfestigkeit hin überprüft.

1. Die unterschiedlichen Auffassungen

In Übereinstimmung mit der gängigen Praxis werden hier drei Meinungsgruppen unterschieden. Die Ansicht des BGH wird der Gruppe der so genannten "vermittelnden Meinungen" zugerechnet, obwohl sich das Gericht nicht ausdrücklich dazu bekennt.²⁴ Die verschiedenen Auffassungen sollen hier nach der Methode des Vorgehens in der Argumentation und nicht nach dem Ergebnis im Einzelfall unterschieden werden.

a) Die "Unbeachtlichkeitstheorie"

Eine in der Literatur vertretene Ansicht hält den error in persona beim Angestifteten in Bezug auf den Anstiftervorsatz für unbeachtlich.25

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige 20 Handlung und die Arten des Delikts. Band 3: Der Irrtum, 1918, S. 195 und S. 222 ff.; Ibach, Die Anstiftung, 1912, S. 83; Graf zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1947, S. 26.

Bemmann, Zum Fall Rose-Rosahl, MDR 1958, S. 817, 818 f. 21

Vgl. Stratenwerth, Objektsirrtum und Tatbeteiligung, in: Baumann-FS, 1992, S. 57.

²³ Einen groben Überblick bietet Hillenkamp (Fn. 11), 26. Problem, S. 170 ff.

BGHSt 37, S. 217 ff.

Siehe die unten Genannten und ferner Kohlrausch/Lange, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43. Auflage (1961), Bem. VII nach § 48; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Auflage (2004), § 16, Rn. 5; von Weber, Grundriss des Deutschen Strafrechts, 1948, S. 75; Altenhain (Fn. 12), S. 100 ff.; Ebert, Strafrecht Allgemeiner Teil,

aa) Darstellung

Innerhalb dieser Auffassung wird unterschiedlich argumentiert. Zunächst soll der Irrtum des Angestifteten für den Anstifter deshalb unbeachtlich sein, weil er im Angestifteten den Entschluss zum Mord hervorgerufen hat, der schließlich in die Tat umgesetzt worden ist: Der Anstifter habe ein Risiko (Tötung eines Menschen) begründet, das sich verwirklicht habe.²⁶

Als weiteres Argument wird das Akzessorietätsprinzip aus § 26 StGB herangezogen: Danach hat die Anstiftung mit der Haupttat dergestalt verknüpft zu sein, dass die Strafbarkeit des Anstifters vom Stadium der Verwirklichung der Haupttat abhängig ist. 27 Dann aber könne die Zurechnung der Haupttat zum Anstifter nur unterbleiben. wenn der Angestiftete im Exzess handelte. Ein solcher läge im Hoferbenfall nicht vor, weil der Angestiftete nicht über die Vorgaben des Anstifters hinaus tätig geworden sei, als er den Menschen attackierte, den er für das Tatzielsubjekt hielt und auf welchen sich sein Vorsatz bezog.²⁸ Eine eigene, von den Vorgaben des Anstifters abweichende Entschließung des Haupttäters sei nicht zu erkennen.29 Vielmehr habe der Angestiftete dasjenige Tatopfer getötet, das er in rechtlich relevanter Weise töten wollte. Dann aber gebe es keinen Grund, den Anstifter unter dem Regime des Akzessorietätsgrundsatzes anders zu bestrafen als den Angestifteten.30 Hinzugefügt wird, eine vom Haupttäterverhalten abweichende Beurteilung des Anstifters sei nicht zulässig, da sich Anstifter- und Angestiftetenvorsatz nicht unterschieden: Der Anstifter wolle durch den Angestifteten nicht das Tatzielsubjekt töten, sondern die Person, welche der Angestiftete für das Tatzielsubjekt halten werde; auch der Angestiftete wolle ja – wenngleich in rechtlich irrelevanter Weise – das Tatopfer nur unter der Voraussetzung töten, dass es das Tatzielsubjekt sei.31

^{3.} Auflage (2001), S. 213; Backmann, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, JuS 1971, S. 113, 119.

Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage (1969), § 13 (S. 75); Schmitt, Zwei Strafrechts-klausuren für Anfänger, Jura 1982, S. 549, 552; Mitsch, Urenkel von Rose und Rosahl (?), Jura 1991, S. 373, 375.

²⁷ Wessels/Beulke (Fn. 7), Rn. 551; Kühl (Fn. 10), §20 Rn. 166; Hünerfeld, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 99 (1987), S. 228, 246 f.

²⁸ PrOTr GA 7 (1859), S. 337; Hälschner (Fn. 12), S. 447.

²⁹ PrOTr GA 7 (1859), S. 337.

³⁰ Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch, 8. Auflage (1992), § 23, Rn. 26; Ibach (Fn. 20), S. 80; Schroth, Vorsatz und Irrtum, 1998, S. 105; Loewenheim (Fn. 12), S. 314; Geppert, Zum "error in persona vel obiecto" und zur "aberratio ictus" insbesondere vor dem Hintergrund der neuen "Rose-Rosahl- Entscheidung" (= BGHSt 37, 214 ff.), Jura 1992, S. 163, 167.

³¹ PrOTr GA 7 (1859), S. 337; von Dollmann, Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 10. November 1861 mit Erläuterungen, 1862, S. 479; Hälschner (Fn. 12), S. 439 f., 445; Walther, Zur Diskussion über die Verwechslungs- und Aberrationsfälle, GA 18 (1866), S. 401, 414; Ibach (Fn. 20), S. 80 f.; Loewenheim (Fn. 12), S. 314; Streng, Die Strafbarkeit des Anstifters bei error in persona des Täters (und verwandte Fälle) – BGHSt 37, 214 ff., JuS 1991, S. 910, 914; ähnlich ("Tatplan") Puppe, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 131 (1984), S. 101, 120 f.; Schroth (Fn. 30), S. 109.

In eine ähnliche Richtung zielt ein weiterer Gedanke. Demnach bestehe zwischen Tatbestand und Tatbestandsvorsatz in der problematischen Fallkonstellation überhaupt kein Deckungsproblem, weil der Täter die von im objektiv begangene Tat – analog zur Behandlung des Subsumtionsirrtumes – nicht in allen Punkten richtig erfassen müsse.³²

Andere Stimmen argumentieren, der Anstifter habe das Tatopfer ausreichend individualisiert und sei schon deshalb strafbar.³³ Dieses Argument ist nur aus einem Standpunkt heraus zu verstehen, nach dem der Anstifter – entsprechend der Benutzung eines leblosen Werkzeuges – für die Fehler des Angestifteten verantwortlich zu machen ist.³⁴

Das umstrittenste Argument einiger Vertreter der Unbeachtlichkeitstheorie sei zum Schluss genannt. Die Nichtübereinstimmung von Tatzielsubjekt und Tatopfer sei für den Anstifter (und auch den Angestifteten) irrelevant, weil für die "Kenntnis" eines Tatobjektes immer schon dessen Kenntnis in seinen Gattungsmerkmalen ausreichend sei. 35 Wie für Vorsatz auch sonst Tatobjektskonkretisierung nicht erforderlich sei, genüge das Bestehen dieses Gattungsvorsatzes beim Anstifter, gerichtet auf das Tatopfer, für eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat. 36 Wer eine bestimmte Person treffen wolle, sei sich auch über die gleichzeitige Verletzung des Gattungsobjekts "Mensch" im Klaren. 37 Der Irrtum des Angestifteten sei somit für den Anstiftervorsatz irrelevant.

Aus den genannten Gründen will die dargestellte Auffassung den Anstifter im Fall BGHSt 37, 214 wegen vollendeter Anstiftung zum Mord gleich dem Angestifteten bestrafen.

bb) Kritik

Die Unbeachtlichkeitstheorie ist von Beginn an auf Kritik gestoßen. Das erste Argument, das bei Lichte betrachtet keine Geltung beanspruchen kann, ist das vom Hervorrufen des Angestiftetenvorsatzes und der Risikoschaffung. Statt die Diskrepanz zwischen Tätervorsatz und Verwirklichung des objektiven Tatbestandes zu untersuchen, wird nur die Kausalbeziehung zwischen der Anstiftungshandlung und dem Erfolg der Haupttat beschrieben. Eine solche Reduzierung missachtet jedoch die notwendige Kongruenz zwischen Anstiftervorsatz und Haupttatverlauf und verstößt dadurch gegen das in § 16 StGB niedergelegte Prinzip schuldangemessenen Strafens. 38

³² Beling (Fn. 12), S. 48 f.

³³ Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat. Ein Lehrbuch, 7. Auflage (1989), S. 353 f.

³⁴ Ibach (Fn. 20), S. 80 f.

³⁵ Puppe, in: NK, §16, Rn. 120; dies. (Fn. 12), S. 3; Schroth (Fn. 30), S. 101 f., Loewenheim (Fn. 12), S. 312 f.

³⁶ Schroth (Fn. 30), S. 102.

³⁷ Loewenheim (Fn. 12), S. 312.

³⁸ Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 64; Tiedemann, Die Anfängerübung im Strafrecht, 4. Auflage (1999), S. 213; Rönnau/Nebendahl, Strafrecht: Der eifersüchtige Nebenbuhler, JuS 1990, S. 745, 748; Saliger,

Aber auch das Argument, das Akzessorietätsprinzip hindere eine andere Bewertung als die der Unbeachtlichkeitstheorie, weil es außerhalb des Falles des Exzesses beim Angestifteten keinen Raum und keinen Grund gebe, den Anstifter milder zu bestrafen, trägt nicht. Die Vertreter der Unbeachtlichkeitstheorie behandeln die Konstellation, wenn sie den Irrtum des Angestifteten dem Anstifter ohne weiteres zurechnen, wie einen Irrtum über den Kausalverlauf. Diese Gleichsetzung ist jedoch unangebracht, weil der Angestiftete aus der Sicht des Anstifters für die Verwirklichung des Planes derart wichtig ist, dass sein Handeln nicht wie ein einfacher Kausalfaktor behandelt werden darf, bei dessen Fehlen die Tat ohne weiteres zum Vorsatz zugerechnet werden kann.³⁹ Überdies ist schon der Ausgangspunkt der Überlegung nicht ganz richtig: Erstens beruht sie auf einem Zirkelschluss, weil sie versucht, mit der Rechtsfolge des § 26 StGB den Vorsatz zu beweisen. § 26 setzt aber Vorsatz bereits voraus. 40 Und zweitens ist die Akzessorietät durch die Bezugnahme auf die Vorsätzlichkeit und Rechtswidrigkeit der Haupttat limitiert, und die Limitation betrifft insbesondere den hier in Frage stehenden Vorsatz, 41 der teilweise sogar als "streng unakzessorisch" bezeichnet wird.42

Die an die obige Argumentation anknüpfende Behauptung, Haupttäter- und Anstiftervorsatz würden sich gleichen, überzeugt ebenso wenig. Denn in den zugrundeliegenden Fällen "Rose-Rosahl" und "Hoferbe" kannte der Angestiftete das Tatzielsubjekt ja, und der Anstifter wusste das auch. Für den Anstifter lag es außerhalb seiner Vorstellungen, dass der Angestiftete einer Verwechslung erliegen könnte. ⁴³ Hiergegen wird von Seiten der Unbeachtlichkeitslehre eingewandt, der Anstifter habe, gerade weil er sich keine Vorstellung von diesem Irrtum machte, den Tod der Person gewollt, die der Angestiftete für das Tatzielsubjekt halten würde, weil diese Person für ihn mit dem Tatzielsubjekt identisch gewesen sei. ⁴⁴ Das überzeugt nicht. Die Beurteilung des Vorsatzes des Hintermannes muss sich danach richten, wie er sich die Tatbegehung vorstellte. ⁴⁵ Dem "Vorstellungshorizont" des Haupttäters darf kein Übergewicht gegenüber dem des Anstifters zugewiesen werden. Der Anstifter wollte gerade nicht das Tatopfer töten, ⁴⁷ er hatte sich den Erfolgseintritt beim Tatopfer nicht vorgestellt

Der praktische Fall - Strafrecht: Mordanschläge mit Hindernissen, JuS 1995, S. 1004, 1005.

³⁹ Weßlau, Der Exzeß des Angestifteten, ZStW 104 (1992), S. 105, 108.

⁴⁰ Nikolidakis, Grundfagen der Anstiftung. Strafgrund – agent provocateur – Objektsverwechslung, 2003, S. 116; Schlehofer, Der error in persona des Haupttäters – eine aberratio ictus für den Teilnehmer?, GA 139 (1992), S. 307, 310; Sowada, Das Opfer ist manchmal der Gärtner, Jura 1994, S. 37, 42.

⁴¹ Wessels/Beulke (Fn. 7), Rn. 553; Kühl (Fn. 10), § 20, Rn. 149 f.; Schlehofer (Fn. 40), S. 310. Insoweit auch BGHSt 37, 217 f.

⁴² Schlehofer (Fn. 40), S. 310 m. w. Nachw.

⁴³ Binding (Fn. 20), S. 214; Bemmann (Fn. 21), S. 821; Nikolidakis (Fn. 40), S. 134 f.

⁴⁴ Altenhain (Fn. 12), S. 100 ff.

⁴⁵ Toepel, Aspekte der "Rose-Rosahl"-Problematik, JA 1997, S. 344, 345.

⁴⁶ Toepel, ebd., S. 346, Fn. 12.

⁴⁷ Lucht, Echo: Einige Gedanken zur aberratio ictus, JuS 1998, S. 768.

und somit diesbezüglich kein Tatbewusstsein. 48 Folglich ist ihm die Tat nicht subjektiv zurechenbar. Ohne subjektive Zurechnung entfällt aber die Vollendungsstrafbarkeit. Dass eine "Verobjektivierung" des Anstiftervorsatzes im Sinne der Unbeachtlichkeitstheorie – nämlich indem man den Anstiftervorsatz als ausschließlich auf die vom Angestifteten angegriffene Person bezogen versteht – unzulässig ist, wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, was im Moment des error in persona des Angestifteten in dessen Tatbewusstsein und in dem des Anstifters geschieht: Der gemeinsame Vorsatz auf Durchführung der Haupttat besteht nur bis zum Irrtum – danach konkretisiert sich der Vorsatz des Angestifteten auf das Tatopfer, während dem Anstifter der Kausalverlauf entgleitet. 49 Die Tat des Angestifteten ist folglich vom Vorsatz des Anstifters nicht mehr gedeckt. 50

Wer nun auf Grundlage der Unbeachtlichkeitstheorie das andere Extrem wählt und den Angestifteten wie ein lebloses Werkzeug behandeln will – so dass im Anstiften und der Beschreibung des Opfers bereits eine ausreichende Konkretisierung liegen soll – erreicht dadurch kein besseres Ergebnis. Nicht nur, dass es bedenklich erscheint, wenn verschiedene Vertreter einer Ansicht einerseits die Zurechnung der Tat zum Vorsatz des Anstifters dem Angestifteten überlassen, ihn aber andererseits als bloßes Werkzeug sehen und dadurch mit zwei gegensätzlichen Prämissen "Der Anstifter ist im Moment der Haupttat gar nicht wichtig"/"Der Anstifter ist im Moment der Haupttat allein entscheidend" zum gleichen Ergebnis kommen wollen. Auf der Ebene des objektiven Tatbestandes ist der Angestiftete auch absoluter Herr des Geschehens und mitnichten ein "Werkzeug".⁵¹ Abgesehen davon ist die Vorstellung vom Angestifteten als Werkzeug des Anstifters durch die heutigen Definitionen und Abgrenzungen von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung überholt. Eine Tatbegehung in mittelbarer Täterschaft ist in unseren Fällen somit nicht ersichtlich.⁵²

Kurz sei noch auf die Analogie zum Subsumtionsirrtum eingegangen. Sie ist unbrauchbar, weil sie von einer Situation ausgeht, in der das Verhalten des Täters selbst zu beurteilen ist und nicht das eines Teilnehmers.

Die meiste Kritik wurde jedoch mit Recht gegen das Argument des "Gattungsvorsatzes" erhoben. Dass der Haupttäter "einen Menschen" getötet hat, ist in diesem Kontext nämlich irrelevant. Das Gesetz stellt einen bestimmten Erfolg unter Strafe, der Teilnehmer (wie auch der Täter) handelt nur vorsätzlich, wenn er diesen Erfolg wollte.

⁴⁸ Alwart, Strafrecht: Die Geschichte von dem Zimmermann Schliebe, dem Gymnasiasten Ernst Harnisch, dem Holzhändler Rosahl und von dem Arbeiter namens Rose, JuS 1979, S. 351, 355.

⁴⁹ Rönnau/Nebendahl (Fn. 38), S. 748.

⁵⁰ Meurer/Kahle/Dietmeier, Übungskriminalität für Einsteiger. Anfängerhausarbeiten im Strafrecht, 1999, S. 126; Bemmann (Fn. 21), S. 822; Rönnau/Nebendahl (Fn. 38), S. 748; Stoffers, Der praktische Fall – Strafrecht: Fehlschlag mit Folgen, JuS 1993, S. 837, 839.

⁵¹ Schütze, Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen. Zugleich ein Beitrag zur Läuterung der gesammten Lehre von der Verbrechermehrheit, 1869, S. 266; Bemmann (Fn. 21), S. 820; Rogall, Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten, GA 126 (1979), S. 11, 14.

⁵² Müller-Dietz/Backmann, Strafrecht: Der "mißglückte" Überfall, JuS 1971, S. 412, 415.

Schließlich wird der Täter ja auch wegen eines konkreten Verletzungserfolges und nicht wegen eines gattungsmäßig definierten Gebotsverstoßes als solchem bestraft.⁵³ Der Angestiftete sollte nicht "einen" Menschen, sondern einen ganz bestimmten töten, nämlich das Tatzielsubjekt.⁵⁴ Ein "genereller" Vorsatz kann dem Anstifter also nicht untergeschoben werden.⁵⁵ Wer die tatsächliche Konkretisierung vernachlässigt, um einen "Gattungsvorsatz" anzunehmen, gerät zudem in die Gefahr, den spezifischen Handlungsunwert des als Rechtsgutsangriff manifestierten Willens zu relativieren.⁵⁶ Dieser ist jedoch ein zentraler Anknüpfungspunkt unseres Strafrechts, das den deliktischen Willen (und damit den Vorsatz) als Kern des Handlungsunrechts ansieht.

Ein bedeutendes Argument gegen die Lehre vom Gattungsvorsatz betrifft die Vorstellungen des Anstifters. Der Vorsatz, eine Rechtsgutsverletzung an einem bestimmten Tatobjekt zu begehen, schließt die Annahme eines gleichzeitigen und gleichartigen Vorsatzes bezüglich anderer Objekte aus.⁵⁷ Der Anstifter kann also nicht gleichzeitig einen bestimmten Rechtsgutsträger und gleichzeitig jeden anderen gleichartigen seiner Gattung verletzen wollen. Hiergegen wurde eingewandt, der Vorsatz "irgendeinen" Menschen zu töten, solle gar nicht ausreichen. Es gehe nur um eine Abstrahierung.⁵⁸ Mit einer angeblichen Abstrahierung wird aber vorausgesetzt, was es erst zu begründen gälte: Nämlich warum eine solche Abstrahierung – also die Bejahung eines Tötungsvorsatzes ohne Ansehung der getöteten Person – statthaft sein soll, warum es also auf die Identität des Opfers für den Anstiftervorsatz nicht ankommen soll.

Ferner wird der Lehre vom Gattungsvorsatz mit Recht entgegengehalten, dass, wenn für die Verwirklichung des Gesetzestatbestandes keine Konkretisierung notwendig sei, dies auch für den Anstifter gelten müsse, so dass man eine vollendete Anstiftung konsequenterweise auch dann anzunehmen hätte, wenn der Angestiftete bewusst eine andere Person töte. ⁵⁹ Dass dieses Verhalten dem Hintermann als Anstiftung gewertet werden würde, könnte wohl auch die Unbeachtlichkeitslehre nicht vertreten.

⁵³ Letzgus, Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit, 1972, S. 59; Bemmann (Fn. 21), S. 821; Karitzky, Die gesprengte Vorlesung: Gewalt an der Uni, Jura 2000, S. 368, 370.

⁵⁴ Binding (Fn. 20), S. 196, Fn. 7; Winkelmann, Die Entwicklung der Lehre von error in persona und aberratio ictus in der Rechtswissenschaft seit der Zeit der Postglossatoren bis zum Ende des 18. Jahrhunderts, Diss. Heidelberg 1967, S. 26, 43 f.; Gropp, Der Zufall als Merkmal der aberratio ictus, in: Lenckner-FS, 1998, S. 55, 67; Böhlau, Replik in Sachen wider Rose und Rosahl, GA 8 (1860), S. 156, 158; Herzberg (Fn. 16), S. 878; ders. (Fn. 8), S. 373; Dannecker, Strafrecht: Die Rache der vernachlässigten Ehefrau, JuS 1988, L 67, L 68; Karitzky (Fn. 53), S. 370.

⁵⁵ Roxin/Schünemann/Haffke, Strafrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 4. Auflage (1982), S. 128; Rath (Fn. 6), S. 104 f.; Gropp (Fn. 54), S. 67; Bemmann (Fn. 21), S. 818, 821; Dannecker (Fn. 54), L 68.

⁵⁶ Streng (Fn. 31), S. 911.

⁵⁷ von Dollmann (Fn. 31), S. 487; Bemmann (Fn. 21), S. 819 f.

⁸⁸ Walther (Fn. 31), S. 410, 423.

⁵⁹ Schmidt, Strafrecht – Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafbarkeit. Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens, 3. Auflage (2004), S. 400; Letzgus, (Fn. 54), S. 56 f.; Weßlau (Fn. 39), S. 118.

Als letztes Argument sei das vielleicht gewichtigste genannt: Ein alleiniger "Gattungsvorsatz" im oben beschriebenen Sinne ist gar nicht vorstellbar. Es gibt kein vom Konkreten losgelöstes Wissen: Sich einen Menschen nur "gattungsmäßig" vorzustellen, ist nicht möglich. 60 Mithin kann auch niemand "das Genus Mensch" als solches "angreifen wollen".61 Es ist zwar richtig, dass der Vorsatz, überhaupt einen Menschen zu töten, den Mindestinhalt des Vorsatzes bildet. 62 Das heißt aber noch lange nicht, dass ein nicht konkretisierungsbedürftiger "Gattungsvorsatz" existierte: Vielmehr sind die gesetzlichen Tatbestände allgemein formulierte Regelungen, die in der konkreten Tatsituation für den Täter erkennen lassen sollen, dass sein Verhalten von der Rechtsordnung missbilligt und sanktioniert wird. 63 Es gibt keine zwei ("konkretisiert" und "gattungsmäßig") Vorsätze, sondern nur Erscheinungsformen eines Vorsatzbegriffs.⁶⁴ Das Bewusstein, ein Lebewesen der Gattung "Mensch" zu töten, ist daher lediglich notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung der Zurechnung eines objektiv-tatbestandlichen Erfolges zum Anstiftervorsatz. Eine Zurechung wird erst durch eine Konkretisierung des Vorsatzes, also durch das Bewusstsein "Diesen Menschen da töte ich" bewirkt.

Angesichts der Übermacht der Argumente wird behauptet, ein Gattungsvorsatz werde gar nicht verlangt und sei nie verlangt worden. ⁶⁵ Das ist jedoch nicht richtig: Mehrere Autoren sprechen ihn direkt an oder setzen ihn indirekt, aber deutlich, voraus. ⁶⁶ Schließlich wird eingewandt, die Argumente der Gegner des "Gattungsgedankens" gingen fehl, weil ein genereller Vorsatz im konkreten logischerweise enthalten sei. ⁶⁷ Wie oben bereits erwähnt, ist dies richtig und zugleich ein Argument gegen die Unbeachtlichkeitslehre. Denn eben weil der generelle Vorsatz im konkreten enthalten ist, ist er gegenüber diesem kein aliud, sondern ein minus. ⁶⁸

Schließlich spricht gegen eine Vollendungsstrafbarkeit schon folgende grundsätzliche Überlegung: Hätte der Angestiftete die Anweisungen des Anstifters falsch verstanden und deshalb den "Falschen" getötet, wäre der Anstifter auch nur wegen Versuchs zu bestrafen; warum dies anders sein soll, nur weil der Irrtum beim Angestifteten zu einem anderem Zeitpunkt auftrat, ist nicht zu erklären.⁶⁹

Die Unbeachtlichkeitstheorie unterliegt nach alledem schwerwiegenden Bedenken. Keines der vorgebrachten Argumenten hält einer kritischen Überprüfung stand.

⁶⁰ Hettinger, Die Bewertung der "aberratio ictus" beim Allentäter – Gedanken zum Verhältnis zwischen Sachverhalt und Gesetz, GA 137 (1990), S. 531, 543; Koriath, Einige Gedanken zur aberratio ictus, JuS 1997, S. 901, 903.

⁶¹ Binding, zitiert nach Hettinger (Fn. 60), S. 544.

⁶² Hettinger (Fn. 60), S. 552.

⁶³ Hettinger (Fn. 60), S. 541.

⁶⁴ Hettinger (Fn. 60), S. 553.

⁶⁵ Puppe, in: Lackner-FS, S. 199, 200, Fn. 4, die aber hauptsächlich älteres Schrifttum anführt.

⁶⁶ Z.B. Schroth (Fn. 30), S. 102 f.; Loewenheim (Fn. 12), S. 312 f.; Puppe (Fn. 12), S. 19, 20.

⁶⁷ Puppe (Fn. 35), § 16, Rn. 120.

⁶⁸ Gropp (Fn. 54), S. 61; Bemmann (Fn. 21), S. 818.

⁶⁹ Letzgus (Fn. 53), S. 57 f.; Herzberg, Mordauftrag und Mordversuch durch Schaffung einer Sprengfalle am falschen Auto – BGH NStZ 1998, 249, JuS 1999, S. 224, 227.

b) Die "Wesentlichkeitstheorien"

Eine weitere Meinung, untergliedert in mehrere Untergruppen, will zwischen Vorsatzrelevanz und -irrelevanz je nach Lage des Einzelfalls differenzieren. Dargestellt und besprochen werden sollen zunächst die gemeinsamen Grundlagen dieser Theorien; anschließend soll auf die Unterschiede im Detail eingegangen werden.

aa) Gemeinsame Grundlagen

Diese "Wesentlichkeitstheorien" wollen die Objektsverwechslung des Angestifteten nur dann für beachtlich erklären, wenn sie eine wesentliche Abweichung vom Vorsatz des Anstifters darstellt.

(1) Darstellung

Für diese Sichtweise, die gemeinsame Grundlage aller "Wesentlichkeitstheorien" ist, wird angeführt, dass der Irrtum des Angestifteten die Tat für den Anstifter noch nicht zu einer nicht vom Vorsatz umfassten Tat machen könne, da bei unwesentlichen Abweichungen eine andere Bewertung nicht gerechtfertigt erscheine.⁷⁰ Die Haupttat entspräche schließlich in ihren wesentlichen Grundzügen dem Vorstellungsbild des Anstifters.⁷¹ Außerdem müssten aus Gründen der Akzessorietät die Grundsätze der Tatindividualisierung im Anstiftervorsatz auf den error in persona des Haupttäters übertragen werden. Dann aber könne es nur noch auf die Maximen der Konkretisierung dieses Anstiftervorsatzes ankommen.⁷² Schließlich wird argumentiert, das Wesentlichkeitskriterium eigne sich besonders gut, weil der Anstifter dem Angestifteten die eigenverantwortliche Tatbegehung und damit einen gewissen Spielraum überlasse.⁷³

(2) Kritik

Bereits diese Ausgangsthesen geben Anlass zur Kritik. Zunächst ist die vage Formel von der abweichenden Bewertung wenig brauchbar: Sie geht vom eigenen Rechtsgefühl aus, annehmend, jeder würde in jeder Fallkonstellation eben so entscheiden, dass ein billiges Ergebnis erzielt wird. Das ist indes für eine wissenschaftliche Arbeitsgrundlage zu wenig.⁷⁴ Es entsteht der Eindruck, dass es sich bei den Wesentlichkeitstheorien – die ja vom BGH begründet wurden – im Wesentlichen um den Versuch handelt, unter Umgehung der Schwächen der Unbeachtlichkeitstheorie aus kriminalpolitischen Gründen dennoch zu einer Bestrafung des Anstifters wegen Vollendung zu gelangen.⁷⁵

⁷⁰ BGHSt 37, 218.

⁷¹ Schmidt (Fn. 59), S. 400 f.

⁷² Küpper, Anmerkung zu BGH JR 1992, 293 f., JR 1992, S. 294, 296; wohl auch Joecks, Strafgesetzbuch Studienkommentar, 5. Auflage (2004), § 26, Rn. 26.

⁷³ Meurer/Kahle/Dietmeier (Fn. 50), S. 296.

⁷⁴ Herzberg (Fn. 16), S. 873 f.; ders., Aberratio ictus und error in obiecto (2. Teil), JA 1981, S. 470, 471.

⁷⁵ Siehe Weßlau (Fn. 39), S. 108, Fn. 12.

Auch der Gedanke der Vorsatzkonkretisierung (aufbauend auf dem Gedanken, die Wesentlichkeitstheorie sei dann anzuwenden, wenn der Anstifter dem Täter die Individualisierung des Tatopfers überlassen habe⁷⁶), überzeugt nicht. Denn bei den Fällen des "error in persona" geht es ohnehin nur um Fälle, bei denen der Anstifter dem Angestifteten die Opferindividualisierung überlassen hat: Hat der Täter das Opfer sinnlich wahrgenommen, so ist er selbst einem vorsatzirrelevanten error in persona erlegen; dieser führt dann gänzlich unproblematisch zu einer Strafbarkeit wegen vollendeter Anstiftung.⁷⁷ Das Argument beweist damit nichts.

Ferner unbeachtlich bleiben muss das Argument, das Wesentlichkeitskriterium eigne sich gut wegen der eigenverantwortlichen Tatbegehung des Angestifteten. Hier wird der wirkliche Wille des Anstifters zu wenig berücksichtigt, denn Vorstellung und Vorsatz bei ihm und die Tat des Angestifteten decken sich nur bis zur Verwechslung – was weiter passiert, wird vom Vorsatz nicht mehr erfasst.⁷⁸

Schon der gemeinsame Ausgangspunkt der unterschiedlichen Spielarten der Wesentlichkeitslösung begegnet nach alledem erheblichen Zweifeln. Innerhalb dieser Auffassung werden nun unterschiedliche Kriterien herangezogen, nach denen Wesentlichkeit gegeben sein soll.

bb) Erste Möglichkeit: Abstellen auf Vorhersehbarkeit der Objektstäuschung mit dem Lebenserfahrungskriterium und der "Streubreite des gesehenen Risikos"

Eine Meinung, die im Wesentlichen vom BGH getragen wird, sieht den Irrtum dann als unbeachtlich für den Anstifter an, wenn er sich in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren hält und begründet dies hauptsächlich mit der Akzessorietät der Teilnahme⁷⁹ bzw. bloßen Verweisen auf die BGH-Rechtsprechung.⁸⁰ Diese Lösung findet eine mögliche Stütze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Gehilfenstrafbarkeit.⁸¹ Neuerdings hat der BGH versucht, die gleiche Aussage anders zu fassen: Strafbar habe sich der Anstifter gemacht, wenn die geschehene Verletzung in der Streubreite des gesehenen Risikos gelegen habe.⁸²

Als weiteres Argument wird genannt, dass die Individualisierung des Opfers durch den Anstifter sich in der Vorgabe mehr oder minder präziser Tatdeterminanten er-

⁷⁶ Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. (2001), § 26, Rn. 23; Wessels/Beulke (Fn. 7), Rn. 579.

⁷⁷ Nikolidakis (Fn. 40), S. 118 f.

⁷⁸ Prütting/Stern/Wiedemann, Die Examenklausur. Originalfälle – Musterlösungen – Hinweise, 2. Auflage (2000), S. 243.

⁷⁹ BGHSt 37, 218.

⁸⁰ Joecks, in: Münchener Kommentar StGB, § 26, Rn. 73; Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil. Bd. 2: Täterschaft und Teilnahme, Unterlassungsdelikte, Versuch und Rücktritt, Fahrlässigkeitsdelikte, 2001, § 34, Rn. 314 f.; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11. Auflage (2003), Rn. 88 f.; Hilgendorf, Fallsammlung zum Strafrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 4. Auflage (2003), S. 19 f.

⁸¹ BGH NStZ 1999, S. 513 (514).

⁸² BGH NStZ 1998, S. 294 f.; Begriff schon bei Zielinski, in: Alternativkommentar StGB, 1. Auflage (1990), §§ 15, 16, Rn. 64.

schöpfe, weshalb dieser sich die Taten des Angestifteten solange zurechnen müsse, wie keine unvorhersehbare Situation vorliege.⁸³

Die Vertreter dieser Ansicht halten im vorliegenden Fall den Anstifter unter Zugrundelegung der obigen Kriterien überwiegend⁸⁴ der vollendeten Anstiftung zum Mord für schuldig, weil der Irrtum des Angestifteten nach allgemeiner Lebenserfahrung vorhersehbar gewesen sei.⁸⁵

Diese Sichtweise sieht sich mit Recht heftiger Kritik ausgesetzt. Da der Verweis zugunsten des BGH auf eine – eigene – parallele Entscheidung zur Gehilfenfähigkeit nicht tragfähig ist und das Argument von der ausreichenden Konkretisierung, die nur durch Exzess gelöst werden könne, sich oben bereits als schwach herausgestellt hat, wird diese Untermeinung hauptsächlich von den Begriffen "Vorhersehbarkeit" des realen Tatverlaufs und "allgemeine Lebenserfahrung" bestimmt. Dass diese Begriffe im vorliegenden Zusammenhang unbrauchbar sind, ist im Schrifttum erschöpfend dargelegt worden: Nicht nur, dass sie "recht unsicher"⁸⁶ sind. Die Vorhersehbarkeit ist überdies ein objektives Kriterium, das folglich niemals eine subjektive Zurechnung leisten kann;⁸⁷ die Lebenserfahrung könnte man zwar als subjektives Kriterium ansehen, selbst dann eignete sie sich jedoch nur als Fahrlässigkeits- und nicht als Vorsatzmaßstab.⁸⁸ "Vorhersehbarkeit" bedeutet "Möglichkeit der vorherigen Kenntnisnahme", da "möglich" aber alles ist (sonst wäre es nicht passiert!), ist das Kriterium gänzlich unbrauchbar.⁸⁹

Auch wird eingewandt, dass, bevor nach der Vorhersehbarkeit eines Umstandes gefragt werden könne, zunächst dessen Maßgeblichkeit festgestellt werden müsse. 90 Das leuchtet ein: Vorhersehbar mag vieles sein, aber nicht alles ist auch relevant für die Beurteilung der Strafbarkeit des Anstifters.

Weitere Argumente sprechen gegen das Lebenserfahrungskriterium. So existierte, wäre das Argument stichhaltig, die "bewusste Fahrlässigkeit" nicht mehr.⁹¹ Denn für sie ist gerade Voraussetzung, dass "Sorgfaltsvorschriften (…) als geronnene Erfahrung" verletzt werden.⁹² Wäre nun bereits die Zurechenbarkeit zum Erfolg an dieses Erfordernis geknüpft, so wäre in Fällen, in denen bisher "bewusste Fahrlässigkeit"

⁸³ Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 76), Rn. 23; Wessels/Beulke (Fn. 7), Rn. 579; Streng (Fn. 31), S. 914.

⁸⁴ Anders jedoch Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 80), § 30, Rn. 90.

⁸⁵ BGHSt 37, 219.

⁸⁶ Geppert (Fn. 30), S. 165; ders., Die Anstiftung (§ 26 StGB), Jura 1997, S. 358, 363; ähnlich Stoffers (Fn. 50), S. 839.

⁸⁷ Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 529.

⁸⁸ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, § 26, Rn. 127; Nikolidakis (Fn. 40), S. 117; Müller, Das Urteil des BGH zu Anstiftung und "error in persona", MDR 1991, S. 830.

⁸⁹ Schlehofer (Fn. 40), S. 308; ähnlich Weber, Übungsklausur Strafrecht – Der präparierte Sportwagen, Jura 1983, S. 544, 549.

⁹⁰ Puppe (Fn. 35), Rn. 124.

⁹¹ Toepel (Fn. 8), S. 890.

⁹² Vgl. Kühl (Fn. 10), § 17, Rn. 15.

zu prüfen war, immer schon vorsätzliches Handeln anzunehmen.⁹³ Auch an die Konstellation des bewussten Abweichens von den Vorgaben des Täters ist zu denken. Dass dieses nach allgemeiner Lebenserfahrung weniger erwartbar (und damit beachtlich) gewesen sei, ist nicht begründbar.⁹⁴ Schließlich ist ein Kriterium, das nach "allgemeiner Lebenserfahrung" fragt, kaum geeignet, einen Fall zu beurteilen, der in 130 Jahren ganze zwei Male entschieden wurde.⁹⁵

Kritikwürdig sind ferner die Ergebnisse, die der BGH und seine Gefolgsleute erzielen. Der Anstifter soll zwar nur wegen einer Tötung bestraft werden, ihm sollen aber gleichwohl zwei Tötungen auf seinen – eine Tötung umfassenden – Vorsatz zugerechnet werden. 96 Dass dieses Ergebnis inakzeptabel ist, wurde vielfach betont. 97

Es sei abschließend ein praktischer (und vielleicht der wichtigste) Einwand gegen die Entscheidung des BGH im Hoferbenfall erhoben: Der BGH scheint einen falschen Sachverhalt unterstellt zu haben. Er geht davon aus, der Anstifter habe die Verwechslung vorhersehen können. Das ist nicht richtig. Erstens, weil schon die Konstellation – ein Nachbar betritt spätabends ohne Voranmeldung plötzlich den Stall und trägt eine Tüte in der Hand, er gleicht dem Tatzielsubjekt auch noch in Statur und Verhalten – extrem ungewöhnlich und unvorhersehbar ist. Und zweitens, weil der Anstifter im vorliegenden Fall nach der tatrichterlichen Beurteilung des LG Bielefeld eine Verwechslung sicher ausgeschlossen hatte! Per BGH hat den Sachverhalt, der ihm zur Entscheidung vorgelegt worden war, unvollständig abgedruckt und offensichtlich auf der Grundlage dieser unvollständigen Schilderung entschieden. Dieses Vorgehen – erklärbar wohl durch den Wunsch, den "Standardfall" endlich einmal selbst zu entscheiden – ist unentschuldbar. Als Revisionsinstanz musste der BGH den Sachverhalt so nehmen, wie er ihn von der Vorinstanz erhalten hatte.

Die Wesentlichkeitstheorie des BGH ist aus diesen Gründen abzulehnen, die Entscheidung BGHSt 37, 214 kann getrost als Fehlurteil angesehen werden.

⁹³ Herzberg (Fn. 16), S. 876; Toepel (Fn. 8), S. 890.

⁹⁴ Weßlau (Fn. 39), S. 116.

⁹⁵ Weßlau (Fn. 39), S. 116.

⁹⁶ BGHSt 37, 219.

⁹⁷ Hoyer, in: Systematischer Kommentar StGB, 8. Auflage (Stand März 2004), vor § 26, Rn. 50; Roxin, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage (2001), § 26, Rn. 95; ders. (Fn. 88), § 26, Rn. 125; ders., Rose-Rosahl redivivus, in: Spendel-FS, 1992, S. 289, 297; ders., Anmerkung zu BGH JZ 1991, 678 ff., JZ 1991, S. 680, 681; Bemmann, Die Objektsverwechslung des Täters in ihrer Bedeutung für den Anstifter, in: Stree/Wessels-FS, 1993, S. 397, 402 f.

⁹⁸ Roxin (Fn. 97/1), Rn. 127; Bemmann (Fn. 97), S. 402; Schlehofer (Fn. 40), S. 308.

⁹⁹ LG Bielefeld bei Rostek, Sachverhaltsverfälschung in der obergerichtlichen Rechtsprechung, in: Eser-FS, 1995, S. 89, 92.

¹⁰⁰ Rostek (Fn. 99), S. 91 f.

¹⁰¹ Rostek (Fn. 99), S. 93.

cc) Zweite Möglichkeit: Abstellen auf die Determinierung des Irrtums durch den Verhaltensvorschlag des Anstifters

Eine zweite "Wesentlichkeitstheorie" will darauf abstellen, ob der Irrtum des Angestifteten durch den Verhaltensvorschlag des Anstifters bereits determiniert war. Als genauere Begriffe für die Determinierung werden das "Enthaltensein" des Irrtums in den Anstiftervorgaben¹⁰² und die "Programmierung"¹⁰³ vorgeschlagen.

Jedoch erfüllt die Gefahrverwirklichung, in der sich die Möglichkeit der Verwechslung niederschlägt, nur den objektiven Tatbestand, nicht jedoch die einzig problematische subjektive Tatseite. 104 Über die objektive Schaffung einer Gefahr – etwa durch unsorgfältige Unterweisung des Angestifteten – ist aber über die Zurechnung der Verwirklichung dieser Gefahr zum Anstiftervorsatz noch nichts ausgesagt. Deshalb kann auch diese Variante der "Wesentlichkeitstheorie" nicht überzeugen.

dd) Dritte Möglichkeit: Abstellen auf die Prognose des Anstifters nach Toepel

Eine weitere Untermeinung hält den error in persona des Angestifteten nur, aber auch immer dann für beachtlich für den Anstifter, wenn er auf einer falschen Prognose des Anstifters beruht. 105 Ist das der Fall, so wirke sich der error beim Anstifter wie eine aberratio ictus aus; andernfalls sei das Geschehen zum Anstiftervorsatz zuzurechnen. 106

Toepels Vorschlag, den Anstifter bei einem Irrtum des Täters nur dann mit der Zurechnung des infolge dieses Irrtums entstandenen Geschehens zum Vorsatz zu belasten, wenn er ihn mit zumindest bedingtem Vorsatz erkannt hat, ¹⁰⁷ ihn also "prognostiziert hat, unterlässt es immerhin, das subjektive Tatbestandsmerkmal "Vorsatz" durch objektive Kriterien herbeizukonstruieren. Gleichwohl trägt der Vorschlag nichts zur Lösung des Problems bei: Bei der Anstiftung muss der Vorsatz die Verwirklichung der Haupttat umfassen. Demgemäß stellt sich die Frage nach der Beachtlichkeit der Personenverwechselung und der Zurechnung des Geschehens zum Anstiftervorsatz nicht, wenn der Anstifter ohnehin schon mit Eventualvorsatz hinsichtlich des Tatopfers gehandelt hat – ein entsprechender Anstiftervorsatz bezüglich des tatsächlichen Geschehensablaufs ist in einem derartigen Fall ja nach allgemeinen Grundsätzen gegeben.

¹⁰² Weßlau (Fn. 39), S. 130.

¹⁰³ Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 1998, § 10, Rn. 131; Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage (2001), § 13, Rn. 91; ders. (Fn. 54), S. 65.

¹⁰⁴ Roxin (Fn. 97/1), Rn. 96; Nikolidakis (Fn. 40), S. 130 f.

¹⁰⁵ Toepel (Fn. 45), S. 255; ders, Fälle zu error in persona und aberratio ictus, JA 1997, S. 948, 951.

¹⁰⁶ Toepel (Fn. 105), S. 254 f.; ders (Fn. 105), S. 951.

¹⁰⁷ Toepel (Fn. 8), S. 888; ders. (Fn. 106), S. 251 f.; mit geänderter Terminologie auch ders. (Fn. 105), S. 951.

420 StudZR

ce) Vierte Möglichkeit: Abstellen auf Planungsfehler des Anstifters

Eine weitere Spielart der "Wesentlichkeitstheorie" wird von *Hoyer* vertreten. Danach liegt eine wesentliche Abweichung dann vor, wenn der error in persona auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Angestifteten beruht. Unwesentlich soll dagegen die Abweichung sein, die durch Planungsfehler des Anstifters entsteht. Als Argument wird vorgebracht, dass der Anstifter, solle eine Abweichung wesentlich sein, anderes Handlungsunrecht verwirklicht haben müsse. Wo der Angestiftete im Tätersinne funktioniert habe, etwa, weil er den "ersten, der des Weges kommt" erschießt, liege kein anderes Handlungsunrecht vor.

Auch diese Auffassung überzeugt nicht. Ihre Prämisse ist unzutreffend, denn, wie oben bereits dargestellt, sollte der Angestiftete das Tatzielsubjekt töten, und nicht denjenigen, den er für dieses halten würde.

c) Die "Aberratio-ictus-Theorie"

Es bleibt die dritte Auffassung zu prüfen, die in der Literatur (noch) überwiegend vertreten wird.

aa) Darstellung

Nach dieser Meinung stellt der error in persona des Angestifteten eine aberratio ictus des Anstifters dar oder ist zumindest der Rechtsfolge nach wie eine solche zu behandeln. Das populärste Argument für diese Ansicht ist das sog. "Blutbadargument": Unterliefe dem Täter nach dem Angriff auf das Tatopfer der gleiche Fehler noch mehrere Male hintereinander, so wäre der Anstifter nach der Unbeachtlichkeitslehre und den Wesentlichkeitsauffassungen als Anstifter aller dieser Morde, eben des ganzen "Gemetzels", ¹¹⁰ anzusehen.¹¹¹ Dies aber stünde im Widerspruch zum Schuldprinzip, das eine Übereinstimmung im Wesentlichen zwischen Anstiftervorsatz und Haupttatverlauf fordert.¹¹² Folgte man hier den anderen Theorien, so sei dem Anstifter entweder gerade die Tötung nicht zurechenbar, die er wollte, oder diejenige zurechenbar, auf die sich der Anstiftungsvorsatz nicht bezog, oder gar zwei Tötungen, obwohl er nur eine gewollt habe.¹¹³ Die Lösung über die Annahme einer aberratio ictus sei somit die einzige, die dem Blutbadargument gerecht werde.¹¹⁴

Zusätzlich wird vorgebracht, dem Anstifter, der nicht über die Identität des Angriffsobjekts, sondern über die Entwicklung einer von ihm initiierten Kausalreihe irre, 115

¹⁰⁸ Hoyer (Fn. 98), Rn. 52 f.

¹⁰⁹ Hoyer (Fn. 98), Rn. 52.

¹¹⁰ Binding (Fn. 20), S. 214, Fn. 9.

¹¹¹ Siehe nur Rudolphi, Fälle zum Strafrecht, 5. Auflage (2000), S. 83; Wessels/Beulke (Fn. 77), Rn. 577; ders., Klausurenkurs im Strafrecht I, Ein Fall- und Repetitionsbuch für Anfänger, 2. Auflage (2003), Rn. 162; Hauf, Strafrecht Allgemeiner Teil. Kurzlehrbuch, 1996, S. 125; Roxin (Fn. 88), § 26, Rn. 121.

¹¹² Hilgendorf (Fn. 80), S. 19.

¹¹³ Müller (Fn. 88), S. 831.

¹¹⁴ Rudolphi (Fn. 111), S. 83.

¹¹⁵ Prütting/Stern/Wiedemann (Fn. 78), S. 243.

entgleite durch den Irrtum des Angestifteten der Kausalverlauf. Und ein solches "Fehlgehen des Angriffes" entspräche nun einmal genau dem Gedanken der "aberratio ictus".¹¹⁶ Hierbei könne es auch nicht relevant sein, ob die Ursache des Objektaustausches ein Irrtum, ein Vorsatzwechsel oder das Fehlgehen des Angriffes sei, womit das mutwillige Abweichen des Anstifters von den Vorgaben des Angestifteten nicht anders behandelt werden dürfe als dessen Irrtum.¹¹⁷ Für den Anstifter sei die bewusste Abweichung des Täters nicht mehr und nicht weniger Fehlgehen der Tat, folglich auch nicht anders zu behandeln.¹¹⁸

Der soziale Sinngehalt der Tat, so wird weiter vorgebracht, ¹¹⁹ sei aus der Sicht des Anstifters eine andere als aus der Sicht des angestifteten Haupttäters. Wo der Anstifter mangels Zugriffsmöglichkeit nach wie vor nur den Tod des *Tatzielsubjekts* wolle, sei für den Haupttäter, der in der konkreten Tatsituation stehe, das Tatzielsubjekt das *Tatopfer*. Die vom Täter verwirklichte Tat sei nicht die vom Anstifter gewollte, er wusste vom Tatopfer nichts. Da Teilnehmer- und Tätervorsatz sich aber decken müssten, sei allein die Konstellation des fehlgehenden Angriffes angemessen. ¹²⁰ Vollendete Anstiftung, wie die anderen Theorien sie fordern, könne nicht angenommen werden, weil gar keine Haupttat vorliege, zu der der Anstifter habe anstiften wollen. ¹²¹ Eine Anstiftung bezüglich dem Tatopfer liege nicht vor, weil der Anstifter nicht zur Tat "bestimmt" habe – die Verwechslung sei so unwahrscheinlich gewesen. ¹²² dass die Aufforderung zur Tat noch gar keine unmittelbare Gefahr für die Rechtsgüter des Tatopfers gebracht habe. ¹²³

Für die Verfechter der "aberratio-ictus-Theorie" liegt in der vorliegenden Konstellation ein Exzess des Angestifteten vor, der eine Vollendungsstrafbarkeit auf Seiten des Anstifters ausschließt.¹²⁴

bb) Kritik

Gegen die "aberratio-ictus-Ansicht" werden in Rechtsprechung und Literatur teilweise erhebliche Zweifel vorgebracht. Einer davon beruht auf der Gesetzessyste-

¹¹⁶ Roxin (Fn. 97/1), Rnn. 92; ders./Schünemann/Haffke (Fn. 55), S. 128; Jescheck/Pantle, Fälle und Lösungen zum Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil mit Aufbaumustern, 1978, S. 70; Köhler (Fn. 87), S. 528 f.; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage (2004), § 22, Rn. 46; Roxin (Fn. 97/2), S. 295; Hillenkamp (Fn. 38), S. 65; Ingelfinger, Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit, 1991, S. 203; Bemmann (Fn. 21), S. 822; ders. (Fn. 97), S. 401 f.; Rönnau/Nebendahl (Fn. 38), S. 748; Sowada (Fn. 40), S. 42.

¹¹⁷ Hillenkamp (Fn. 38), S. 65 f.

¹¹⁸ Ingelfinger (Fn. 116), S. 203.

¹¹⁹ Otto (Fn. 116), S. 330, Rn. 46.

¹²⁰ Baumann, Täterschaft und Teilnahme, JuS 1963, S. 121, 135; Otto, Anstiftung und Beihilfe, JuS 1982, S. 557, 562.

¹²¹ Sax, Zur Problematik des Teilnehmerdelikts, ZStW 90 (1978), S. 927, 947.

¹²² Siehe dazu oben vor Fn. 98.

¹²³ Schlehofer, Vorsatz und Tatabweichung. Zur Auslegung der §§ 16 Abs. 1 Satz 1, 22 StGB, 1996, S. 172 f.

¹²⁴ Roxin (Fn. 88), § 26, Rn. 119. – Zu der Frage, ob der Anstifter wegen versuchter Anstiftung zum Mord oder wegen Anstiftung zum Mordversuch strafbar ist, siehe unten im Text.

StudZR

matik. Der Anstifter verwirkliche gleiches Unrecht wie der Angestiftete, weshalb es für eine unterschiedliche Bestrafung der beiden einer besonderen Rechtfertigung bedürfe. 125 Diese könne jedoch nicht in der unterschiedlichen Vorsatzrichtung liegen. 126 Dem wird jedoch mit einiger Berechtigung entgegengehalten, dass gerade die Frage nach dem Unrechtsgehalt des Handelns die angegriffene Theorie bestätige: Es liegt typisches Versuchsunrecht vor, weil der Anstifter das Tatzielsubjekt töten wollte, ihm das aber nicht gelang. 127 Dagegen wiederum könnte die Aussage des BGH sprechen, der argumentiert, das geschützte Rechtsgut werde auch dann verletzt, wenn der Täter irre, und nicht, wie für ein Versuchsdelikt charakteristisch (wenngleich wegen der Existenz des untauglichen Versuchs nicht erforderlich), nur gefährdet. 128 Aber es geht ja hier auch nicht um eine Versuchsstrafbarkeit des Angestifteten, sondern des Anstifters. Durch den Anstifter wird der zu verletzende Rechtsgutträger tatsächlich allenfalls gefährdet, aber noch nicht verletzt.

Ferner behauptet der BGH, die Anwendung einer aberratio ictus im vorliegenden Fall sei eine unnötige Analogie. Unnötig deshalb, so wird in der Literatur ergänzt, weil die von der "aberratio-ictus-Theorie" kritisierte Inkongruenz zwischen Anstiftervorsatz und Haupttatverlauf nicht bestehe: Der Anstifter wisse und wolle, dass der Erfolg am tatbestandlich beschriebenen Objekt eintrete, sein Vorsatz beziehe sich mithin auf die Person, die in den Wirkungskreis der Handlung trete. 130

Entgegen dieser Ansicht bleibt das Argument über die Inkongruenz indes gültig: Zwar ist es richtig, dass ein Anstifter Vorsatz bezüglich des Erfolgseintritts am tatbestandlich beschriebenen Objekt hat. Das tatbestandlich beschriebene Objekt war im vorliegenden Fall aber nicht das Tatopfer, sondern das Tatzielsubjekt, weil eine Verwechslung äußerst unwahrscheinlich war. Anstiftervorsatz und Haupttatverlauf waren somit nicht kongruent. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass ein Teil der Literatur selbst eine unzulässige strafbegründende Analogie bildet. Die Ablehnung der aberratio ictus in einschlägigen Fällen wird nämlich teilweise damit begründet, dass die versuchte Anstiftung, die sich als Konsequenz ergebe, nur bei Verbrechen strafbar sei. Dies führe zu missbilligenswerten Strafbarkeitslücken. Genau dieses Vorgehen ist der typische Fall einer Analogiebildung: Zum Zwecke der Ausfüllung von Gesetzeslücken wird Recht neu "geschaffen" ("Gattungsvorsatz", Erklärung von subjektiven durch objektive Merkmale und Voraussetzungen aus BGHSt 37, 214 ff.). Tür die Ausfüllung von Strafbarkeitslücken ist der Gesetzgeber zuständig.

¹²⁵ BGHSt 37, 217; Schroth (Fn. 30), S. 102 f.

¹²⁶ BGHSt, 37, 217.

¹²⁷ Dannecker (Fn. 54), L 70.

¹²⁸ BGHSt 37, 217.

¹²⁹ BGHSt 37, 219.

¹³⁰ Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 76), § 26, Rn. 23; Gropp (Fn. 54), S. 68.

¹³¹ Maurach/Gössel, Strafrecht. Mit Anleitungen zur Fallbearbeitung und zur Subsumtion für Studenten und Referendare, 8. Auflage (2000), S. 99; Schmidt (Fn. 59), S. 400; Wessels/Beulke (Fn. 7), Rn. 578.

¹³² Wessels/Beulke (Fn. 7), Rn. 56.

In eine ähnliche Richtung geht der Einwand der Gegenmeinung, ein potentieller Täter könnte, würde er als Anstifter nicht wie der Haupttäter behandelt, das Risiko eines error in persona stets durch das Dazwischenschalten eines Vordermannes von sich abwälzen. Dem ist sehr überzeugend widersprochen worden. der Einwand schon deshalb nicht zu greifen, weil er die Ausgangsfrage nur wiederholt: Die "Abwälzung" ist die dogmatisch zweifelhafte, aber von den Kritikern der aberratio-ictus-Lehre erwünschte Zurechnung der Tätertat zum Anstiftervorsatz. Letztlich geht es jedoch um die Frage, ob diese "Abwälzung" als "gerecht" erscheint um somit um eine weder wissenschaftlich zu beantwortende noch dogmatisch relevante Frage. Zudem wird auch der "klassische" (vorsätzliche) Exzess dem Anstifter nicht zugerechnet, offensichtlich ohne dass dies als ungerechte Abwälzung erachtet würde. der

Weiter ist ein kaum beachtetes, die Dogmatik zugunsten von "Wertungsaspekten" außer Acht lassendes Argument zu erwähnen: Schroth hat den Sachverhalt, wie er sich im Hoferbenfall darstellt, verglichen mit einer fiktiven Situation, in der dem Angestifteten statt einer Personenverwechselung eine aberratio ictus unterläuft. In dieser Situation wäre, legt man für die Strafbarkeit des Angestifteten die herrschende Versuchs-/Fahrlässigkeitslösung zugrunde, der Anstifter wegen Anstiftung zum Versuch und ggf. wegen fahrlässiger Tötung zu bestrafen. 137 Bestrafte man nun den Anstifter nach der innerhalb der aberratio-ictus-Theorie ganz überwiegenden Ansicht wegen versuchter Anstiftung, so käme diesem die obligatorische Strafmilderung nach § 30 StGB zugute, wohingegen er bei einer aberratio ictus des Angestifteten härter, nämlich nur mit fakultativer Strafmilderung, zu bestrafen wäre. Hierin soll nach Schroth ein Wertungswiderspruch liegen, so dass der aberratio-ictus-Lösung nicht gefolgt werden könne. 138 Das ist indes nicht richtig. Für eine Zurechnung des objektiven Tatgeschehens zum Anstiftervorsatz ist der Inhalt des letzteren entscheidend. Im Falle der aberratio ictus des Vordermanns ist der am richtigen Tatobiekt vorgenommene Versuch aber zweifelsohne vom Vorsatz des Anstifters gedeckt. Unterläuft dem Vordermann indes ein error in persona, so stellt sich ja gerade die problematische Frage, ob gleichwohl eine Zurechnung zum Anstiftervorsatz erfolgen kann, weil die Tat am falschen Tatobjekt nicht die intendierte am Tatzielsubjekt war. 139 Dies stellt keinen Wertungswiderspruch dar; es liegt vielmehr in der Natur der Sache, dass der bei einer aberratio ictus gegebene Versuch am richtigen Tatobjekt zum Vorsatz zugerechnet werden kann, wohingegen es ebenso nachvollziehbar ist. dass über die nicht ohne weiteres mit einfachen, gesetzlich angeordneten Zurech-

¹³³ Backmann (Fn. 25), S. 120; Müller-Dietz/Backmann (Fn. 52), S. 416.

¹³⁴ Nikolidakis (Fn. 40), S. 122 f.

¹³⁵ Nikolidakis (Fn. 40), S. 123.

¹³⁶ Schreiber, Grundfälle zu "error in persona" und "aberratio ictus" im Strafrecht, JuS 1985, S. 873, 877.

¹³⁷ Unter den Anhängern der herrschenden Konkretisierungslösung unstreitig, vgl. Schreiber, ebd., S. 876.

¹³⁸ Schroth (Fn. 30), S. 109, Fn. 347.

¹³⁹ So Dehne-Niemann, Nachlese zum Verfolgerfall BGHSt 11, 268, StudZR 2004, S. 237.

nungsmechanismen zu lösende Konstellation des error in persona des Angestifteten Streit besteht. Mit einem vermeintlichen Wertungswiderspruch lässt sich die aberratio-ictus-Theorie folglich nicht zu Fall bringen.

Die meiste Kritik aber hat Bindings "Blutbadargument" erfahren. Mit ihr möchte ich mich im Folgenden auseinandersetzen.

Auf der Basis des "Gattungsvorsatzes" wird vertreten, alle nach dem Tode des ersten Tatopfers erfolgenden Tötungen aufgrund weiterer "errores in persona" seien als Exzesse des Angestifteten zu betrachten. 140 Dabei wird teilweise noch vertreten, es sei unmöglich zu bestimmen, welche der Tötungen, die erste oder eine der im Exzess ausgeführten, für den Anstifter strafbarkeitsbegründend wirken solle. 141 Oder man nimmt, ohne Annahme eines Exzesses, an, es liege bei Unbeachtlichkeit des Irrtums für den Anstifter eine vorsätzliche Tötung und für den Rest fahrlässige Tötungen vor. 142 Dem Täter - diese Auffassung spricht aus beiden Lösungen - dürften jedenfalls nicht zwei Tötungen zugerechnet werden, weil sein Vorsatz sich nur auf eine Tötung bezogen habe. 143

An diesem Punkt, bei der Frage nach dem tatsächlichen Vorsatzinhalt des Anstifters, fällt die Kritik auf die Kritiker zurück. Denn dem Anstifter wird, wenn die zweite Tat des Angestifteten ein Exzess ist, Vorsatz bezüglich des (ersten) Tatopfers untergeschoben, rechnet man ihm dessen Tötung zu. 144 Und nicht nur das. Wird das (erste) Tatopfer durch den Angriff des Angestifteten nur verletzt, so würde die hier abgelehnte Auffassung den Anstifter nur wegen Anstiftung zum Tötungsversuch verurteilen - das entspräche aber überhaupt nicht seinem auf Tötung des Tatzielsubjektes gerichteten Vorsatz. 145 Auch die Annahme eines Exzesses in Bezug auf die Tötung des Tatzielsubjektes ist abzulehnen - denn wie sollte man die Tötung des tatsächlich vom Vorsatz des Anstifters umfassten Menschen durch den Angestifteten und aufgrund des Hervorrufens eines entsprechenden Tatentschlusses durch den Anstifter als "Exzess" ansehen können?146

Das "Blutbadargument" behält also seine Gültigkeit. Die "aberratio-ictus-Theorie" ist die einzige, die in dieser Konstellation zu einem mit dem "Blutbadargument" vereinbaren Ergebnis gelangt. Insbesondere die Auffassung ist abzulehnen, die vermeint, nicht sagen zu können, wessen Tötung zugerechnet werden müsse. Die bei nur einem Opfer erfolgende Zurechnung kann sich nicht im Falle der Tötung eines zweiten plötzlich auf eine andere Person beziehen. 147 Aber auch andere Lösungen

¹⁴⁰ Altenhain (Fn. 12), S. 102; Loewenheim (Fn. 12), S. 315; Puppe (Fn. 1), S. 125; Streng (Fn. 31), S. 915; Geppert (Fn. 30), S. 167 f.

Puppe (Fn. 1), S. 125. 141

Toepel (Fn. 45), S. 347 f. 142

Puppe (Fn. 35), § 16, Rn. 128; dies. (Fn. 12), S. 19.

Sowada (Fn. 40), S. 42. 144

Sowada (Fn. 40), S. 42. 145

¹⁴⁶ Preisendanz, Strafgesetzbuch, Lehrkommentar etc., 30. Auflage (1978), S. 156; Roxin (Fn. 97/1), § 26, Rn. 93; Bemmann (Fn. 98), S. 402; wohl auch Hillenkamp (Fn. 11), S. 174.

¹⁴⁷ Joecks (Fn. 80), § 26, Rn. 71; Roxin (Fn. 88), S. 169 f., Rn. 125; Nikolidakis (Fn. 40), S. 140 f.

kommen wie gesehen zu keinem befriedigenden Ergebnis, weil im Falle eines Auftragsmordes der Mord an eben dem, zu dessen Ermordung der Mörder beauftragt wurde, unmöglich ein Exzess sein kann.¹⁴⁸

Ein anderes Argument gegen die aberratio-ictus-Lösung kann ebenfalls nicht überzeugen. Wo schon der Irrtum in der Opferauswahl beim Angestifteten unbeachtlich sei, da könne der Verzicht des Anstifters auf eine genaueste Vorsatzkonkretisierung nicht beachtlich sein. ¹⁴⁹ Diese Aussage beruht auf der heute unvertretbaren ¹⁵⁰ Annahme, der Anstifter behandle den Angestifteten wie ein willenloses Werkzeug. Denn wenn man den Angestifteten richtigerweise als eigenverantwortliches Individuum und seinen Vorsatz für den Erfolg als maßgeblich ansieht, dann genügt die geschehene Vorsatzkonkretisierung beim Anstifter bei weitem.

Zwei letzte Gegenargumente, die unter anderem der BGH vorträgt, seien hier noch untersucht. Zunächst behauptet der BGH, eine aberratio ictus sei nur bei Sichtkontakt von Täter und Opfer, also hier von Anstifter und Tatopfer, möglich.¹⁵¹ Das überzeugt nicht. Die Tatsache, dass ein Kausalverlauf vom erwarteten Weg abweicht, ist eine objektive. Sie kann durch die räumliche Position dessen, der den Kausalverlauf angestoßen hat, nicht beeinflusst werden.¹⁵² Hätte der Anstifter die Mordtat beobachtet, könnte nicht anders entschieden werden.¹⁵³ Stattdessen ist auf die tatsächlich erfolgte Individualisierung abzustellen.¹⁵⁴

Zweitens sei die Figur "aberratio ictus" auf die zufällige Nichtidentität von gewolltem und tatsächlichem Tatobjekt zugeschnitten, in casu diese Nichtidentität aber nicht zufällig, sondern geradezu vorprogrammiert.¹⁵⁵ Zudem sei für die aberratio ictus als Sonderfall des Irrtums über den Kausalverlauf nach ständiger Rechtsprechung das – hier abgelehnte – Kriterium der Vorhersehbarkeit entscheidend.¹⁵⁶ Diese Argumente gehen von den Definitionen der Rechtsprechung aus, um die Rechtsprechungsmeinung zu stützen. Da aber gerade Definitionen und Verständnis des BGH hier abgelehnt werden, weil sie zu Begründendes voraussetzen, können auch die Argumente nicht verfangen.

Das letzte Argument, dass gegen die "aberratio-ictus-Lösung" verbleibt, betrifft den Kausalverlauf. Der Kausalverlauf, der vom Anstifter angestoßen wird, sei, so wird vorgebracht, noch viel zu unbestimmt, um eine Zurechnung leisten zu können. Statt auf ihn müsse auch für den Anstifter auf den Kausalverlauf der Ausführungshand-

¹⁴⁸ Wessels/Beulke (Fn. 7), Rn. 577; ders. (Fn. 112), Rn. 162; Roxin (Fn. 88), § 26, Rn. 125.

¹⁴⁹ Müller-Dietz/Backmann (Fn. 52), S. 415 f.; Weßlau (Fn. 39), S. 112 f.

¹⁵⁰ Siehe oben vor Fn. 52.

¹⁵¹ BGHSt 37, S. 219.

¹⁵² Roxin (Fn. 97/1), § 26, Rn. 94; ders. (Fn. 88), § 26, Rn. 124; ders. (Fn. 97/2), S. 293 f.; ders. (Fn. 97/3), S. 680; Schlehofer (Fn. 123), S. 174; Stratenwerth (Fn. 22), S. 60 f.; Bemmann (Fn. 97), S. 401.

¹⁵³ Roxin (Fn. 88), § 26, Rn. 124.

¹⁵⁴ Stratenwerth (Fn. 22), S. 60 f.

¹⁵⁵ Gropp (Fn. 103), S. 477, Rn. 99.

¹⁵⁶ BGHSt 37, S. 219; Streng (Fn. 31), S. 914 f.

lung des Täters abgestellt werden. 157 Konsequenz dieser Ansicht wäre abermals, dass man den Angestifteten wie einen bloßen Kausalfaktor behandelt, anstatt dem Umstand Rechnung zu tragen, dass dieser kein bloßes willen- und wahrnehmungsloses Werkzeug des Hintermannes ist, sondern als selbst in der Tatsituation stehender Täter eine ganz erhebliche Bedeutung für den Anstiftervorsatz hat.

Im Ergebnis hat sich damit keines der gegen die aberratio-ictus-Theorie vorgebrachten Argumente als tragfähig erwiesen.

2. Fazit

a) Konsequenzen aus der Befürwortung der "Aberratio-ictus-Theorie": Streit um die Behandlung der aberratio ictus

Wird nun der aberratio-ictus-Theorie gefolgt, so verbleibt als weiteres Problem die Frage, welche Konsequenz dies für die Strafbarkeit des Anstifters hat.

aa) herrschende Lehre: Strafbarkeit wegen versuchter Anstiftung

Eine Ansicht will den Anstifter wegen versuchter Anstiftung bezüglich des Tatzielsubjekts und fahrlässiger Tötung bezüglich des Tatopfers bestrafen. 158 Diese Lösung ergibt sich fast zwangsläufig aus den bereits vorgetragenen Argumenten: Die Anstiftung ist so, wie der Anstifter sie wollte, fehlgeschlagen; ein ihm zurechenbarer Anstiftungserfolg liegt nicht vor. Dem Unrechtsgehalt nach entspricht diese Konstellation dem Versuch. Eine andere Lösung bräuchte eine besondere Rechtfertigung.

bb) Minderheitsmeinung: Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Versuch/Verschiedene Erklärungsmodelle

Eine zweite Auffassung hält hingegen bezüglich des Tatzielsubjektes eine vollendete Anstiftung zum Versuch für gegeben. 159 Bezüglich des Tatopfers soll eine fahrlässige Tötung in Betracht kommen. Für die Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Versuch soll dabei sprechen, dass der Angestiftete den Anstifter, als er selbst auf das Tatopfer anlegte und somit für sich den Versuch verwirklichte, gemäß dem Akzessorietätsgrundsatz mit in die Versuchsstrafbarkeit geführt habe. 160

Dem steht jedoch entgegen, dass gerade aus Gründen des Akzessorietätsprinzips¹⁶¹ die vollendete Haupttat nicht aus der Sicht des Anstifters zu einer nur versuchten Tat

¹⁵⁷ Backmann (Fn. 25), S. 119 f.

Siehe nur Roxin (Fn. 97/1), § 26, Rn. 92 m. w. N. in Fn. 127. 158

Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 2. Auflage (1975), S. 561; Stratenwerth (Fn. 22), S. 68; ders./Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat, 5. Auflage (2004), § 8, Rn. 98.

¹⁶⁰ Vgl. Streng, Der Irrtum beim Versuch - ein Irrtum? Ein Beitrag zur Struktur des Versuchstatbestandes, ZStW 109 (1997), S. 862, 896, der zwar der Unbeachtlichkeitslehre folgt, aber die Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Versuch für die logische Konsequenz der (von ihm abgelehnten) aberratio-ictus-Lösung hält. - Hiergegen unten im Text.

Hier ist das Akzessorietätsprinzip bedenkenlos anzuwenden, weil es nicht um den Anstiftervorsatz, sondern um das objektive Vorliegen einer vorsätzlichen Haupttat geht.

"umgemünzt" werden kann. ¹⁶² Der Angestiftete hat versucht, einen Menschen zu töten, und das ist ihm gelungen. ¹⁶³ Die Minderheitsauffassung ist nicht in der Lage zu erklären, warum nur der von der vollendeten Tötung des Tatopfers logisch mitumfasste Versuch am Tatopfer – also die Tathandlung –, nicht aber der Taterfolg dem Anstifter zum Vorsatz zugerechnet werden kann.

Auch bezüglich des Tatzielsubjekts kann im Übrigen keine Anstiftung zum Versuch bejaht werden, weil es insofern an einer Haupttat fehlt: Tatentschluss hatte der Angestiftete nur in Bezug auf die Tötung des Tatopfers, nicht aber hinsichtlich des Tatzielsubjektes. Der error in persona ist unbeachtlich, weil er die Tätervorstellung einer Identität zwischen Tatopfer und Tatzielsubjekt zugunsten der tatsächlichen Konkretisierung in den Hintergrund drängt. Dieser Irrtum kann, nachdem er sich derart (wegen Vollendung) strafbegründend ausgewirkt habe, nicht zugleich, um eine Versuchsstrafbarkeit zu begründen, doch wieder beachtlich sein. 164 Dem Angestifteten, der einen Menschen getötet hat, auf den sich sein Vorsatz auch konkretisiert hatte, können nicht zwei Tötungen zugerechnet werden – eine versuchte und eine vollendete. 165

Als weiteres Gegenargument sei noch die Behauptung genannt, die aberratio ictus führe immer zu einem Versuch. 166 Strukturell stellt eine Anstiftung zu einem versuchten Tötungsdelikt aber ein vollendetes Delikt dar, weil alle objektiven Tatbestandsvoraussetzungen, insbesondere das tatsächliche Vorliegen einer in dem Versuch des Angestifteten liegenden vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat, gegeben sind. Mit dem Dogma "Die aberratio ictus führt immer zum Versuch" ist eine derartige strukturelle Vollendungsstrafbarkeit nicht zu vereinbaren.

Streng hat der von ihm abgelehnten aberratio-ictus-Lösung Schützenhilfe geleistet, indem er geäußert hat, wenn man ihr schon folge, dann sei eine Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Versuch nur konsequent. S22 StGB stelle auf die Vorstellung des Täters ab, und der Anstifter hatte bei Abgabe des Schusses die Vorstellung, nicht auf das Tatopfer, sondern auf das Tatzielsubjekt zu schießen. Daraus folge, dass ein Versuch, begangen an letzterem, vorliege. Eine unzulässige Verdoppelung des Tatentschlusses vermeidet Streng, indem nach seinem Konzept ein gleichzeitig vorliegender Tatentschluss in Bezug auf das tatsächlich getroffenen Tatopfer nicht gegeben sein soll. 168 Deshalb, so folgert Streng, gebe es beim Versuch auch keinen error in persona.

¹⁶² Roxin (Fn. 97/1), § 26, Rn. 97; ders. (Fn. 88), § 26, Rn. 122; Hillenkamp (Fn. 38), S. 66; Müller (Fn. 88), S. 831; Geppert (Fn. 30), S. 167.

Nikolidakis (Fn. 40), S. 137; Schreiber (Fn. 136), S. 877; Geppert, Verwechslung des Opfers durch den angestifteten Haupttäter oder: ein neuer "Rose-Rosahl-Fall", JK 1991, StGB § 26/4.

¹⁶⁴ Roxin (Fn. 97/2), S. 301; Toepel (Fn. 45), S. 349, Fn. 31; Dehne-Niemann (Fn. 139), S. 246, Fn. 81.

¹⁶⁵ Rudolphi, in: Systematischer Kommentar StGB, 8. Auflage (Stand März 2004), § 16, Rn. 30; Roxin (Fn. 97/2), S. 300; Müller (Fn. 88), S. 831; Geppert (Fn. 86), S. 363.

¹⁶⁶ Hettinger (Fn. 60), S. 536.

¹⁶⁷ Streng (Fn. 160), S. 896 f.

¹⁶⁸ Streng (Fn. 160), S. 877.

Inhalt des Tatentschlusses sei vielmehr ausschließlich das Tatzielsubjekt. Demgemäß liegt nach dieser Sichtweise, wenn man schon den Taterfolg am Tatopfer nicht zum Anstiftervorsatz zurechnen will, so doch schon aus Akzessorietätsgesichtspunkten eine Anstiftung zum Versuch vor; denn einen Versuch – und nur diesen – Versuch am Tatzielsubjekt, der dem Anstiftervorsatz entsprach, hat der Vordermann ja begangen.

Diese auf den ersten Blick bestechende Konzeption krankt jedoch an dem Umstand, dass im Falle der Vollendung der Tat des Vordermannes der error in persona unbestrittenermaßen für den Vorsatz nicht irrelevant ist. Jedes vorsätzliche Vollendungsdelikt durchläuft aber strukturell das Stadium des Versuchs, und ein Taterfolg kann nur zum Vorsatz zurechnet werden, wenn er im Versuchsstadium über ein entsprechendes Handlungsunrecht vermittelt wird. Versuchs- und Vollendungsvorsatz müssen daher kongruent sein. ¹⁶⁹ Deshalb hat die "Vorstellung von der Tat" in § 22 StGB keine andere Funktion, als den Zeitpunkt des Versuchsbeginns zu definieren; keinesfalls soll der gegenständliche Bezugspunkt des Vorsatzes in der Versuchsphase gegenüber dem des Vollendungsvorsatzes modifiziert werden. ¹⁷⁰ Ein error in persona ist somit auch und gerade beim Versuch denkbar.

Im Ergebnis hat der Angestiftete somit unter keinem Aspekt einen Versuch am Tatzielsubjekt begangen. Mithin scheidet aus Akzessorietätsgründen eine Strafbarkeit des Hintermanns wegen Anstiftung zum Versuch aus.

cc) Ergebnis

Im Ergebnis überzeugt die Mindermeinung angesichts der Übermacht der Gegenargumente nicht; es gelingt ihr nicht, die sich als "Ersteindruck" darstellende "herrschende Meinung" zu widerlegen. Im Falle des error in persona sind bei Annahme einer aberratio ictus des Täters eine versuchte Anstiftung und eine fahrlässige Tötung verwirklicht.

b) Zusammenfassung

In der Auseinandersetzung zwischen Unbeachtlichkeitstheorie einerseits, aberratioictus-Theorie andererseits und den Wesentlichkeitstheorien als vermittelnden Ansichten ist von der erstgenannten Ansicht nichts Substantielles übrig geblieben. Auch die Wesentlichkeitslösungen kranken an der mit der Dogmatik der subjektiven Tatseite unvereinbaren Objektivierung des Anstiftervorsatzes. Angesichts der Übermacht der Argumente für die aberratio-ictus-Lösung, von denen sich die meisten als tragfähig erwiesen haben, ist dieser Auffassung zu folgen.

Der Anstifter war nach alledem im hier untersuchten Fall wegen versuchter Anstiftung bezüglich des Tatzielsubjekts, mangels Vorhersehbarkeit der Personenverwechselung des Angestifteten aber nicht wegen fahrlässiger Tötung bezüglich des Tatopfers zu bestrafen.

¹⁶⁹ Dehne-Niemann (Fn. 139), S. 248; allgemein zur Kongruenz des Vorsatzes in der Versuchsund Vollendungsphase Hillenkamp, in LK, 11. Aufl., Band 1 (Stand 2003), § 22 Rn. 31.

¹⁷⁰ Andernfalls müsste man den error in persona für vorsatzrelevant halten, vgl. *Dehne-Nie-mann* (Fn. 139), S. 248 f. Diese Lösung vertritt auch *Streng* (Fn. 160) nicht.

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