Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Prof. Dr. Reinhard Mußgnug
Die Großherzoglich Badischen Sammlungen zwischen Monarchie und Republik 401

Christine Gray/Georgina Redsell/Astrid Wiik
Heidelberg-Cambridge Writing Competition: Assess the legality of the recent armed conflict in Lebanon and Israel, making use of international law governing the use of force between states 421

Jan H. Wollnik
Bilanzkontrolle nach dem Bilanzkontrollgesetz 457

Friedemann Kainer
Nationale Preisregelungen im Binnenmarktrecht – am Beispiel von Gebührenordnungen für Rechtsanwälte 479

Methodik

Prof. Dr. Gerrick v. Hoyningen-Huene
Klausur im Probeexamen: „Die Entlassung der ‚ziemlich selbständigen' Arbeitnehmerin" 505

Sînziana Ianc/Michael Anderheiden
Übungsfall: „Der europäische Haftbefehl im Lichte des Grundgesetzes" 517

Anna-Katharina Hübler/Prof. Dr. Thomas Pfeiffer
Übungsfall: „Der gemolkene Bauer" 539

Rechtsprechungsanalyse

Dr. Stephan Scherer/Lisa Schumacher
Verfassungswidrigkeit der Erbschaftsteuer 569

David Bittmann
Schadensersatzanspruch des Verbrauchers bei nicht ordnungsgemäß erfolgter Widerrufsbelehrung im Rahmen eines kreditfinanzierten Immobilienerwerbs
Anmerkung zu OLG Bremen, Urteil v. 2. 03. 2006 (2 U 20/02); NJW 2006, 1210 583

Daniel Möritz
Grenzen der Scheingesellschafterhaftung
Besprechung von OLG Saarbrücken, NJW 2006, S. 2862 ff. 595

Rezensionen

Buchrezension zu *Petra Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht *(Caspar Behme)* 607

Buchrezension zu *Christian Hillgruber/Christoph Goos*, Verfassungsprozessrecht *(Heiko Feurer)* 611

Aufsätze

Prof. em. Dr. iur. Reinhard Mußgnug

Die Großherzoglich Badischen Sammlungen zwischen Monarchie und Republik*

Abstract

Ein Rückblick auf das monarchische Staatsrecht des 19. Jahrhunderts und seine Regeln über die Aufteilung des Landesvermögens zwischen dem Fürsten und seinem Land, zu dem der im Herbst 2006 drohende „Karlsruher Handschriftenausverkauf" den Anlass geliefert hat. Die fortschrittlicheren deutschen Verfassungen des frühen 19. Jahrhunderts haben das verfassungsrechtlich gebundene Staatsvermögen exakt definiert und es sorgfältig vom frei disponiblen Privatvermögen des Monarchen abgetrennt. Die in diesem Punkt rückständigere badische Verfassung von 1818 pochte statt dessen auf die „allgemein anerkannten Grundsätze des Staats- und Fürstenrechts", nach denen auch das Staatsvermögen der Monarchie „unstreitiges Patrimonialeigenthum des Regenten und seiner Familie" gewesen ist. Aber das heißt keineswegs, daß der Großherzoglich Badische Kulturbesitz staatsrechtlich ungebundenes Eigentum des Großherzogs gewesen und 1918 nach dem Untergang der Monarchie weiterhin frei vererb- und veräußerbares Privateigentum der nunmehr markgräflichen Familie geblieben sei. Der Verf. weist nach, dass die „allgemein anerkannten Grundsätzen des Staats- und Fürstenrechts" des 18. und 19. Jahrhunderts etwas vollkommen anderes, dem Karlsruher Ausverkauf konträr im Wege Stehendes lehren.

A look back at the constitutional law of the 19th century and it's rules for the distinction between the monarch's private property and the public property of the crown stimulated by the 'Clearance Sale of the Karlsruhe Manuscripts' threatening in autumn 2006. The more progressive German constitutions of the early 19th century have accurately defined the constitutionally bounded state property and carefully separated it from the monarch's free personal property, whereas the in that score more backwarded constitution of the Grand Duchy of Baden from 1818 persisted in 'the commonly acknowledged principles of public and principality law' which classified the entire property of the monarchy as 'the ruler's and his family's undeniable patrimonial property'. Nevertheless this doesn't mean, that the cultural property of the Grand Duchy of Baden had been the Grand Duke's free inheritable and alienable private property, which he could retain after his abdication in 1919 for his now Margrave family. The author points out, that 'the commonly acknowledged principles of public and principality law' of the 18th and 19th century teach something completely different and definitely contradicting against the Karlsruhe Clearance Sale.

* Geringfügig überarbeiteter Text eines Vortrags, den der Verfasser am 10. Juli 2007 vor der Heidelberger Rechtshistorischen Gesellschaft gehalten hat.
Der Verf. war Professor für Staats- und Verwaltungsrecht, Verfassungsgeschichte der Neuzeit und Finanz- und Steuerrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg. Seit dem Sommersemester 2006 ist er emeritiert.

Ministerpräsident Oettingers hinkender Vergleichs-Vorschlag

Ende September 2006 hat die Baden-Württembergische Landesregierung die Welt mit der Nachricht erschreckt, sie wolle dem Markgrafen Berthold von Baden die Versteigerung von mittelalterlichen Handschriften der Badischen Landesbibliothek im Wert von 70 Mio. € gestatten. Diese Handschriften[1] beansprucht der Markgraf als sein Eigentum, weil seine Vorfahren, die Großherzöge von Baden, sie der Karlsruher Landesbibliothek nur zur Verwahrung und Verwaltung anvertraut, sie aber nie aus dem Eigentum ihres Hauses entlassen und in Staatseigentum des Landes Baden überführt hätten. Mit der gleichen Begründung erhebt der Markgraf auch Anspruch auf zahlreiche Gemälde in der Staatlichen Kunsthalle Karlsruhe, auf die im Karlsruher Schloß ausgestellte „Türkenbeute" und auf noch einiges andere mehr. Es geht um Kunstschätze im Wert von 250 bis 300 Mio. €, die sich zwar samt und sonders seit Menschengedenken in der Obhut und Pflege staatlicher Museen und Sammlungen des Landes Baden-Württemberg befinden, die der Markgraf aber gleichwohl als sein angestammtes Familienerbe ansieht.[2] Weil die Landesregierung fürchtete, das nicht widerlegen zu können, scheute sie eine gerichtliche Klärung. Um ihr aus dem Weg zu gehen, hat sie mit dem Markgrafen abgesprochen, dass sie ihm die Handschriften zum Verkauf herausgeben werde. Als Gegenleistung wollte es der Markgraf beim Zugriff auf die im einzelnen noch auszuwählenden Handschriften bewenden lassen und zugunsten des Landes auf seine Rechte am gesamten übrigen vormals großherzoglich badischen Kunst- und Kulturbesitz verzichten.

Das sei, so ließ Ministerpräsident Oettinger wissen, ein für Baden-Württemberg höchst vorteilhafter Handel. Die Redensart vom Spatz in der Hand und der Taube auf dem Dach machte die bei Vergleichen dieser Art und Güte übliche Runde. Die Preisgabe der in den Tresoren der Landesbibliothek unter Ausschluss der Öffentlichkeit vor sich hinschlummernden Handschriften wurde als Bauernopfer ausgegeben, das dem Land und seinen Bürgern das hinfort nicht mehr länger anfechtbare Eigentumsrecht an einer Vielzahl ungleich populärerer und dazu mindestens das zweieinhalbmal wertvollerer Ausstellungsstücke sichern werde. Das Eigenlob, das sich Oettinger für diesen angeblich so glänzenden „Deal" zollte, ist unvergessen. Sein Bonmot, gegen die geplante Handschriften-Liquidation liefen bezeichnenderweise lediglich die Feuilleton-Redaktionen Sturm; in den Wirtschaftsspalten der Zeitungen sei über sie kein kritisches Wort zu lesen,[3] steht noch immer in lebhafter, wenn auch nicht allzu guter Erinnerung.

---

1 Näheres über sie und zahlreiche Abbildungen, die ahnen lassen, welchen Verlust ihr Verkauf bedeuten würde, bei *Ute Obhof*, Die Handschriftensammlung der Badischen Landesbibliothek, in Ehrle/Obhof (Hrsg.), Die Handschriftensammlung der Badischen Landesbibliothek – Bedrohtes Kulturerbe?, 2007, S. 9 ff.

2 Die Einzelheiten sind bei *Ehrle*, Für Baden und Europa gerettet? – Eine Zwischenbilanz, in Ehrle/Obhof (Fn. 1), S. 81 ff. nachzulesen.

3 dpa-Meldung vom 26. 9. 2006 „Oettinger von Kritik an Kunstschätze-Verkauf nicht überrascht".

Mittlerweile redet die Landesregierung eine andere Sprache.[4] Sie hat die juristischen Einwände ernst genommen, die gegen ihr Vorhaben sofort nach seinem Bekanntwerden in den Medien, allen voran in der FAZ,[5] vorgetragen worden sind. Aus ihnen hat sie gelernt, dass es sich bei den Kunstschätzen, die der Markgraf für sich reklamiert, keineswegs um normales Familienvermögen handelt. Diese Kunstschätze standen zwar bis zum Ende der badischen Monarchie im großherzoglichen Eigentum. Aber sie haben dem Großherzog nicht etwa persönlich und als Privatmann gehört. Sie gehörten ihm in seiner Eigenschaft als souveräner Monarch und Staatsoberhaupt. Darin unterschied sich das Eigentum an ihnen grundlegend vom Eigentum des Bauern an seinem Hof, des Fabrikanten an seiner Fabrik oder – um bei den Monarchen zu bleiben – vom Eigentum des Alten Fritz an seiner Schnupftabakdose. Das großherzogliche Eigentum am badischen Kulturerbe war kein Privat-Eigentum, über das der Großherzog nach den Regeln des bürgerlichen Rechts frei hätte verfügen können. Dieses Eigentum stand dem Großherzog nur zu, weil er als Großherzog Badens Souverän war. Aus diesem Grund konnte es ihm auch nur so lange zustehen, als er Badens Souverän war.

Friedrich II., der letzte Großherzog Badens, hat den badischen Kulturbesitz bei seiner Abdankung im November 1918 daher nicht einfach als Reserve-Vermögen für familiäre Finanzkrisen in sein von allen Herrscherpflichten entbundenes Privatleben mitnehmen und an seine Kinder und Kindeskinder weitervererben können. Geht die Monarchie unter, so ist ihr Erbe nicht der Monarch. Die Monarchie wird von der Republik beerbt. Das schloss eine Privatisierung des Großherzoglich Badischen Kulturbesitzes zum markgräflich badischen Familien-Vermögen kategorisch aus. Der Untergang der Monarchie hat die badischen Sammlungen nicht etwa privatisiert; er hat sie republikanisiert. Die Kunstschätze, die der Markgraf für sich beansprucht, sind somit 1918 vom Eigentum des Großherzogs in das Eigentum der Republik Baden und von dieser 1952 auf das Land Baden-Württemberg übergegangen. Ministerpräsident Oettinger hat mit dem von ihm voreilig angepeilten Vergleich dem Markgrafen Kunstwerke abkaufen wollen, die dem Land Baden-Württemberg, wenn nicht allesamt, so doch zum größten Teil bereits seit mehr als einem Dreivierteljahrhundert gehören. Die Taube, von der das Sprichwort redet, saß also nicht auf dem Dach des Markgrafen; das Land hielt sie fest in der Hand. Kein Grund also, sich ihretwegen auf einen Handel einzulassen. Hätte die Landesregierung die Handschriften dem Markgrafen wunschgemäß zum Verkauf freigegeben, so hätte sie, um im Bild zu bleiben, eine reale Taube in der eigenen Hand gegen einen imaginären, nur in der Phantasie der markgräflichen Rechtsberater herumflatternden Spatzen eingetauscht.

---

4 Der FAZ v. 3. 3. 2007, S. 38 zufolge wies Wissenschaftsminister Frankenberg das Drängen des Markgrafen zur Eile mit der beruhigenden Erklärung zurück, die Landesregierung müsse sicherstellen „daß Steuergelder nicht für Kulturgüter ausgegeben werden, die dem Land schon gehören."

5 Z. B. von *Willoweit*, FAZ v. 4. 10. 2006, S. 22; *Winfried Klein*, FAZ v. 5. 10. 2006, S 39; *Wefing*, FAZ v. 10. 10. 2006, S. 33; *Mertens*, FAZ v. 2. 11. 2006, S. 39; *Mußgnug*, FAZ v. 29. 9. 2006, S. 37

Dass die Landesregierung das nicht eher durchschaut hat, liegt wohl daran, dass sie den Kreis ihrer Rechtsberater zu eng gezogen hatte. Ihr scheint nicht hinreichend vertraut gewesen zu sein, dass es wie in der Medizin Krankheiten, so auch in der Jurisprudenz Fälle gibt, für die man Spezialisten hinzuziehen muss. Wie man sich wegen einer aus den Tropen mitgebrachten, hier zu Lande nicht hinreichend vertrauten Krankheit nicht auf seinen Hausarzt verlassen, sondern einen Facharzt für Tropenmedizin konsultieren sollte, so sollte man sich in einem Eigentümer-Prätendenten-Streit mit einem Fürstenhaus, der ins 19. Jahrhundert und in das Fürstenvermögensrecht jener Zeit zurückreicht, nicht ausschließlich auf die „general practitioners" des Juristenstandes verlassen, sondern rechts- und verfassungsgeschichtlich genügend erfahrene Fachleute befragen und vor allem auch auf sie hören.[6] Mit dem Einsetzen einer Sachverständigen-Kommission, die mit der dafür erforderlichen Kompetenz untersucht, was von dem Großherzoglich Badischen Kunstbesitz dem Land Baden-Württemberg und was dem Markgrafen gehört,[7] hat die Landesregierung das, wenn auch spät, so doch gerade eben noch rechtzeitig nachgeholt. Warum sie damit den richtigen Weg eingeschlagen hat, soll im folgenden näher begründet werden.

Die fürstlichen Kunstsammlungen als Teil des Kammerguts

Dass es mit dem Eigentum der Monarchen an ihren Kunstsammlungen seine besondere Bewandtnis hat, liegt daran, dass diese Sammlungen in einer Zeit entstanden sind, zu der man noch nicht zwischen dem Staat und seinem Oberhaupt zu unterscheiden wusste. Man kannte das Land und kannte den Fürsten, der das Land regierte. Aber man konnte beide juristisch noch nicht exakt auseinanderhalten. Vor allem hatte man noch nicht begriffen, dass neben dem Fürsten als natürlicher Person auch sein Land als juristische Person Träger eigener Rechte und Pflichten sein kann. Staatseigentum, wie es uns heute geläufig ist, konnte es daher noch nicht geben. Es gab nur fürstliches Eigentum. Der Fürst war als der Herr zugleich auch der Eigentü-

6 Den Vorwurf, das Letztere versäumt zu haben, kann ich der Landesregierung nicht ersparen. Ihr liegt seit Juni 1967 ein Gutachten des 1972 verstorbenen Heidelberger Rechtshistorikers *Siegfried Reicke* vor, das die „Eigentumsverhältnisse am ehemals großherzoglichen Sammlungsbesitz" sachkundig und detailliert erläutert. Dieses Gutachten, ein Lehrstück subtiler rechtshistorischer Exegese, ist dank eines Hinweises *Dietmar Willoweits* (Fn. 5) allgemein bekannt geworden. Willoweit nennt seine geflissentlich-beflissene Nichtbeachtung nicht ohne Grund eine „ignorante Missachtung der Erkenntnisse, welche in Fällen solcher und ähnlicher Art die Rechtsgeschichte ermöglicht". Finanzminister Stratthaus sah das anders; in einer Stellungnahme zu einer Anfrage der GRÜNEN im Stuttgarter Landtag (LT-Drucks. 14/1382, S. 5) rechtfertigte er das Ignorieren des Reicke-Gutachtens durch sein Haus damit, dass „mit Ausnahme von Prof. Dr. Reicke sich keiner der Gutachter in der Lage" gesehen habe, „die Frage des Eigentums eindeutig zu klären". Dass Reicke der einzige in den Eigenheiten des Fürstenvermögensrechts bewanderte Rechtshistoriker unter den von der Landesregierung und dem Markgrafen bis dahin herangezogenen Gutachtern war, hat Stratthaus unterschlagen.

7 Zu dieser Kommission *Ehrle* (Fn. 2), S. 99

mer seines Landes mit allem, was an unbeweglichem wie beweglichem Vermögen zum Land gehörte. Das fürstliche Privatvermögen und das der Regierung des Landes dienende Staatsvermögen fielen noch ungeteilt in eins. „L'état, c'est moi" lautete die Formel, mit der Ludwig XIV. das auf den Punkt gebracht hat.

So gesehen nährte das Land seinen Fürsten ebenso, wie in unserer modernen Vorstellung ein Betrieb seinen Inhaber nährt. Aber wie das Land den Lebensbedarf seines Fürsten deckte, so hatte umgekehrt auch der Fürst den Finanzbedarf seines Landes aus dessen Ertrag zu bestreiten. Dabei halfen ihm der natürliche Reichtum des Landes und das, was der Fürst von ihm als sein Eigentum für sich reserviert hatte, also sein land- und forstwirtschaftlicher Grundbesitz, das Jagd-, Fischerei- und Bergregal und die im Zeitalter des Merkantilismus verstärkt hinzutretenden landesherrlichen Manufakturen und Monopolbetriebe. Steuern haben die Fürsten natürlich auch erhoben. Aber die Steuer galt als Ausnahme. Sie blieb bis weit ins 18. Jahrhundert hinein Notfällen, insbesondere der Kriegsfinanzierung, vorbehalten.[8] Die reguläre und im Idealfall alleinige landesherrliche Einnahmequelle bildete das „Kammergut", häufig auch als „die Domänen"[9] bezeichnet. Zum Kammergut hat das Staatsrecht seit der frühen Neuzeit den gesamten Besitz des Landesherrn zusammengefasst, sowohl insoweit als er für die Finanzierung der Regierungskosten bestimmt war, als auch insoweit, als aus seinem Ertrag, den „Kammerguts-Revenuen", die persönlichen Ausgaben des Fürsten und seiner Familie bestritten wurden. Primär war das Kammergut aber – wie David Georg Strube, einer der Star-Juristen des 18. Jahrhunderts es formuliert hat – für die „Ertragung der sämtlichen Regierungsbürden" bestimmt.[10] Wer kein oder kein ausreichendes Kammergut besaß, musste mit den Steuergeldern seiner Untertanen zurecht kommen. Das galt als Unglück, sowohl für den Landesherrn, der sich in Bescheidenheit üben musste, als auch für die Untertanen, die eine überhöhte Steuerlast zu tragen hatten.

Zum Kammergut zählte auch die sogenannte *Hofausstattung*, die fürstlichen Schlösser, die Kroninsignien und das sonstige monarchische Repräsentationsvermögen mit seinen Kunstsammlungen, der Hofbibliothek und dem Naturalienkabinett.[11] Auch

8 Dazu eingehender *Mußgnug*, Die Finanzierung der Verwaltung an der Wende vom Ständestaat des 18. zum Verfassungsstaat des 19. Jahrhunderts, in „Der Staat", Beiheft 9, 1991, S. 79 ff.

9 Im Singular stand der Begriff „Domäne" für die die nicht als Lehen ausgegebenen „Kammer- oder Domäne-Güter", land- und forstwirtschaftliche Betriebe, über die der Landesherr die Gutsherrschaft selbst ausübte und deren Ertrag in die landesherrliche „Kammerkasse" floss. Wo im Plural von „den Domänen" die Rede ist, verstanden das 18. und 19. Jahrhundert dies in aller Regel als Synonym für das Kammergut insgesamt, das neben den Domänengüter, den Regalien und den fürstlichen Wirtschaftsbetrieben auch die Hofausstattung umfasste, auf die sogleich näher einzugehen sein wird.

10 Von dem Ursprung und der Bestimmung der Cammergüter in Teutschland; Rechtliche Bedenken, 2. Theil, 2. Aufl. 1774, S. 1 f., 7.

11 So speziell mit Blick auf Baden *Winfried Klein*, Eigentum und Herrschaft – Grundfragen zum Rechtsstatus der Handschriften in der Badischen Landesbibliothek, in Ehrle/Obhof (Fn. 2), S. 127 ff., 128

wenn die Hofausstattung – anders als die Domänengüter, Regalien, Monopolbetriebe und Manufakturen – keinen Ertrag abwarf, so maß das Fürstenrecht des 18. und 19. Jahrhunderts dennoch auch ihr höchste Wichtigkeit bei. Denn sie verlieh dem landesherrlichen Regiment den Glanz, der ihm innenpolitische Autorität sicherte und außenpolitischen Respekt verschaffte. In der Pracht der Hofausstattung wurden der Herrscher-Rang des Fürsten und seine Macht sichtbar. Mit ihren Sammlungen wies die Hofausstattung den Fürsten zudem als Kenner und Förderer der Künste und Wissenschaften aus. Auch das fiel für die Legitimation seines Regiments ins Gewicht. Das fürstliche Mäzenatentum war eines der Attribute jenes „buon governo", der die fürstliche Regierungsgewalt rechtfertigte. Es genügte nicht ein zum Fürsten geborener „uomo prudente e virtuoso"[12] zu sein; man musste das auch zeigen.

Exakt aus diesem Grund gehörte die Hofausstattung unablösbar zum Kammergut mit dazu. Fehlte es an der Hofausstattung, so wurde das als beklagenswerter Makel empfunden. Ein Land ohne das nötige Minimum an höfischer Repräsentation stand im Geruch politischer Bedeutungslosigkeit. Sein Fürst wurde leicht übersehen. Er hatte es schwer, sich und die Belange seines Landes zur Geltung zu bringen.[13] Sein Land geriet in den Verdacht des „cattivo governo", der schlechten Herrschaft.[14]

Die staatsrechtliche Bindung des Kammerguts und der Hofausstattung

Weil ein Regieren ohne Kammergut und Hofausstattung für das 17. und 18. Jahrhundert so gut wie unvorstellbar war, betrachtete man das fürstliche Eigentum an beidem als ein Eigentum besonderer Art. Aus seiner Zweckbestimmung für die Finanzierung des landesherrlichen Regiments und, was die Hofausstattung anging, seiner Repräsentation nach innen wie nach außen leitete die Rechtswissenschaft ab, dass das Kammergut mitsamt der Hofausstattung stets nur im Eigentum desjenigen stehen konnte, der das Land regierte. Aus diesem Grunde konnte der abtretende Herrscher weder seine Domänengüter, noch seine Hofausstattung kurz angebunden für sich einkassieren. Zog er sich aufs Altenteil zurück, so benötigte er sie nicht mehr. Um so mehr benötigte sie der Thronfolger. Drum löste jeder Wechsel in der Person des Landesherrn ipso iure auch einen Übergang des Kammerguts auf den neuen Regenten aus. Dass das nicht nur für die Domänen, sondern auch für die Hofausstattung galt, zeigen die Kroninsignien. Wer als Monarch abdankte, hatte für sie keine Verwendung mehr.

12 So *Machiavellis* Beschreibung der Eigenschaften des erfolgreichen Fürsten: „ein kluger und tugendreicher Mann" (Il principe, Kap. VII).

13 Das betonte u. a. *Johann Heinrich Gottlieb von Justi*, Staatswissenschaft, Teil II, 2. Aufl. 1758, S. 574 ff., einer der Großen in der Staatswissenschaft seiner Zeit, mit besonderem, für die juristische Einordnung der Hofausstattung nach wie vor aufschlussreichem Nachdruck.

14 *Ambrogio Lorenzettis* berühmte „Allegoria del buon e cattivo governo" im Sieneser Palazzo Pubblico verdeutlicht das. Sie kennzeichnet das „gute Regiment" durch hellen Glanz und reiche Pracht, das schlechte durch Düsternis und Schmucklosigkeit.

Sein Nachfolger indessen hätte ohne die Krone und den Krönungsornat nicht gekrönt werden und seine Herrschaft nicht ordnungsgemäß antreten können. Daher blieben die Krone und mit ihr die gesamte der monarchischen Repräsentation dienende Hofausstattung immer in der Hand des jeweils regierenden Fürsten.

Das schlug vor allem zu Buche, wenn ein Herrscherhaus abdankte und ein anderes Haus die Herrschaft über das Land antrat. Dass das Kammergut und die Hofausstattung auch dann in vollem Umfang auf den neuen Herrscher übergingen, entsprach der Logik der Dinge. Für sie galten daher nicht die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Sachenrechts. Weil das Kammergut das fürstliche Regiment über das Land und seine Untertanen trug, unterlag es sachen-, familien- und erbrechtlichen Sonderregeln, die es mit den staatsrechtlichen Regeln der „Succession in Land und Leute" verknüpft haben.[15]

Das hat das Fürstenrecht rechtstechnisch damit erfasst, dass es das Kammergut als *Zubehör der Landeshoheit* betrachtet hat. Dafür gebrauchte es den zeitgenössischen terminus technicus *„Pertinenz"*[16]. Wie die Juristensprache den Vieh- und Gerätebestand eines Bauernhofs als dessen „Pertinenzien" bezeichnet hat, so bezeichnete sie die Domänengüter und die Hofausstattung als Pertinenzien der Landeshoheit. Wie jene bei der Hof-Übergabe noch heute automatisch mitübergehen, so gingen auch diese bei der Übergabe der Landeshoheit per se auf den Thronfolger über. An dieser durch seinen Pertinenz-Status bewirkten Anbindung des Kammerguts an die Herrschaft über das Land nahmen zugleich mit der Hofausstattung auch die landesherrlichen Kunstsammlungen teil. Wo vom Kammergut oder den Domänen die Rede ist, sind sie im Zweifel mitgemeint.

Der von der Hofausstattung abgesonderte persönliche Besitz des Regenten, wie die Schmuckstücke, die nicht zum Krönungsornat gehörten, der Bilderschmuck seiner privaten Gemächer, seine von der Hofbibliothek getrennte Privatbibliothek, das seiner persönlichen Andacht gewidmete Kruzifix etc., blieben davon natürlich ausgenommen. Der Pertinenz-Charakter des landesherrlichen Kunstbesitzes stand jedoch dort außer Frage, wo er in Museen öffentlich ausgestellt oder in einer dem Publikum zugänglichen Bibliothek oder Sammlung verwaltet wurde. Das war z. B. bei der Heidelberger Bibliotheca Palatina der Fall. Sie war bis zu ihrer Verschleppung nach Rom im 30-jährigen Krieg auf der Empore der Heilig Geistkirche aufgestellt und diente der Universität als Universitätsbibliothek. Das hat sie aus dem Privatbesitz des Kurfürsten ausgesondert; sie war in der Sprache der Gegenwart eine dem Anstaltsgebrauch gewidmete öffentliche Sache.[17] Die Durlacher Hofbibliothek, die Vorläuferin der heutigen Badischen Landesbibliothek, lieh ihre Bücher schon 1688 außer Hauses aus. Ein auf dieses Jahr datierter Leihzettel belegt das. Er spricht,

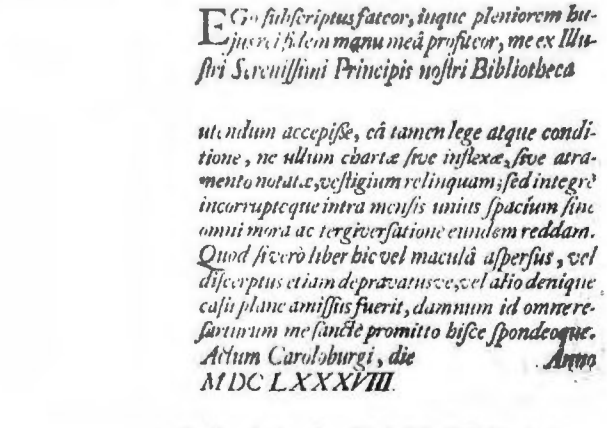
---

15 Dazu *Kuchinke*, Die deutsche Revolution von 1918 und ihre Folgen für das Privatfürstenrecht, in: Brieskorn, Mikat et al. (Hrsg.), Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft, 1994, S. 401 ff., 405.

16 Vom Lateinischen „pertinere" = sich auf etwas beziehen, zu etwas gehören.

17 Dazu *Papier*, Recht der öffentlichen Sachen, in Erichsen/Ehlers (Hrg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 41, 3.

wenn auch Latein,[18] so doch eine deutliche Sprache: Auch wenn er die Bibliothek als Eigentum des Markgrafen bezeichnete,[19] so war sie keineswegs dessen Privatbibliothek. Mit der Hofbibliothek hat der Markgraf Kulturpolitik getrieben. Damit hat er die Bibliothek der Hofausstattung zugeordnet und sie so dem für diese gültigen Pertinenz-Prinzip unterworfen.


EGo subscriptus fateor, inque pleniorem hujus rei fidem manu meâ profiteor, me ex Illustri Serenissimi Principis nostri Bibliotheca

utendum accepisse, câ tamen lege atque conditione, ne ullum chartæ sive inflexæ, sive atramento notatæ, vestigium relinquam; sed integrè incorrupteque intra mensis unius spacium sine omni mora ac tergiversatione eundem reddam. Quod si verò liber hic vel maculâ aspersus, vel discerptus etiam depravatusve, vel alio denique casu plane amissus fuerit, damnum id omne restaurandum me sancte promitto hisce spondeoque. Actum Caroloburgi, die . Anno MDC LXXXVIII.

Leihschein der Bad. Hofbibliothek von 1688

Die Verstaatlichung der Hofausstattung durch das Verfassungsrecht des 19. Jahrhunderts

Je mehr sich die Erkenntnis durchsetzte, daß der Monarch nicht der Eigentümer seines Landes, sondern – wie Friedrich der Große es ausgedrückt hat – nur *„der erste Diener seines Staates"* ist, desto mehr gewann auch die Rechtslage des Kammerguts mitsamt den landesherrlichen Kunstsammlungen an Klarheit. Am Kammergut und den Kunstsammlungen erwies sich, ob sich hinter dem neuen Selbstverständnis des Monarchen mehr als nur ein theoretischer Paradigmenwechsel und ein paar Lot erbaulicher Staatslyrik verborgen haben. Unterschied sich die Krone von ihrem Träger und der Staat von seinem Fürsten, so musste auch das Staatsvermögen vom fürstlichen Privatvermögen geschieden werden. Wo der Landesherr zum Staatsoberhaupt

18 Er verlangte von den Entleihern die Unterschrift unter folgenden Text: „Ich, der Unterzeichnete, erkläre und verspreche es zur volleren Glaubwürdigkeit dieser Angelegenheit mit meiner Unterschrift, daß ich aus der berühmten Bibliothek unseres erlauchten Fürsten das Buch .... zum Gebrauch erhalten habe, und zwar nach der Vorschrift und unter der Bedingung, dass ich keine Spur einer umgeknickten oder einer mit Tinte beschriebenen Seite hinterlassen werde. Ich werde dasselbe (Buch) vollständig und unversehrt binnen eines Monats ohne Verzögerung und Ausflucht zurückgeben. Wenn aber dieses Buch entweder durch einen Flecken beschmutzt oder zerrissen oder aber verdorben oder durch ein anderes Vorkommnis gänzlich verloren wird, dann verspreche und gelobe ich hoch und heilig, dass ich den gesamten Schaden ersetzen werde. Geschehen zu Karlsruhe, am ... im Jahr 1688.

19 „Illustri Serenissimi Principis nostri Biblioteca".

wird, werden seine Hofausstattung und die ihr zugeschlagenen Kunstsammlungen Staatsvermögen.[20]

In Deutschland hat das als erster Friedrich Wilhelm I. von Preußen, der Vater Friedrichs des Großen, beherzigt. Er hat das preußische Kammergut 1713 gleich nach seiner Thronbesteigung zum Staatseigentum erklärt und damit eine strikte Scheidung zwischen dem Staatshaushalt und seinem Privatvermögen vorgenommen.[21] Das hat für den preußischen Kulturbesitz für eindeutige Klarheit gesorgt. In Preußen gab es 1918 keinen Zweifel, wem die die Berliner Kunstsammlungen und die Königliche Bibliothek Unter den Linden gehörten. Dass sie preußisches Staatseigentum waren, stand schon seit langem fest. Dass Kaiser Wilhelm II. sie nicht nach Dorn ins Exil hat mitnehmen können, war evident.

Die anderen deutschen Staaten ließen sich mit der Verstaatlichung ihres Kammerguts und ihrer Kunstsammlungen länger Zeit. Der König von Bayern verkündete die Verstaatlichung seines Kammerguts 105 Jahre später in der Verfassung von 1818, mit der er Bayern von einer absoluten in eine konstitutionelle Monarchie umwandelte. Dabei verfuhr er konsequent. In die Verstaatlichung seines Kammerguts bezog er ausdrücklich auch „alle Sammlungen für Künste und Wissenschaften, Bibliotheken, physicalische, Naturalien- und Münz-Cabinette, Antiquitäten, Statuen, Sternwarten mit ihren Instrumenten, Gemählde- und Kupferstich-Sammlungen und sonstige Gegenstände, die zum öffentlichen Gebrauche oder zur Beförderung der Künste und Wissenschaften bestimmt sind," mit ein.[22] Die württembergische Verfassung von 1819 hat ebenfalls nichts an Deutlichkeit zu wünschen übrig gelassen. Sie hat dem gesamten nicht ausdrücklich zum königlichen Privateigentum deklarierten Vermögen des Hauses Württemberg „die Eigenschaft eines von dem Königreich unzertrennlichen Staats-Gutes" attestiert.[23]

Sachsen erklärte 1831 zwar alles, „was zum Bedarfe oder Glanze des Hofs bestimmt ist" zum „Eigenthum des Königlichen Hauses" und nennt dabei expressis verbis auch das Grüne Gewölbe, die Gemäldegalerie im Zwinger und die Dresdner Hofbibliothek. Aber auch die sächsische Verfassung tat dies nicht, ohne unmissverständlich hinzuzufügen, dass das königliche Eigentum an diesen Sammlungen „von dem Lande unzertrennbar und unveräußerlich" bleiben soll.[24] Auch hier herrscht also Klarheit. Bei der Abdankung Friedrich August III. stand die Unabtrennbarkeit der sächsischen Sammlungen „vom Lande" daher außer Frage. Das Haus Wettin hat sie nie bestritten.[25]

---

20 Dazu grundlegend *Winfried Klein*, Die Domänenfrage im deutschen Verfassungsrecht des 19. Jahrhunderts, 2007, S. 52 ff.

21 Vgl. *Mußgnug*, Der Haushaltsplan als Gesetz, 1976, S. 67 f.

22 Titel III § 2 der bay. VerfUrk. von 1818.

23 § 113 der Verfassungsurkunde von 1819

24 § 20 der Verfassungsurkunde von 1831

25 Bei den gegenwärtigen Streitigkeiten zwischen Prinz Alexander von Sachsen und dem Freistaat Sachsen, über die in der Presse zu lesen war, geht es um Kunstgegenstände aus unbestrittenem, 1924 von der Republik Sachsen ausdrücklich bestätigtem wettinischem Privatbesitz, die 1945 von der sowjetischen Besatzungsmacht beschlagnahmt und später vom

Der Sonderweg des § 59 der badischen Verfassungsurkunde von 1818[26]

Baden indessen tat sich mit der Verstaatlichung seines Kammerguts schwerer. Jedenfalls drückt sich die badische Verfassung von 1818 in ihrem § 59 dunkler aus als die bayerische, württembergische und die sächsische:

„Ohngeachtet die Domainen nach allgemein anerkannten Grundsätzen des Staats- und Fürstenrechts unstreitiges Patrimonialeigenthum des Regenten und seiner Familie sind, und Wir sie auch in dieser, vermöge obhabender Pflichten, als Haupt der Familie, hiermit ausdrücklich bestätigen, so wollen Wir dennoch den Ertrag derselben, außer der darauf radicirten Civilliste und außer andern darauf haltenden Lasten, so lang als Wir Uns nicht durch Herstellung der Finanzen in dem Stand befinden werden, Unsere Unterthanen nach Unserm innigsten Wunsche zu erleichtern, der Bestreitung der Staatslasten ferner belassen. Die Civilliste kann, ohne Zustimmung der Stände, nicht erhöhet, und ohne Bewilligung des Großherzogs, niemals gemindert werden."

Diese Verfassungsnorm hält einerseits an der aus dem 18. Jahrhundert überkommenen Qualifikation der Domänen als „Patrimonialeigenthum des Regenten und seiner Familie" fest, betont aber andererseits, daß der Domänenertrag zur Deckung des Staatshaushalts und damit zur Minderung der Steuerlast verwendet werden solle.

Das hat den Liberalen viel Stoff für Kritik und Polemik geliefert. Praktische Folgen gingen von § 59 jedoch nicht aus. Die Domänen finanzierten den Staatshaushalt, und die Kunstsammlungen blieben, wiewohl „Patrimonial-Eigentum" der regierenden Familie, unangetastet. Damit „ist die Sache erledigt", meinte ein pragmatischer urteilender zeitgenössischen Kommentatoren des badischen Staatsrechts.[27] Er traf den Nagel auf den Kopf. Der ominöse § 59 hat während der 100 Jahre seiner Geltung nie praktische Bedeutung entfaltet. Wirklich bemerkbar hat er sich erst gemacht, seit das Haus Baden bei ihm mit seinen Ansprüchen auf die Karlsruher Sammlungen Rückhalt sucht. Näheres Zusehen erweist jedoch mit einer in der Rechtsgeschichte seltenen Sicherheit, dass diese Vorschrift die markgräfliche Rechtsauffassung nicht etwa stützt, sondern sie im Gegenteil mit einer kaum zu überbietenden Eindeutigkeit widerlegt. Denn so dunkel manches an § 59 auch wirkt, so ist doch eines nicht zu übersehen: Diese Vorschrift hat das von ihr postulierte „Patrimonialeigenthum des Regenten und seiner Familie" an den Domänen nicht etwa neu begründet, sondern lediglich aufrechterhalten, so wie es sich im 17. und 18. Jahrhundert entwickelt und mit seiner Beschränkung durch die Pertinenz-Regel über die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert hinaus fortgegolten hat. Das ergibt sich aus ihrem Verweis auf die

---

DDR-Regime enteignet worden sind. FAZ v. 18. 1. 2007, S. 38; v. 19. 1. 2007, S. 35 und v. 20. 4. 2007, S. 42.

26 Ausführlich zu § 59 der bad. Verfassung v. 1818 *Winfried Klein*, aaO. (Fn. 11 u. Fn. 20), S. 130 ff. bzw. S. 81 ff.

27 *Bornhak*, Staats- und Verwaltungsrecht des Großherzogtums Baden, 1908, S. 140

„allgemein anerkannten Grundsätze des Staats- und Fürstenrechts". Aus ihm folgt klipp und klar: Das „Patrimonialeigenthum des Regenten und seiner Familie" ist so zu verstehen, wie es das vorkonstitutionelle – also das vor dem Inkrafttreten der Verfassungsurkunde von 1818 gültige – „allgemein anerkannte Staats- und Fürstenrecht" verstanden hat.

Das vorkonstitutionelle Fürstenvermögensrecht schied zwar – von Preußen abgesehen – noch nicht zwischen dem Staatseigentum und dem Privateigentum des Fürsten. Aber mit seiner Pertinenz-Regel hat es das landesherrliche Kammergut ebenso scharf vom Privatvermögen des Landesherrn abgeschichtet wie dies seine Verstaatlichung durch die Verfassungen des 19. Jahrhunderts getan hat. Das Staatsrecht des 18 Jahrhunderts bediente sich dazu einer anderen rechtstechnischen Konstruktion. Aber mit seiner Anbindung des Kammerguts und der Hofausstattung an die Landeshoheit hat auch das alte Fürstenvermögensrecht der Privatisierung des Kammerguts und der Hofausstattung einen festen Riegel vorgeschoben. Daran hat § 59 der badischen Verfassungsurkunde nichts geändert. Wäre das sein Ziel gewesen, so hätte er das ausdrücklich sagen müssen. Mit seiner Beschwörung der „anerkannten Grundsätze des Staats- und Fürstenrechts" bekennt er sich zum genauen Gegenteil.

Das bestätigen die zeitgenössischen Lehrbücher des Fürstenrechts mit bemerkenswerter Einmütigkeit.[28] Sie taten das auch und vor allem wegen der Länder, die, wie Baden, von der Verstaatlichung der Domänen abgesehen hatten. Ein 1904 erschienenes Fürstenrechts-Kompendium[29] hebt das besonders deutlich hervor:

„Dieses (die Pertinenz-Regel) muß besonders auch da gelten, wo, wie in Baden, Hessen, Koburg usw., die Verfassung die Domänen als unstreitiges Patrimonialgut oder fideikommissarisches Eigentum des fürstlichen Hauses bezeichnet. Den Sinn dieser Bezeichnung darf man nicht deren wörtlicher Bedeutung entnehmen, vielmehr muß die gesamte tatsächliche Behandlung der fraglichen Vermögensmasse zur Erkenntnis von deren rechtlicher Stellung herangezogen werden. Dann kann aber ... das Kammervermögen keineswegs als reines Privateigentum der landesherrlichen Familie angesprochen werden."

Klosterhandschriften als private Säkularisations-Beute der „respectiven Landesherrn"?

Selbst Meyers Konversationslexikon strich in seiner 6. Auflage von 1906 die Wichtigkeit der Pertinenz-Regel gebührend heraus. Es heißt dort unter dem Stichwort „Domänen"

„Die Domänen der jetzigen größern Staaten (haben) viel zu sehr einen öffentlichrechtlichen Charakter gewonnen, sind auch viel zu wenig auf rein private Erwerbs-

28 Vgl. u. a. *Hermann Rehm*, Modernes Fürstenrecht, 1904, S. 328 ff.; *Karl Lade*, Staatsverfassung, Fürstenrecht und Hausvermögen, 1910, S. 97 f. m. w. Nachw.

29 *Lade*, aaO. S. 97

titel zurückzuführen als daß die praktische Politik einer Familie, die ihre Landeshoheit verlieren sollte, die Domänen zu Privateigentum vollständig überlassen könnte."

Was das Lexikon über den „Erwerbstitel" der zum Kammergut gehörenden Objekte andeutet, ruft spontan die Karlsruher Handschriften in Erinnerung. Auch sie sind keineswegs auf dem Wege des „rein privaten Erwerbs" in den Besitz des Hauses Baden geraten. Sie stammen zum größten Teil aus Klöstern, die das Deutsche Reich den „respectiven Landesherrn" 1803[30] zur Säkularisation, d. h. zur Aufhebung und Enteignung, freigegeben hat.[31] Es liegt auf der Hand, dass dies nicht geschehen ist, um den deutschen Fürstenhäusern zu einer unentgeltlichen Vermehrung ihres Privatvermögens um klösterliche Beutekunst zu verhelfen. Das säkularisierte Klostergut sollte vielmehr dem fürstlichen Kammergut „zum Behuf des Aufwandes für Gottesdienst, Unterrichts- und andere gemeinnützige Anstalten, als zur Erleichterung ihrer Finanzen" zufließen. Daß mit den „Finanzen" nicht etwa die landesherrliche Privatschatulle, sondern allein die Staatsfinanzen gemeint waren, verstand sich von selbst. Denn die Bildung privater Reserven für die Zeit nach dem Untergang der Monarchie war par tout nicht das Ziel der Säkularisation. Das Reich hat die Säkularisation des Klosterguts nur erlaubt, um die staatliche Existenz der von ihr begünstigten Staaten zu sichern.

Die Pertinenz-Regel galt ungebrochen bis zum Ende der Monarchie. In der zweiten Hälfte des 19. und in den ersten 18 Jahren des ebenfalls noch monarchischen 20. Jahrhunderts war sie allgemein anerkannt. Eine kleine Minderheit von Hofjuristen und Kronadvokaten hat zwar versucht, sie zu leugnen oder wenigstens zu verwässern. Wer sich unabhängig und unparteiisch über das Fürstenvermögensrecht äußern konnte, versäumte jedoch nicht, die Pertinenz-Regel in den Mittelpunkt seiner Überlegungen zum Fürstenvermögensrecht zu rücken. Feststellungen wie die, „daß rein private Eigentumsrechte an dem Domänenvermögen der fürstlichen Familie nicht zustehen, sondern diese nur so lange ein Recht an dem Vermögen selbst besitzt, als sie regierende Familie ist",[32] fehlen in keiner der einschlägigen Schriften. Die lexikali-

30 Durch § 35 des Reichsdeputationshauptschlusses vom 24. März 1803, des letzten vom Regensburger Reichstag beschlossenen Grundgesetzes des Alten Deutschen Kaiserreichs. § 35 RDH lautet: „Alle Güter der fundirten Stifter, Abteyen und Klöster, in den alten sowohl als in den neuen Besitzungen, Katholischer sowohl als A. C. Verwandten, mittelbarer sowohl als unmittelbarer, deren Verwendung in den vorhergehenden Anordnungen nicht förmlich festgesetzt worden ist, werden der freien und vollen Disposition der respectiven Landesherrn, sowohl zum Behuf des Aufwandes für Gottesdienst, Unterrichts- und andere gemeinnützige Anstalten, als zur Erleichterung ihrer Finanzen überlassen, unter dem bestimmten Vorbehalte der festen und bleibenden Ausstattung der Domkirchen, welche beibehalten werden, und den Pensionen für die aufgehobene Geistlichkeit, nach den unter theils wirklich bemerkten, theils noch unverzüglich zu treffenden näheren Bestimmungen."

31 Dazu *Magda Fischer*, Geraubt oder gerettet? Die Bibliotheken säkularisierter Klöster in Baden und Württemberg, in: Himmelein/Rudolf (Hrg.), Alte Klöster – Neue Herren: Die Säkularisation im deutschen Südwesten, Bd. 2.2, S. 1263 ff.

32 So *Lade* (Fn. 28), S. 97; ähnlich, aber mit einer interessanten, aus der Lehre von der Staatensukzession abgeleiteten völkerrechtlichen Begründungsvariante, Rehm (Fn. 28), S. 329.

schen Weihen des Meyerschen Konversationslexikons – ein eher als zuverlässige Sammlung allgemein anerkannter Auffassungen, denn als Sammelsurium extremer Mindermeinungen bekanntes Standard-Werk – haben der Pertinenz-Regel vollends den Schliff der unleugbaren und unentrinnbaren Verbindlichkeit verliehen.

Wenn wir heute darüber urteilen müssen, was 1918 bei der Abdankung des Großherzogs mit seinem Patrimonialeigentum geschehen ist, so müssen wir uns daher an die Pertinenz-Regel halten. Sie besagt, dass dieses Eigentum nur so lange „unbestreitbar" gewesen ist, als der Großherzog die Regierungsbürden getragen hat, um derentwillen ihm die Domänen und die Hofausstattung „als unstreitiges Patrimonialeigenthum" zugestanden haben. Als der Großherzog nicht mehr Großherzog war, ist nach den „allgemein anerkannten Grundsätzen des Staats- und Fürstenrechts" ipso iure der neue Träger der Staatsgewalt, die Republik Baden, in seine nunmehr obsolet gewordene Eigentümerstellung eingerückt. Das alte Fürstenrecht bewährte sich zum letzten Male im Augenblick seines Außerkrafttretens.

Das Beispiel des Hauses Leiningen

Die Gründe, mit denen das Haus Baden das zu bestreiten versucht, wirken dilettantisch. Sie erschöpfen sich in einem schlichten Bestreiten der Pertinenz-Regel. Die Gutachter der Landesregierung und des Hauses Baden bezeichnen sie als fraglich, wissen aber nichts ins Feld zu führen, was sie erschüttern könnte. Sie beklagen statt dessen, dass die Rechtslage nach so langer Zeit nicht mehr aufzuklären sei, und raten deshalb zum Vergleich. Dass es Verfassungs-Historiker gibt, denen nicht weiter schwer fällt aufzuklären, was nach dem Fürstenrecht des 18. und 19. Jahrhunderts rechtens war und nach dem Ende der Monarchie rechtens geblieben ist, scheinen sie entweder nicht zu wissen oder nicht wissen zu wollen.

Wie laienhaft die Berater des Hauses Baden argumentieren, tritt unter anderem in dem altklugen Hinweis auf das Haus Leiningen-Amorbach zu Tage, den einer von ihnen zu den Akten gegeben hat. Leiningen-Amorbach ist 1806 aufgrund des Art. 24 der Rheinbundakte ebenso wie das Fürstentum Fürstenberg von Baden annektiert worden.[33] Das leiningische Kammergut ist dem Fürsten von Leiningen indessen belassen worden. Auch der Fürst von Fürstenberg hat sein Kammergut und seine Kunstsammlungen behalten. Die leiningische Bibliothek, auch sie eine säkularisierte Klosterbibliothek, befindet sich noch heute in leiningischem Besitz. Der Fürst von Fürstenberg hat seine Bibliothek vor einigen Jahren in einer vielbeachteten Auktion versteigern lassen. Daraus soll folgen, daß es die Pertinenz-Regel nie gegeben habe.

33 „Ihre Majestäten die Könige von Baiern und Würtemberg, Ihre Hoheiten die Grosherzöge von Baden, Berg und Hessen-Darmstadt, ... werden alle Souverainitätsrechte ausüben und zwar: [...] Se. Hoheit der Grosherzog von Baden: über das Fürstenthum Fürstenberg, ... das Fürstenthum Leiningen, die auf der linken Mainseite liegenden Besitzungen des Fürsten und der Grafen von Löwenstein-Wertheim, [...]".

Was dem Fürsten von Leiningen 1806 recht gewesen sei (den Fürsten von Fürstenberg hat der Berater des Markgrafen vergessen zu erwähnen), sei für den Großherzog von Baden 1918 billig gewesen.

Nichts ist falscher als das! Art. 27 der Rheinbundakte[34] deckt zwar in der Tat auf, dass die vom Rheinbund depossedierten Fürsten lediglich die staatsrechtliche Unabhängigkeit genommen, ihnen ihr Kammergut aber nicht nur belassen, sondern darüber hinaus auch in frei disponibles Privat-Eigentum umgewandelt worden ist. Aber dieses Abweichen von der Pertinenz-Regel des allgemeinen Fürstenrechts hatte seine politischen Gründe. Der Rheinbund[35] belohnte die Botmäßigkeit, die die Rheinbundfürsten Napoleon gezollt hatten, mit Gebietserweiterungen. Hätte er den Rheinbundfürsten auch noch die Beutemacherei in den von ihnen vereinnahmten Gebieten erlaubt, so hätte das zu viel böses Blut gemacht. Das erklärt, warum die Rheinbundakte für die von ihr verfügten Annektionen die Pertinenz des Kronguts ausnahmsweise außer Kraft gesetzt hat. Verallgemeinerungen läßt ihr Art. 27 also nicht zu. Was er für die 1806 abgesetzten Fürsten angeordnet hat, galt für die 1918 abgetretenen Monarchen gerade nicht.

Leiningen und Fürstenberg sind also keine Präzedenzfälle, auf die sich das Haus Baden berufen könnte. Was generell galt, lehrt die Annektion Kurhessens durch Preußen im Jahre 1866, bei der die Sammlungen auf der Kasseler Wilhelmshöhe mit all ihren Rembrandts gleichsam wie selbstverständlich von Preußen übernommen worden sind.[36]

Das Präjudiz des EuGMR

Neuerdings sorgt ein Präjudiz aus dem Jahr 2000 zusätzlich für Klarheit. Es stammt vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg[37] und ist von dem 1974 abgesetzten König Konstantin II. von Griechenland erwirkt worden. Dieser stritt mit der Republik Griechenland um die Entschädigung für die Enteignung dreier Domänegüter, Tatoi und Polydendri auf dem Peloponnes sowie Mon Repos auf der

34 „Ein jeder der jetzt regierenden Fürsten oder Grafen behält als Patrimonial und Privat-Eigenthum ohne Ausnahme alle Domainen, welche sie gegenwärtige besitzen und so auch alle Herrschafts- und Feudalrechte, die nicht wesentlich zur Souverainität gehören, namentlich das Recht der niedern und mittleren bürgerlichen und peinlichen Gerichtsbarkeit, der forsteilichen Gerichtsbarkeit und Polizei, der Jagd und Fischerei, der Berg- und Hüttenwerke, des Zehnten und der Feudalgefälle, das Patronatrecht und andere diesen ähnliche, so wie die aus besagten Domainen und Rechten fließenden Einkünfte."

35 Zu ihm *Mußgnug*, Der Rheinbund, in „Der Staat" 46 (2007), S. 249 ff.

36 Dazu und zu einer Reihe weiterer signifikanten Präzedenzfälle *Lade* (Fn. 28), S. 101 ff.; über die kurhessischen Domänen ist es sogar zu einem Prozess gekommen, dass er zugunsten Preußens ausgegangen ist, lag keineswegs nur daran, dass er vor den preußischen Gerichten hat ausgefochten werden müssen.

37 Urteil vom 23. 11. 2000 – 25 701/94 (Früherer König von Griechenland u. a./Griechenland), NVwZ 2002, S. 321 ff.

Insel Korfu. Der Gerichtshof gab dem König Recht, weil dieser nachweisen konnte, dass seine Vorfahren Tatoi und Polydendri aus ihrer Privatschatulle bezahlt haben; bei Mon Repos gab den Ausschlag, dass der Provinzialrat von Korfu dieses Gut 1864 König Georg I. in Anerkennung seines Einsatzes für den Anschluss der Ionischen Inseln an Griechenland geschenkt hat. In dem Urteil des Straßburger Gerichtshof spielt außerdem eine gewichtige Rolle, dass das griechische Königshaus für die drei Güter gewissenhaft Vermögen- und Erbschaftsteuer gezahlt hat.

Das Straßburger Urteil lehrt, was das Haus Baden an Fakten aufbieten muss, wenn es sein Eigentum an den Kunstwerken der Karlsruher Sammlungen beweisen möchte. Es wird belegen müssen, dass es die umstrittenen Objekte mit privaten Geldern bezahlt oder dem Großherzog als persönliches Geschenk überlassen worden sind. Außerdem wird es die Frage zu beantworten haben, ob es aus dem von ihm behaupteten Eigentum die naheliegenden vermögen- und erbschaftsteuerrechtlichen Konsequenzen gezogen hat. Damit hat der Straßburger Gerichtshof den Brotkorb sehr hoch gehängt. Für das eine oder andere Einzelstück wird das Haus Baden die von ihm geforderten Nachweise wohl beibringen können. Für die große Masse der Sammlungen indessen dürfte das schwer fallen, vor allem, was die auf dem Wege der Säkularisation erworbenen Karlsruher Handschriften angeht. Beweiserleichterungen wird das Haus Baden jedenfalls nicht in Anspruch nehmen können. Die Beweislast liegt bei ihm.

Es bleibt somit dabei: Die Badischen Domänen und die Badischen Sammlungen sind 1918 in das Eigentum der Republik Baden und von ihr 1952 auf das Land Baden-Württemberg übergegangen. Dieser Übergang erfolgte auf Grund des monarchischen Staatsrechts. Eine Übereignungserklärung, wie sie das BGB für die Eigentumsübertragung fordert, erübrigt sich. Der Wechsel der Staatsform und der Staatsverfassung und die mit ihm verbundenen Eigentumsfragen, gehört nicht zu den Feld-, Wald- und Wiesenfällen, die das BGB regelt. Für ihn gilt Staatsrecht, das seine eigenen Wege geht.[38] Der vom Haus Baden beschworene § 59 der Verfassungsurkunde 1818 ändert daran nichts. Er sagt im Gegenteil genau das, was das Haus Baden nicht wahr haben möchte: Die Rechtslage des vormals Großherzoglich Badischen Kronvermögens bestimmen die aus dem 18. Jahrhundert überkommenen „allgemein anerkannten Grundsätze des Staats- und Fürstenrechts" mit der von ihnen für das fürstliche Kronvermögen statuierten Pertinenz-Regel.

V. Das Auseinandersetzungs-Gesetz von 1919

Auf dieses Resultat hat die Republik Baden aus naheliegenden Gründen Wert gelegt. Sie hat sich in gutem Einvernehmen von der Monarchie getrennt und sich deshalb auch mit der Frage befasst, wovon die Großherzogliche Familie nach dem Verlust des Kammerguts leben sollte. Dazu bestand Anlass: Denn mit seiner Abdankung hat

38 Das ist, wie die Art. 134 und 135 des Grundgesetzes zeigen, noch heute so.

der Großherzog seinen Anspruch auf die sog. „Civilliste“[39] in Höhe von jährlich 650 000 Gulden (rund 1,1 Mio. Mark) verloren, die ihm § 59 der Verfassung von 1818 als Kompensation für seinen Verzicht auf den Domänenertrag garantiert hat. Dafür schuldete ihm das Land eine angemessene Entschädigung.

Auch das sahen die „allgemein anerkannten Grundsätze des Staats- und Fürstenrechts“ so vor. Verlor der scheidende Monarch aufgrund der Pertinenz-Regel sein Kammergut, so stand ihm eine Abfindung zu, die ihm und seinen Nachkommen weiterhin ein standesgemäßes Leben zu sichern hatte. Das war die Kehrseite der Pertinenz-Regel, der alle Reichsländer 1918 gewissenhaft Rechnung getragen haben. Baden tat das mit einem Vertrag, den der Landtag mit einem „Gesetz vom 25. März 1919 über die Auseinandersetzung bezüglich des Eigentums an dem Domänenvermögen“[40] abgesegnet hat.

Mit diesem Vertrag hat nicht etwa der Großherzog die Domänen an das Land abgetreten. Es hat umgekehrt das Land dem Großherzog einen Kapitalstock zugewiesen, der sein und das Auskommen seiner Familie sichern sollte. § 1 des Vertrags stellt das klar. Er redet nicht davon, dass der Großherzog das Domänenvermögen an das Land abtrete. Er sagt: „Dem Großherzog werden aus dem Domänenvermögen als Privateigentum zugeschieden“. Damit bringt er zum Ausdruck, wem das Domänenvermögen, einschließlich der von ihm miteinbegriffenen Kunstsammlungen gehört, und wer darüber verfügt, eben nicht der Großherzog, der diese Vermögen nach der Pertinenz-Regel an das Land verloren hat, sondern umgekehrt das Land, dem dieses Vermögen zugefallen war, freilich belastet mit der Pflicht, die großherzogliche Familie für ein weiteres standesgemäßes Leben auszusteuern.

Diese Pflicht hat das Land vor allem mit der in § 1 Nr. 7 des Vertrags genannten, damals bemerkenswert stattlichen Summe von 8 Mio. Mark erfüllt. Bedenkt man, dass dem Großherzog auch das Baden-Badener Schloss, das Palais Sickingen in Freiburg und das Herrschaftshaus in Badenweiler sowie für ihn und die Großherzogin der lebenslängliche Nießbrauch an einem umfangreichen Waldbesitz auf dem Kaltenbronn und dem Gernsberg zugeteilt wurden, und stellt man außerdem in Rechnung, dass ihn seine Abdankung von allen monarchischen Repräsentationskosten befreit hat, so entspricht die Kapitalausstattung mit 8 Mio. Mark vollauf dem, was der Großherzog mit der Civilliste und ihren jährlich 1,1 Mio. Mark verloren hat.

Das gilt es im Auge zu behalten. Es gibt den Ausschlag für das Verständnis der §§ 6 bis 8 des Vertrags.[41] § 6 hält fest, dass sich mit dem Vertrag das Patrimonialeigentum

39 Hinter diesem Begriff verbergen sich das Amts-Gehalt und die Aufwands-Entschädigungen, die das Verfassungsrecht der konstitutionellen Monarchie dem Monarchen als Ausgleich für die Verstaatlichung des Kammerguts oder – wie in Baden – des Kammerguts-Ertrags garantierte. Den Ausdruck „Civilliste“ hat das kontinentale Verfasssungsrecht von England übernommen, wo die jährlichen Zahlungen an den König nach einem langfristig festgelegten Verzeichnis des Bedarfs für seine eigene Person, seine Familie, seinen Hofstaat und die Civilverwaltung geleistet wurden und nach wie vor geleistet werden.

40 GVBl. S. 179

41 § 6: Die in § 59 der Verfassung vom 22. August 1818 vorbehaltenen Rechte des Regenten und

Zwischen dem badischen Staat und dem vormaligen Großherzoglichen Haus wird über die Auseinandersetzung bezüglich des Eigentums an dem Domänenvermögen folgender

Vertrag

geschlossen:

§ 1.

Dem Großherzog werden aus dem Domänenvermögen als Privateigentum zugeschieden:

1. In Baden das Schloß mit allen dazu gehörigen Gebäuden und Grundstücken nach Maßgabe der Anlage 1.
2. In Freiburg das ehemals Gräflich Sickingensche Palais mit allen dazu gehörigen Gebäuden nach Maßgabe der Anlage 1.
3. In Badenweiler das Herrschaftshaus mit allen dazu gehörigen Gebäuden und Grundstücken nach Maßgabe der Anlage 1.
4. Die Grabkapelle nebst Pförtnerhaus im Fasanengarten zu Karlsruhe.
5. Die gesamte Einrichtung der unter Ziffer 1 bis 4 bezeichneten Anwesen, soweit sie nicht schon Eigentum des Großherzogs ist.
6. Von der Einrichtung der übrigen bisher zur Hofausstattung gehörigen Gebäude (Anlage zum Gesetze vom 3. März 1854, die Zivilliste betreffend,) die im Wege der Verständigung mit der Regierung ausgeschiedenen Gegenstände. Alle anderen Gegenstände in diesen Gebäuden gehören dem badischen Staat, auch soweit sie bisher Privateigentum des Großherzogs waren.
7. Ein Kapital von 8000000 ℳ durch Errichtung einer Schuldbuchforderung im badischen Staatsschuldbuch oder durch Ausfolgung von Schuldverschreibungen des badischen Staates im Nennwert des erwähnten Betrages. Aus diesem Kapital sind, soweit nicht in § 3 etwas besonderes bestimmt ist, die Mitglieder des Großherzoglichen Hauses mit ihren Ansprüchen an das Hausvermögen zu befriedigen.

Außerdem wird dem Großherzog und der Großherzogin für ihre Lebensdauer der in der Anlage 2 verzeichnete Waldbesitz auf dem Kaltenbronn und dem Gernsberg nebst zugehörigen landwirtschaftlichen Grundstücken und Gebäuden zum sicherheitsfreien Nießbrauch überlassen.

Zum Schutze der Grabkapelle verpflichtet sich der Staat, einen Geländestreifen nach Maßgabe der Anlage 3 von der Überbauung auszuschließen und in einem würdigen Zustande zu erhalten

des Großherzogs und seiner Familie erledigt hat. § 7 stellt klar, dass dies nicht nur für die Domänen im engeren Sinne, sondern auch für die zur Hofausstattung gehörenden Kunstwerke in der Karlsruher Kunsthalle und im Schloss Favorite gilt. Dieser Paragraph will genau gelesen werden. Die Lesart, er bestätige, dass die „Kunstwerke in der Karlsruher Kunsthalle und im Schloß Favorite" großherzogliches Privateigentum geblieben seien, überzeugt nicht. Die eigentliche Aussage des § 7 steckt in seinem Verweis auf „die Erklärung der Generalintendanz der Zivilliste vom 18. März",

seiner Familie an den Domänen sind durch die vorstehenden Bestimmungen abgelöst. Die Domänen sind fortan freies und ausschließliches Staatseigentum.

§ 7: Bezüglich der im Privateigentum des Großherzogs stehenden Kunstwerke in der Kunsthalle in Karlsruhe und im Schloß Favorite ist die Erklärung der Generalintendanz der Zivilliste vom 18. März maßgebend.

§ 8 Damit sind alle gegenseitigen Ansprüche ausgeglichen.

die zusammengestellt hat, was von den Beständen der Kunsthalle und der Kunstausstattung des Schlosses Favorite Leihgaben aus den großherzoglichen Privatsammlungen sind. Mit diesen Leihgaben beschäftigt sich derzeit die von der Landesregierung eingesetzte Sachverständigen-Kommission. Es versteht sich, dass sie an das Haus Baden herauszugeben sind.[42] Aber es versteht sich auch, dass dies nicht gilt, wenn es über sie zwischen dem Großherzog und dem Land zu Absprachen gekommen ist, die den Vertrag von 1918 ergänzen. Seit ein aufsehenerregender Archivfund des Freiburger Historikers Mertens gezeigt hat, dass sich Großherzog Friedrich mit dem Land zumindest über das Eigentum an der Markgrafentafel von Hans Baldung Grien geeinigt hat,[43] liegt auf der Hand, dass eine sorgfältige Prüfung angezeigt ist. Diese Prüfung muss gründlich und in Ruhe erfolgen. Der Versuch des Markgrafen, die mit ihr beauftragte Kommission mit seinem im März 2007 verkündeten Appell, es sei „5 vor 12" unter Zeitdruck zu setzen,[44] halte ich für ungehörig.

Auch § 8 des Vertrags hat seine Wichtigkeit. Er zieht einen Schlussstrich, der dem Haus Baden alle Eigentumsberühmungen versperrt, die sich auf alle Objekte im Besitz des Landes beziehen, die nicht eindeutig als von der Pertinenz-Regel ausgenommenes persönliches Eigentum des Großherzogs ausgewiesen sind. Weil § 8 nicht etwa die Grundlage für weitere Rechtsstreitigkeiten bieten, sondern das Abfindungsverfahren endgültig beenden sollte, ist er ernst zu nehmen. Er räumt der Zweckbestimmungen der Badischen Sammlungen zugunsten der Öffentlichkeit den Vorrang ein. Damit postuliert ein Vorgehen nach dem Grundsatz „In dubio pro re publica".

Der Sonderfall der Türkenbeute

Mit alledem ist bei weitem nicht ausgeschöpft, was zu dem Streit um den ehemals Großherzoglichen Kunstbesitz anzumerken ist. Aber zu mehr fehlt an dieser Stelle der Platz.[45] Ein letztes kurzes Wort zur Türkenbeute tut jedoch not. Über sie ist auch von mir einiges gesagt worden, was so nicht aufrechterhalten bleiben kann.

---

42 Es sei denn, das Land Baden hat die betreffenden Objekte 1918 als gutgläubiger Eigenbesitzer übernommen und gemäß § 937 BGB ersessen.

43 FAZ vom 2. 11. 2006, S. 39 und 41.

44 FAZ vom 3. 3. 2007, S. 39.

45 Insbesondere zu dem Testament Großherzog Friedrichs II. und dem Verwirrspiel um die in diesem Testament vorgesehene Zähringer-Stiftung, die beide in der öffentlichen Diskussion eine gewisse Rolle gespielt haben, kann hier nicht Stellung genommen werden. Das ist jedoch kein Schaden. Die Zähringer-Stiftung ist ein Windei. Das meiste was nach Friedrichs II. Willen in sie hätte eingebracht werden sollen, gehört, wie ich glaube nachgewiesen habe, dem Land Baden-Württemberg. Das Haus Baden hätte es daher selbst dann nicht auf die Stiftung übertragen können, wenn es sich bemüht hätte, den letzten Willen Friedrichs II. gewissenhafter zu erfüllen, als es das getan hat. Friedrich II. hatte testamentarisch angeordnet, die vermeintlich ihm gehörenden Kunstschätze an die nach dem Tod seiner Witwe Hilda zu gründende Stiftung zu übereignen. Beim Versuch, das zu tun, ist das Haus Baden 1952 zu pauschal vorgegangen; es hat die Sammlungen en bloc auf die Stiftung übertragen wollen, was das sachenrechtliche Bestimmtheitsgebot bekanntlich nicht zulässt. Eine diesem Gebot

Die Türkenbeute ist deshalb ein Fall für sich, weil sie der Türken-Louis Markgraf Ludwig Wilhelm in der Tat als Privatvermögen erworben hat. Sie war Teil seines Soldes, der ihm als Reichsfeldmarschall im Großen Türkenkrieg von 1683 bis 1699 nach dem Grundsatz zustand, dass frei verfügbares Privateigentum des Landesherrn ist, was dieser „per industriam suam ex iusto bello contra infideles aquisivit".[46]

Dass die Türkenbeute als markgräfliches Privateigentum nach Karlsruhe gekommen ist, heißt freilich nicht, dass sie bis 1918 großherzogliches Privateigentum geblieben wäre. Den Ausschlag gibt, wie sie das Großherzogtum Baden eingeordnet hat. Es hat die Türkenbeute öffentlich ausstellen lassen und ihr damit den Charakter eines Zeugnisses der badischen Geschichte und ihrer überregionalen Bedeutung verliehen. M. E. hat der Großherzog die Türkenbeute damit als staatliches Repräsentationsgut aus seinem Privatvermögen ausgesondert und so auch sie in die der Pertinenz-Regel unterworfenen Hofausstattung eingefügt. Die Türkenbeute ist daher 1918 ebenfalls auf das Land Baden übergegangen und heute als baden-württembergisches Landeseigentum anzusehen.

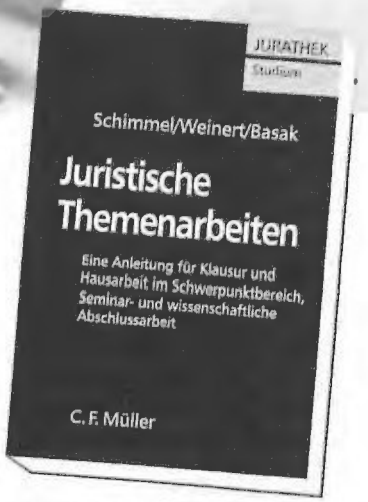
Sollte dem nicht so sein, so wird man die Türkenbeute dennoch leicht im Land halten können. Es genügt, sie in die Liste des national wertvollen Kulturguts einzutragen, um ihren Verkauf ins Ausland zu verhindern, und sie in das Denkmalbuch des Landes aufzunehmen, um auch ihrem Auseinanderreißen durch Inlandsverkäufe einen festen Riegel vorzuschieben. Die Voraussetzungen für beide Eintragungen sind erfüllt. Dass die Türkenbeute zum „national wertvollen Kulturgut" im Sinne des Bundesgesetzes zum Schutz deutschen Kulturguts gegen Abwanderung und des baden-württembergischen Denkmalschutzgesetzes steht, dürfte kaum zu bestreiten sein.

---

entsprechende erneute Übereignung lehnt das Haus Baden ab, weil der testamentarische Anspruch der Stiftung auf die Eigentumsübertragung mittlerweile verjährt sei. Aber das alles ist schon im Ansatz verfehlt. Das Haus Baden versucht über das BGB zu lösen, was staatsrechtlich und verfassungsgeschichtlich angepackt werden muss.

46 „Was der Landesherr durch eigenen Einsatz aus einem gerechten Krieg gegen die Ungläubigen erwirbt". Darauf stellt das in Fn. 3 erwähnte „Reicke-Gutachten" ab.

Die optimale Anleitung für Ihre Themenarbeiten



Schimmel/Weinert/Basak

Juristische Themenarbeiten

Eine Anleitung für Klausur und Hausarbeit im Schwerpunktbereich, Seminar- und wissenschaftliche Abschlussarbeit

Von Prof. Dr. Roland Schimmel, Dr. Mirko Weinert und Dr. Denis Basak.
2007. IX, 139 Seiten. € 14,-
ISBN 978-3-8114-3738-8
(Jurathek Studium)

Das Anfertigen einer Themenarbeit ist insbesondere im Rahmen der juristischen **Schwerpunktbereichsausbildung** zu einer **Pflichtleistung** aufgewertet worden. Derartige Klausuren, Seminar- und Hausarbeiten führen Studierende auf weitgehend neues Terrain, das Herangehen an eine fallunabhängige Prüfungsklausur bzw. Hausarbeit abseits der im Pflichtfachbereich im Vordergrund stehenden Gutachtenform muss eigens erlernt werden.

Der „Schimmel"

- ist ein Anleitungsbuch mit zahlreichen **Beispielen**
- erläutert die wissenschaftlichen Arbeitsweise im Allgemeinen und vermittelt systematisch die **Grundzüge rechtswissenschaftlichen Arbeitens**
- zeigt die Unterschiede zwischen Themenarbeit und Rechtsgutachten
- gibt Hinweise zum **richtigen Aufbau** und zu den **typischen Elementen** juristischer Themenarbeiten
- skizziert die inhaltlichen und sprachlichen Anforderungen
- gibt Tipps für einen gelungenen **mündlichen Vortrag**

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

CFM

C.F. Müller
www.cfmueller-verlag.de

80113177

Christine Gray

Foreword – International Law Competition

This edition of the Heidelberg Student Law Review includes articles by the two winners of an international law essay competition run by the Cambridge Student Law Review and the Heidelberg Student Law Review, in collaboration with the British Council. Both writers are to be congratulated on their success.

The two articles discuss the legality of Israel's use of force against Lebanon in 2006. The Cambridge paper by *Georgina Redsell* and the Heidelberg paper by *Astrid Wiik* both argue that Israel's use of force was unlawful.

This is an extremely controversial issue on which many have strong opinions. The two articles re-examine the debate on the scope of self-defence under Article 51 of the UN Charter in the light of recent case-law of the International Court of Justice and of the Eritrea/Ethiopia Claims Commission. They examine the question as to how far the traditional doctrine has been, or should be, modified in the light of the terrorist attacks of 9/11 and of their aftermath. The two articles discuss the fundamental notions of armed attack, necessity and proportionality. Can there be an armed attack by non-state actors such as Hezbollah, even in the absence of state complicity? This question has been avoided by the International Court of Justice in recent cases such as *Armed Activities on the Territory of the Congo*, DRC v Uganda (2005), but is addressed in some detail in these two articles. Were the events of 12 July 2006 of sufficient gravity to amount to such an attack? And, if so, did they allow the use of force in self-defence against Lebanon, even in the absence of complicity by that state in the initial use of force by Hezbollah? These are difficult and divisive questions.

There is common ground between the two articles on the notion of armed attack; they also agree on the crucial question of the application of the customary international law requirements of necessity and of proportionality. For many states in the Security Council debates on the Lebanon conflict these were the critical issues in assessing the legality of the Israeli use of force. A majority of states argued that the thirty-four day massive Israeli attack on Lebanon, claimed by Israel to be aimed at Hezbollah rather than Lebanon, was grossly disproportionate. Others such as the USA argued that the proportionality of the Israeli use of force should be assessed in the light of the threat to the existence of Israel posed by Hezbollah. Thus there is

now a fundamental divide as to the proper meaning of "proportionality" in the law of self-defence.

Astrid Wiik also discusses the application of international humanitarian law arising out of the use of cluster bombs, the bombing of roads and airports, the deaths of civilians. She defends the legality of the Israeli actions, and controversially asserts that the current law needs revision to regulate conflicts between a state and a non-state actor. These questions and others discussed by the two articles are of great importance for the development of the law in this area.

Christine Gray
Professor Of International Law
University Of Cambridge

Georgina Redsell*

Illegitimate, unnecessary and disproportionate: Israel's use of force in Lebanon

I. Introduction

On the morning of 12 July 2006, an event took place that triggered a lengthy armed conflict between Israel and Hezbollah. At around nine o'clock local time, Hezbollah launched several rockets from Lebanese territory across the Blue Line[1] towards Israeli Defence Force (IDF) positions. Then Hezbollah fighters crossed the Blue Line into Israel and attacked an IDF patrol, captured two IDF soldiers, killed three others and took the captured soldiers across the border into Lebanon. After this attack on the patrol, a heavy exchange of fire ensued across the Blue Line between both sides. Hezbollah targeted IDF positions and Israeli towns south of the Blue Line. Israel retaliated with ground, air and sea attacks, and the conflict quickly escalated into a war that lasted 34 days. On 11 August, the Security Council passed Security Council Resolution 1701 which called for a 'full cessation of hostilities', and a ceasefire took effect on 14 August.

This essay assesses whether the armed conflict was justified under international law as a legitimate use of force by Israel in self-defence.[2] The starting point for such a discussion is the UN Charter, which sets out the rules regulating the use of force between states. The general prohibition on the use of force contained in Article 2(4)[3] is subject to two exceptions: the 'inherent' right of self-defence contained in Article 51 and authorisation of the Security Council for states to use force under Chapter VII

* LL. M. student, University of Cambridge, Fitzwilliam College.

1 The border demarcation between Israel and Lebanon drawn by the United Nations on 7 June 2000, necessary for confirming the withdrawal of Israeli forces from Lebanon in compliance with Security Council resolution 425 (1978).

2 Hezbollah's use of force also raises issues relevant to international law, though they cannot be discussed in full detail here: for example, whether the use of force may be justified in the struggle for self-determination.

3 'All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.'

of the Charter.[4] States have relied upon other potential exceptions to the prohibition on interstate violence, but these exceptions are not contained in the Charter and their legality is fiercely debated. For the purposes of this essay, however, there is no need to look beyond the justification of self-defence as it is clear that Israel's response to the actions of Hezbollah was based on the right contained in Article 51. The fact that the discussion focuses on this provision does not, however, mean that the legal issues involved are any less complex than the non-Charter justifications for the use of force. On the contrary, as will be shown, the law on self-defence is subject to fundamental disagreement, and the scope of the right is far from clear.

By way of a brief introduction, the requirements for a right to individual self-defence to be triggered under Article 51 will be set out. The various conditions and surrounding controversies will then be discussed in some detail. The meaning of the prerequisite of an 'armed attack' will be examined. It will be argued that on a strict interpretation of the law the events of 12 July were not sufficiently grave to amount to an armed attack, despite the support that Israel received from many in the international community. The issue of whether there is a right to self-defence against Hezbollah as a non-state actor will then be considered. It will be argued that the current state of the law regarding this issue is open to debate due to developments in state practice since the *Nicaragua* judgment was handed down by the International Court of Justice (ICJ).[5] It will be demonstrated that Hezbollah's actions are not attributable to the state of Lebanon under the *Nicaragua* test or any broader test that may form part of customary international law at present. After having examined whether Israel did have a right to self-defence, the requirements of necessity and proportionality will be discussed. It will be shown that despite the relative uncertainty that surrounds what the prerequisites of necessity and proportionality entail, it is quite plain that Israel's use of force in self-defence was neither necessary nor proportionate.

II. The Right To Self-Defence Under Article 51

The legality of the armed conflict in Lebanon and Israel turns on the interpretation of Article 51, which provides:

> *Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual and collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of the right to self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary to maintain or restore international peace and security.*

4 'Action with respect to threats to the peace, breaches of the peace, and acts of aggression.'

5 ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, (hereafter 'Nicaragua') [1986] ICJ Reports 14.

The primary debate regarding this provision arises from the word 'inherent'. Those who support a wide right to self-defence argue that the use of the word 'inherent' preserves the earlier customary international law right to self-defence. This line of reasoning claims that at the time the Charter was concluded, customary international law established a wide right to self-defence that allows for the protection of nationals and anticipatory (or pre-emptive) self-defence.[6] On the opposing side are those who argue that the right to self-defence arises only if an armed attack takes place, and that since this right is an exception to the prohibition of use of force contained in Article 2(4), it ought to be narrowly construed.[7] It is necessary to outline this debate because, although not directly relevant to the present discussion, whether one takes a wide or narrow view of self-defence, it will affect how one interprets the conditions that constrain the exercise of that right.

There are two main issues regarding the prerequisites of the right to self-defence that are relevant to this discussion. First of all, there is the requirement that an 'armed attack'[8] must have taken place and what this condition entails. There is some controversy about how 'grave' the use of force must be in order to amount to an 'armed attack'. It will be argued that since the International Court of Justice appears to require a high threshold for a form of force to be classified as an armed attack, the events of 12 July cannot be characterised as such. Secondly, there is the question of what level of state involvement (if any) is required for the right to self-defence against non-state actors to be exercised legitimately. This requirement has been subject to a great deal of criticism especially in the context of the 'war on terror'. It will be argued that it is open to debate whether the requirement of 'sending by or on behalf' of a state as set out in *Nicaragua* continues to represent the law at present. Finally, it will be shown that the actions of Hezbollah are not attributable to the state of Lebanon, and therefore Israel did not have a right to self-defence.

III. Was There A Right To Self-Defence Under Article 51? (I.e. Was There An 'Armed Attack'?)

1. Were The Actions Of Hezbollah Of Sufficient Gravity To Amount To An 'Armed Attack'?

The starting point for the definition of 'armed attack' is the definition applied by the ICJ in *Nicaragua*, which is based upon the 'Definition of Aggression' set out by the UN General Assembly.[9] According to this definition, there has been an armed attack where there has been a 'sending by or on behalf of a state of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another state of

6 *D. Bowett*, Self-Defence in International Law (1958).

7 *I. Brownlie*, International Law and the Use of Force by States (1973).

8 The question of whether an 'armed attack' is a requirement at all (i. e if there is a right to anticipatory self-defence) will not be pursued here.

9 'Declaration on the Definition of Aggression' (1974) UNGA Resolution 3314 (1974) Article 3 (g).

such gravity as to amount to acts of aggression'.[10] In *Nicaragua* the Court stated that in order to amount to an armed attack the use of force must be 'of such gravity to amount to an act of aggression'. A distinction was made between 'most grave' uses of force amounting to an armed attack and other forms.[11] Furthermore, a cross-border incident might be classified as an armed attack rather than as a 'mere frontier incident', the Court stated, 'because of its scale and effects'.[12] This distinction between armed attacks in the sense of Article 51 and lesser forms of force not triggering the right to self-defence was reaffirmed recently in the *Iranian Oil Platforms* case.[13] It will be argued that on a strict reading of *Nicaragua* and the *Oil Platforms* decision the Hezbollah attack on the IDF positions was not of sufficient gravity of amount to an armed attack.

On a narrow reading of ICJ judgments, the threshold for an act of force to amount to an 'armed attack' appears to be very high. As outlined above, this high threshold seems to have been reaffirmed in the *Oil Platforms* case.[14] Moreover, in a recent decision made by the Eritrea/Ethiopia Claims Commission it was stated that, 'Localised border encounters between small infantry units, even those involving the loss of life, do not constitute an armed attack for the purposes of the Charter'.[15] On such a narrow view, clearly the events that happened in Israel on 12 July would not qualify as an 'armed attack'. However, the state of the law is not as clear-cut as the Claims Commission's decision suggests. The decision must be viewed with caution in light of the fact that the Commission dealt with complex issues regarding the right to self-defence in a very brief and superficial manner–the court used no more than eight pages to explain its judgment. The sweeping statements made in that decision regarding the right to self-defence have attracted criticism.[16] Therefore, although the threshold of an 'armed attack' is very high, it is argued that that condition is not as narrow as this decision suggests. Nonetheless, Richard Falk has argued that the events of 12 July ought to be characterised as mere border incidents, and that Israel would only have had a right to self-defence if a full-scale attack across Israeli borders had occurred. He also argues that 'If every violent border incident or terrorist provocation were to be regarded as an act of war, the world would be aflame'.[17] Therefore,

---

10 *Nicaragua*, para. [195].

11 *Ibid.*, para. [191].

12 *Ibid.*, para. [195]. It has been argued that the distinction between armed attacks and 'mere frontier incidents' is only relevant in relation to collective self-defence, with the intervention of a third state requiring a higher threshold. However, a distinction was drawn in the context of individual self-defence with regard to the most grave forms of force amounting to an 'armed attack' and less grave forms.

13 ICJ, *Islamic Republic of Iran* v. *United States of America* (hereafter, *Oil Platforms*), [2003] ICJ Reports 161, paras. [51]–[64].

14 *Ibid.*, paras. [51] and [71].

15 Eritrea/Ethiopia, Partial Award, *Ius Ad Bellum* Ethiopia's Claims 1 8, 19 December 2005, 2006 ILM 430.

16 For more detailed criticism of the decision see *C. Gray*, 'The Eritrea/Ethiopia Claims Commission Oversteps Its Boundaries: A Partial Award?' (2006) 17 EJIL 699.

17 See *R. Falk*, 'Lurching Toward Regional War in the Middle East' (2006) Today's Zaman,

from a policy perspective as well as from a legal perspective the events of 12 July should not be characterised as an armed attack.

However, the ICJ's decisions are open to interpretation on this point. It is arguable that the ICJ has not completely excluded small-scale attacks from the spectrum of 'armed attack'. For example, in the *Oil Platforms* case, the Court stated that it 'does not exclude the possibility that the mining of a single military vessel might be sufficient to bring into play the 'inherent right of self-defence".[18] Moreover, Yoram Dinstein has argued that there is no need to exclude smaller-scale attacks from the definition: 'An armed attack presupposes a use of force producing (or liable to produce) serious consequences, epitomized by territorial intrusions, human casualties, or considerable destruction of property. When no such results are engendered by (or reasonably expected from) a recourse to force, Article 51 does not come into play.'[19] The ICJ has declined to give precise guidance as to how 'grave' a form of force must be to reach the threshold of 'armed attack', however, it seems clear that under Dinstein's definition, the events of 12 July would qualify. The actions of Hezbollah did produce serious consequences and also involved territorial intrusions and human casualties. It is contended that there is scope to argue that the actions of Hezbollah should be considered an 'armed attack' justifying a response under Article 51.

Such a contention is supported by the response of many in the international community to the events of 12 July. The actions of Hezbollah were widely denounced and Israel's right to defend itself widely affirmed. Furthermore, the fact that Israel was subject to an armed attack seemed to be relatively uncontroversial in the opinion of many states.[20] In their opinion, the killing of three Israeli soldiers, the taking hostage

---

21 July 2006 <http://www.zaman.com/?bl=commentary&alt=&trh=20060721&hn=34951> accessed 7 March 2007.

18 *Oil Platforms*, para. [72].

19 *Y. Dinstein*, War, Aggression and Self-Defence (1988), p. 193.

20 See Security Council debates. In particular, S/PV 5489, 14 July, 2006, 10 a.m.: 'Argentina does not deny the fact that Israel has a right to defend itself against foreign attack.' 'While we recognise the right of all States ... to defend themselves, the waging of a wide-spread military campaign directly targeting civilians and hitting their infrastructure, such as in the current campaign by Israeli forces, can in no way be consonant with that objective ...' (Qatar). 'Japan acknowledges the legitimate security concerns of Israel.' 'Israel has every right to act in self-defence.' (the United Kingdom). 'Peru recognises Israel's right to self-defence and security.' 'Denmark is unwavering in its recognition of the right of States to self-defence – in this case Israel's.' 'We recognize and acknowledge the right of each and every State to self-defence.' (Slovakia). 'We deplore the recent attack by Hizbollah ... We equally deplore and express our deep alarm at Israeli counterattacks ... We continue to believe that, while preserving the right to self-defence, Israel must respect its obligations under international law ...' (Greece). 'Israel has a right to defend its territory and its citizens when they are attacked – and they have been attacked. But we condemn the disproportionate nature of the response ...' (The Security Council President, on behalf of France). See also, S/PV 5493, 21 July, 2006, 3 p.m.: 'Argentina recognises that Israel has a legitimate right to self-defence, in accordance with Article 51 of the Charter.' 'The European Union recognises Israel's legitimate right to self-defence, but it urges Israel to exercise utmost restraint and not to resort to disproportionate action.' (Finland, on behalf of the European Union). 'There is no doubt that

of two others, and the launching of Katyusha rockets across the border as a diversionary tactic *were* sufficiently grave to constitute an armed attack.

Despite the broad international support for Israel's right to self-defence it is suggested that the threshold for an 'armed attack' remains the high threshold propounded by the ICJ, as set out above. The opinions expressed by the states mentioned were political, rather than legal statements. Moreover, the acceptance of Israel's right to self-defence was not unanimous. Some states denounced Israel's invocation of the right to self-defence as an excuse to carry out an act of aggression.[21] There is also a lack of state practice to support any cogent argument that the threshold is lower than that expounded by the ICJ in *Nicaragua*. It is contended that the law as it presently stands must lead to the finding that there was no 'armed attack' of the scale and gravity to justify an Article 51 response on 12 July. However, as has been seen this proposition may be argued either way as the ICJ has not completely excluded small scale attacks from the scope of the definition. Nonetheless, from a policy perspective it is contended that the actions of Hezbollah cannot be considered an 'armed attack' as allowing a right to self-defence against such small scale attacks would lead to a very broad right to use force. If it was conceded that an armed attack took place in Israel then it must also be conceded that hundreds of armed attacks took place last year justifying an Article 51 response. It is clear from this analysis that this area of the law is in need of elucidation, however, and it is submitted that a more detailed definition of 'armed attack' is required.[22] The other requirements for a legitimate exercise of self-defence will be considered, should the conclusion on this point be considered incorrect.

2. Is there a right of self-defence against Hezbollah as a non-state actor?[23]

Are the actions of Hezbollah attributable to the state of Lebanon?

The second prerequisite for the legitimate exercise of the right to self-defence under Article 51, as interpreted by the ICJ in *Nicaragua*, is that non-state actors must have been sent 'by or on behalf of the state'. In other words, the traditional approach to

---

Israel has the right to protect its territory and its population against such acts committed by Hezbollah.' (Switzerland). 'While we recognise Israel's inherent right to self-defence, we believe that all use of armed force must satisfy requirements of necessity as well as proportionality ...' (Norway). 'We cannot in any way condone hostage-taking, and we cannot deny the right to self-defence ...' (Turkey). 'Hizbollah violated Israel's sovereignty, unprovoked. Israel's response to the abduction and killing of its soldiers was an exercise of its right to self-defence.' (Canada).

21 For example, S/PV 5493, 21 July 2006, 3 p.m., 'No-one would doubt Israel's ability and skills at slapping together a pretext to justify pursuing its aggression and to cover its tracks ...' (Saudi Arabia). 'The incidents that appear to be at the origin of the new aggression cannot justify or explain the collective punishment that Israel ... is inflicting today on a sovereign State ...' (Algeria). 'The Government of the Hasemite Kingdom of Jordan strongly condemns the Israeli aggression against Lebanon, its use of force and actions outside the scope of international law..' (Jordan).

22 *T. Ruys*, 'Attacks by Private Actors and the Right to Self-Defence' (2005) 10 Journal of Conflict and Security Law 289.

Article 51 is that there is no right of self-defence against non-state actors in the absence of state complicity. 'Effective control' and 'acknowledgment' are recognised as bases for state responsibility by the International Law Commission (ILC) in their Articles on State Responsibility.[24] However, the 'effective control' requirement has been the subject of a great deal of criticism and controversy. The ICJ appears to favour this narrow view of the concept of 'armed attack',[25] but this approach is contested by some writers[26] and certain states such as Israel, Portugal, South Africa and the United States.[27] It will be argued that the current state of the law regarding the level of state complicity required to trigger a corresponding right of self-defence is open to debate, but Hezbollah's actions are not attributable to the state of Lebanon under the traditional *Nicaragua* test or any broader test that may form customary international law after 9/11.

According to the ICJ, the level of support required for acts of non-state actors to be attributable to a state is that of 'effective control' of the operations.[28] The mere provision of weapons, logistical or other support is not sufficient to amount to an armed attack.[29] While this judgment was controversial,[30] it has been argued that the decision was in keeping with state practice at the time.[31] Moreover, it would appear that recent decisions of the ICJ have reaffirmed the *Nicaragua* test.[32] In the *Wall* advisory opinion,[33] the Court stated that Article 51 recognises an inherent right to self-defence in the case of an armed attack 'by one State against another State'.[34] This would appear to reaffirm the narrow interpretation of the right to self-defence. However, the situation of Israel that is contemplated in the *Wall* advisory opinion is distinguishable on the basis that the alleged non-state actors were not originating from a foreign state

23 This essay proceeds on the basis that some level of state complicity is required. The question of whether there is a right of self-defence against non-state actors *per se* is not pursued.

24 Articles 8 and 11, General Assembly Resolution 56/83 of 12 December 2001, and see *J. Crawford*, The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries (2002).

25 See, for example, ICJ, *Oil Platforms* and *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* [2004] ICJ Reports 194.

26 *A. Cassese*, International Law, (2001); *T. M. Franck*, 'Terrorism and the Right of Self-Defence', (2001) 98 AJIL 840; *J. Paust*, 'Use of Armed Force Against Terrorists in Afghanistan, Iraq and beyond', (2002) 35 Cornell JIL 534; *R. Wedgwood*, 'Responding to Terrorism: The Strikes Against Bin Laden', (1999) 24 Yale JIL 564.

27 *C. Gray*, International Law and the Use of Force, (2004), p. 111–115 and p. 165–167.

28 *Nicaragua* at para. [115].

29 *Ibid.*

30 See Judge Schwebel's dissent, *ibid.* at paras [174]–[181].

31 *C. Gray*, International Law and the Use of Force, (2004), p. 109.

32 ICJ, *Case Concerning Armed Activities in the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo* v. *Uganda)* 1 July 2000. But see the dissenting opinion of Judge Kooijmans, para [27] onwards; *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* [2004] ICJ Reports 194.

33 ICJ, *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* [2004] ICJ Reports 194.

34 *Ibid.*, para. [139].

but from within territory of which Israel had control. For that reason Article 51 had no application whatsoever.[35] Consequently, on a closer reading of the judgment, the *Wall* advisory opinion does not necessarily reaffirm this narrow conception of armed attack because the situation was not relevantly analogous, and was therefore not discussed.

In addition to the lack of positive reaffirmation of the test by the ICJ, the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia declined to apply the test in its famous *Tadic* judgment.[36] It was held that the *Nicaragua* test was at variance with judicial and state practice, and not consonant with the logic of the law on state responsibility.[37] Moreover, the *Nicaragua* test has been subject to a great deal of academic discussion and criticism since that case was decided.[38] In addition to the critical literature, there is evidence that the customary practices of states have changed. It has been argued that since the late 1990s many states have accepted a broader reading of Article 51 and a right of self-defence against non-state actors.[39] Whether this is really the case is contested, however, after the attacks on the World Trade Center, the international community expressly confirmed that the right to self-defence could be exercised against armed attacks that are not attributable, under the *Nicaragua* test, to another state.[40] Moreover, it has been explicitly stated in Security Council resolutions that the international community's response to the bombings of 9/11 brought about a new approach to Article 51, which could not be brought within the narrow test expounded in the *Nicaragua* judgment.[41] Such a new approach may also be evidenced in the reaction to Israel's response to the actions of Hezbollah on 12 July.[42]

Therefore, it appears that the current law regarding the level of state involvement in the actions of non-state actors is uncertain and open to debate. Christian Tams has stated that this demonstrates that the traditional understanding of self-defence, as set out in *Nicaragua*, is 'now no longer 'generally accepted''.[43] State practice points towards a wider interpretation of the concept of 'armed attack' than that propounded

35 *Ibid.*

36 *The Prosecutor v, Tadic*, IT-94-1-A, ICTY Appeals Chamber, 38 ILM 1518 (1999), at paras [116]–[145].

37 A test of 'overall control' was adopted, at para. [145].

38 For example, *G. Travalio and J. Altenberg*, 'Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force' (2003) 4 Chicago Journal of International Law 97; *A. Cassese*, 'Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law' (2001) 12 EJIL 993; *J. Brunnee and S. J. Toope*, 'The Use of Force in International Law after Iraq' (2004) 54 ICLQ 785.

39 *C. J. Tams*, 'Light Treatment of a Complex Problem: The Law of Self-Defence in the *Wall* Case', (2005) 16 EJIL 963 c. f.; *C. Gray*, International Law and the Use of Force, (2004), p. 111–117.

40 SC Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001).

41 Judge Kooijmans separate opinion in the *Wall*, at para. [35].

42 See Security Council debates, e. g. S/PV.5493.

43 *C. J. Tams*, 'Light Treatment of a Complex Problem: The Law of Self-Defence in the *Wall* Case', (2005) 16 EJIL 963.

by the ICJ. Iran, Russia and the United States have all asserted a right to self-defence against armed attacks against non-state actors even where those actions could not be attributed to any state under the *Nicaragua* test.[44] The requirement for the right to self-defence to be triggered, in light of state practice, seems to no longer be that of 'effective control', but rather something less. The level of state involvement in a belligerent attack that is required to confer a valid right to the use of force in self-defence must be reconsidered, especially in light of 'Operation Enduring Freedom' in Afghanistan. The language popularly used is that states have the right to self-defence against states that are 'harbouring' terrorists. It is unclear what this phrase actually means, although implicit is some sort of tacit support or approval by the state. In addition, the justifications for the war against Afghanistan are open to varying interpretations. Some commentators have argued that there has been a change in the law to allow self-defence against states 'harbouring' terrorists,[45] whereas some argue that there has been no change in the law whatsoever, and that on the facts the relationship between Al Qaida and the Taliban regime was sufficiently close to come within the traditional requirements contained in the 'Definition of Aggression'.[46]

It is therefore unclear what the state of international law currently is. The test according to the ICJ in *Nicaragua* is 'effective control', whereas academic literature and state practice tend to challenge this. First of all it must be asked whether the 'effective control' test, as the stricter test, is satisfied. This is a question of particular complexity requiring specialist knowledge regarding the workings of Hezbollah. Therefore only a tentative conclusion may be reached. It is contended that the *Nicaragua* 'effective control' test, now codified in Article 8 of the ILC's Articles on State Responsibility, is not satisfied because Hezbollah does not act under the directions or control of Lebanon.[47]

However, the following facts may support an argument for attribution. Since its emergence after the Lebanese civil war, Hezbollah has developed into a political, social and military organisation which is active in the Lebanese political system and society. Hezbollah participates in the Government of Lebanon. In the general election of 2005 it won 14 seats nationwide and an Amal-Hezbollah alliance won all 23 seats in Southern Lebanon. In addition, Hezbollah held two important ministerial seats at the time of the conflict. Hezbollah also exercises governmental authority in Southern Lebanon in the absence or default of official Lebanese authority. Therefore, it might be thought that Hezbollah would qualify as a 'State organ' under Article 4 of the ILC Articles. However, this argument fails on the basis that Article 4(2) seems to imply

44 *Ibid.*

45 *S. R. Ratner*, 'Jus ad Bellum and Ius in Bello after September 11' (2002) 96 AJIL 906.

46 For example, *J. J. Paust*, 'Use of armed force against terrorists in Afghanistan, Iraq and beyond' (2002) 35 Cornell ILJ 532.

47 Such an argument might be more persuasive in relation to Iran or Syria. Hezbollah developed under and still enjoys Iranian guidance and support and Syrian patronage. For more detail see, *M. Ranstorp and C. B. E. Waite*, Hizballah in Lebanon: The Politics of the Western Hostage, (2003).

that only the acts of the two cabinet ministers or the members of parliament would be attributable to the state of Lebanon. The actions which were carried out on 12 July were carried out by other individuals who cannot be considered an organ of the state. Alternatively, the actions of Hezbollah might be attributable to Lebanon under Article 5 since Hezbollah are empowered by the law of the state to exercise elements of governmental authority.[48] However, in the commentaries it is stated that if an act is to be regarded as an act of state for the purposes of international responsibility, the conduct must concern 'governmental activity' and not private or commercial activity. The question then is whether the actions of 12 July can be considered 'governmental activity', a term not defined in the Articles or the commentaries. The commentaries state that of importance are the content of the powers conferred on the entity, the purposes for which they are exercised and the extent to which the government is accountable to the government for their exercise.[49] In other words, the internal law in question must specifically authorise the conduct as involving the exercise of public authority. The action of Hezbollah on 12 July was clearly not authorised as an exercise of public authority. The Lebanese government declared on that date that it was not aware of the incident, that it did not take responsibility for that act and did not endorse it, must also be rejected.[50] The only other possibility for attribution of the action would be Article 9,[51] however, the commentaries state that the government must have had 'knowledge' of the action and did not 'specifically object' to it.[52] As has been outlined above, this was not the case. Under the ILC Articles on State Responsibility therefore Lebanon cannot be held responsible for the acts of Hezbollah.

As Hezbollah forms part of the government of Lebanon this conclusion seems somewhat odd. Yet, it is contended that it cannot be convincingly argued that Lebanon has 'effective control' over Hezbollah. It is also questionable whether the actions of Hezbollah would be attributable to Lebanon under any lesser test that arguably forms part of customary law at present. Even under a lesser test it is submitted that some sort of direct support or at least tacit approval should be required.[53] The fact that Hezbollah's actions are not attributable to Lebanon is reflected in the previous justifications used by Israel for its use of force in Southern Lebanon. During the 1970s and 1980s Israel justified its use of force on the basis that Lebanon was incapa-

48 Article 5: 'Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority'.

49 *J. Crawford*, The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries (2002), p. 100–102.

50 'Address to the Lebanese People' of 15 July 1006 Prime Minister Fouad Siniora stated that '[T]he Lebanese government announced from the first instance when the events broke, that it had no prior knowledge of what happened. Nor did it endorse the operation carried out by Hezbollah, which led to the abduction of the two Israeli soldiers'. The full statement can be found at http://www.lebanonundersiege.gov.lb/english/F/eNews/NewsArticle.asp?CNewsID=17 accessed 7 March 2007.

51 'Conduct carried out in the absence or default of the official authorities'.

52 *J. Crawford*, The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries (2002), p. 114.

53 *J. Brunnee and S. J. Troope*, 'The Use of Force in International Law after Iraq' (2004) 54 ICLQ 785, p. 795.

ble of preventing attacks from its territory from Hezbollah.[54] However, it is submitted that, even if mere acquiescence were sufficient, the defensive use of force would have to be limited to targeting Hezbollah only and not Lebanon and its infrastructure. Israel did not limit its military action during the conflict in this manner. It is contended that even under a less stringent test than that propounded by the ICJ in *Nicaragua* Hezbollah's actions are not attributable to Lebanon.

It is thus concluded that whatever the result of the current test under international law is, even if the use of force by Hezbollah had been grave enough to constitute an 'armed attack', Israel would still not have had a right to act in self-defence against Hezbollah because the latter's actions are not attributable to the state of Lebanon. In the alternative, should this conclusion be wrong, the additional requirements of necessity and proportionality will be discussed.

IV. Was The Use Of Force In Self-Defence Necessary And Proportionate?

If Israel did have a right to self-defence on 12 July, the exercise of that right must have been necessary and proportionate in order to be legitimate under international law. These requirements can be traced back to the 1837 *Caroline* incident and they have been reaffirmed in *Nicaragua*, the Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*,[55] and the *Oil Platforms* case. The necessity and proportionality requirements are not set out in the UN Charter but form part of customary international law.[56] It is not entirely clear what these requirements entail as there is very little that can be gleaned from ICJ judgments. The Court usually finds that the exercise of self-defence has been illegal on some other basis, such as a finding that there has been no armed attack and therefore the conditions of necessity and proportionality tend to be treated as marginal considerations.[57] Moreover, there has been relatively little discussion of these issues in the academic literature. Due to the lack of guidance provided by the ICJ, the discussion regarding these requirements will be mainly based on an academic discussion of the relevant issues.[58]

The prerequisites of necessity and proportionality will be discussed separately, although there will be an overlap between the two heads. Before setting out on a dis-

54 (1978) UNYB 297; (1980) UNYB 349; and (1984) UNYB 288.

55 Advisory Opinion on the ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, [1996] ICJ Reports 226.

56 *Nicaragua*, para. [176], *Oil Platforms*, para. [76] and the Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* para. [41].

57 In both *Nicaragua* and the *Oil Platforms* case the Court held that the criteria of necessity and proportionality were 'additional grounds of wrongfulness' because the use of force had already been found to be illegal on some other ground.

58 The structure of this section will be largely based on the detailed exposition of proportionality and necessity in the *ius ad bellum* in Chapter 5 of *J. Gardam*, Necessity, Proportionality and the Use of Force by States (2004).

cussion of these two requirements, it must be made clear which yardstick one is using to measure the necessity and proportionality of the use of force. Clearly one would reach diametrically opposed conclusions if one were measuring the necessity and proportionality of the response, on the one hand, in response to the abduction of the soldiers on 12 July, and if, on the other hand, one took into account the subsequent escalation of hostilities from both sides. It is contended that the latter approach is preferable. The initial, localised response to the attack involving the abduction of the soldiers may, if it could be treated as an isolated event, be considered both necessary and proportionate. However, it is not possible to isolate that initial response from the subsequent escalation of hostilities. As the ICJ observed in the *Oil Platforms* decision it is not possible for one to close one's eyes to 'the scale of the whole operation'.[59]

It will be demonstrated that in the context of the whole campaign, the use of force by Israel was neither necessary nor proportionate to 'halt and repel' the attacks from Hezbollah.

1 Necessity

Various matters are of relevance in assessing whether Israel's actions were necessary. The earliest formulation of necessity was in the 1837 *Caroline* incident, which was as follows: 'necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means and no moment of deliberation'.[60] However, this formulation of the requirement of necessity must be viewed against the background of the then unsettled situations in which states were regarded as having the right to use force.[61] Today the situations in which states may resort to the use of force are limited (by the requirements of 'armed attack' for instance), and so this early formulation should be regarded with a degree of caution.

Nevertheless, it is submitted that the requirement of 'instancy' or immediacy in the *Caroline* formula needs to be satisfied if it is to be determined that an armed attack has occurred.[62] Secondly, the aim and purpose of the self-defence will be examined as a requirement of necessity. Although the Court in the *Oil Platforms* decision did not formally pronounce on this as a requirement of necessity, it is contended that the aim and purpose of the self-defence is an important consideration under this head.[63] The aim must be to halt and repel an attack and nothing more. It will be demonstrated

59 *Oil Platforms*, at para. [77].

60 Stated in correspondence from the American Secretary of State to the British authorities quoted in *J. Gardam*, Necessity, Proportionality and the Use of Force by States (2004), p. 149. For discussion of the formula see *I. Brownlie*, 'Use of Force in Self-Defence' (1961) 37 BYIL 183, at p. 186.

61 *I. Brownlie*, 'Use of Force in Self-Defence' (1961) 37 BYIL 183, p. 429.

62 As discussed in *Nicaragua*, para. [237].

63 Gardam discusses the 'aims of self-defence' under the requirement of proportionality, however, it shall be discussed here on the basis that necessity forms part of the requirement of proportionality.

that it is highly questionable whether Israel's intent remained within this narrow purpose. Thirdly, the nature of the targets targeted by Israel will be discussed.[64] It was recognised in the *Oil Platforms* case that in order to be considered necessary the state acting in self-defence can only attack 'legitimate military targets'.[65] It will be demonstrated that the nature of the targets further supports the contention that the Israeli response to Hezbollah's initial actions went beyond the objective of halting and repelling the attack. These issues shall be discussed in turn.

a) Immediacy

The requirement of immediacy is inherent in the text of Article 51. The right of self-defence arises in response to an armed attack but only for as long as it takes to notify the Security Council and for the necessary action to be taken by that body to restore international peace and security. This was of significance in the *Nicaragua* judgment, where the ICJ stated that the fact that measures were taken several months after the major offensive meant that it could not be held that the activities carried out by the United States were necessary.[66] There is support, therefore, for the claim that the necessity requirement implies a temporal connection between an armed attack and the response taken in self-defence.

It is not entirely clear, however, what this requirement consists of. A strict view of the requirement is that once the armed attack is over, the right of self-defence comes to an end and states must rely on the Security Council. State practice does not, however, support this view of immediacy. States have allowed themselves some flexibility regarding the limits of the timeframe in which they must initiate their defensive action. During the period directly after the armed attack it is expected that states will attempt to resolve the dispute by peaceful means. The 1982 conflict between Argentina and the United Kingdom and the 1990–1 Persian Gulf conflict are cited as evidence of state practice in this area.[67]

With regard to this requirement, it might be questioned whether Israel's right to self-defence was necessary because after the initial attack, the kidnapping of the soldiers and the subsequent attempt by the IDF to retrieve them, Israel did not pursue alternative means of settling the dispute. Israel did pursue a prisoner-captive exchange but this was alongside 'Operation Just Deserts'. Therefore it is open to debate whether the Israeli action after the response to the 'initial attack' meets the requirement of immediacy.

b) Aim and Purpose

It is uncontroversial that necessity and proportionality mean that self-defence must not be retaliatory or punitive; the aim should be to halt and repel an attack.[68] State-

64 Again, Gardam discusses this issue under the head of proportionality but it is discussed here because the ICJ's treatment of the requirement in the *Oil Platforms* case.

65 *Oil Platforms*, para. [51].

66 *Nicaragua*, para [237].

67 *J. Gardam*, Necessity, Proportionality and the Use of Force by States (2004), p. 151.

68 *C. Gray*, International Law and the Use of Force, (2004), p. 121.

ments made by Israeli political and military leadership indicate that the operations that began on 12 July had a purpose beyond that of halting and repelling of the attack by Hezbollah. The statements suggest that the purpose was retaliatory and punitive in nature rather than defensive.

Statements by Israeli military officials seem to confirm that the destruction of civilian infrastructure was a goal of the military campaign. On 13 July, the IDF Chief of Staff Lieutenant General Dan Halutz noted that all of Beirut could be included among the targets if Hezbollah rockets continued to hit Northern Israel. He said, 'Nothing is safe [in Lebanon], as simple as that'.[69] Also according to *The New York Times*, he said that air strikes were aimed at keeping pressure on Lebanese officials, and delivering a message to the Lebanese government that they must take responsibility for Hezbollah's actions. He called Hezbollah 'a cancer' that Lebanon must get rid of, 'because if they don't their country will pay a very high price'.[70] This aim of pressurising the Lebanese Government was mirrored by comments made by the Foreign Minister of Israel, reported in the *Jerusalem Post*, that 'the operation was not intended to avenge Wednesday's attacks, in which two soldiers were captured and eight were killed, but had larger strategic goals.' He added that, 'There will be a point of time where the Lebanese government will need to decide that Hezbollah does not promote Lebanon, it is a burden on the Lebanese people and the Lebanese government ...'.[71] Moreover, Israeli Prime Minister Ehud Olmert declared the Hezbollah actions an 'act of war' and promised Lebanon a 'very painful and far-reaching response'.[72] These statements suggest more than just a response intended to halt and repel an attack. They are indicative of broader aims of teaching the Lebanese government and people a lesson, which clearly amounts to a punitive purpose.

In addition to the alleged punitive objectives of the conflict in Lebanon, it was suggested in news reports at the time that the Israeli operation was pre-planned. *The San Francisco Chronicle* reported that the Israeli campaign had been prepared one to two years in advance and it had also been rehearsed by Israel.[73] There were also reports that the Pentagon had been consulted and helped to plan the operation well before 12 July.[74] Ehud Olmert's, recently leaked, submission to the Winograd Commission supports this allegation. He stated that he first discussed the possibility of war in Jan-

69 *S. Farrell*, 'Our aim is to win – nothing is safe, Israeli chiefs declare' The Times, 14 July 2006.

70 Amnesty International, Israel/Lebanon: Deliberate destruction or collateral damage? Israeli attacks on civilian infrastructure, August 2006, citing the New York Times, *S. Erlanger*, 'Israel Vowing to Rout Hezbollah', 15 July 2006.

71 *H. Keinon*, 'Ramon suggests Nasrallah is a target' Jerusalem Post, 14 July 2006 <http://www.jpost.com/servlet/Satellite?apage=1&cid=1150885995191&pagename=JPost%2FJPArticle%2FShowFull >fiOfi accessed 7 March 2007.

72 *C. McGreal*, 'Capture of Soldiers was an Act of War says Israel' The Guardian, 13 July 2006 <http://www.guardian.co.uk/israel/Story/0,,1819123,00.html>fiOfi accessed 8 March 2007.

73 *M. Kalman*, 'Israel set war plan more than a year ago' San Francisco Chronicle, 21 July 2006 <http://sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=/c/a/2006/07/21/MIDEAST.TMP> accessed 7 March 2007.

74 *S. Hersh*, 'Washington's interests in Israel's war' The New Yorker, 21 August 2006 <http://www.newyorker.com/fact/content/articles/060821fa_fact> accessed 7 March 2007.

uary 2006 and asked to see military plans in March of that year.[75] These reports that the action was pre-planned also indicate that the response had wider strategic aims than self-defence.

It is suggested that these statements of Israeli political and military officials made during the conflict indicate a punitive and retaliatory purpose. Moreover, as will be shown in the next section, these statements coupled with the nature of the targets besieged during the campaign do strongly hint towards a punitive rather than defensive aim and purpose.

c) The Nature of the Targets

The requirement that only legitimate military targets can be targeted for the use of force to be considered necessary is a clear prerequisite of the legitimate use of force, as recognised by the ICJ in the *Oil Platforms* case.[76] In that case, the Court stated that it was not convinced that the evidence supported the USA's contentions as to military presence and activity on certain oil platforms and therefore found that those acts were not justified as acts of self-defence.[77] In the recent conflict in Lebanon, many targets besieged during the campaign were not legitimate military targets and therefore the targeting of them cannot be considered to be necessary under international law.

There are various examples of areas targeted by the IDF that were not Hezbollah positions and therefore not legitimate military targets. For example, the Lebanese government estimates that 32 'vital points' (such as airports, ports, water and sewage treatment plants, and electrical facilities) have been completely or partially destroyed, as have around 109 bridges and 137 roads.[78] More than 25 fuel stations and around 900 commercial enterprises were hit. The number of residential properties, offices and shops completely destroyed exceeds 30,000. All of Lebanon's airports were attacked, some repeatedly. Beirut international airport and fuel tanks were targeted. An IDF statement issued on 14 July claimed that the airport had been targeted because it is a 'central hub for the transfer of weapons and supplies to Hezbollah'. However, in light of statements already outlined above it is arguable that the targeting of the airport was not necessary, but rather all part of a general policy of making the Lebanese government 'pay a high price'. In addition, hospitals were targeted, which are, by their nature, civilian targets. Moreover, there are various incidents of direct attacks on medical and relief personnel. The IDF also attacked UNIFIL and Observer Group Lebanon positions.

In addition to the targeting of civilian infrastructure, the IDF targeted Lebanon's largest power station in Jiyyeh. This action caused 15,000 tons of heavy fuel oil to leak into the sea, affecting two thirds of Lebanon's coastline. The report of the Com-

75 *C. Urquhart*, 'Israel planned for Lebanon war months in advance, PM says' The Guardian, 9 March 2007 <http://www.guardian.co.uk/syria/story/0,,2029732,00.html> accessed 9 March 2007.

76 *Oil Platforms*, para. [74].

77 *Ibid.*, at para. [76].

78 A/HRC/3/2, 23 November 2006, *Report of the Commission of Inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council resolution S-2/1.*

mission of Inquiry on Lebanon states that it is convinced that this attack was premeditated. The targeting of the power station was undoubtedly unnecessary to the aim of curbing the threat from Hezbollah.

The fact that the types of targets targeted must be legitimate military targets is in keeping with the *ius in bello*, the laws of warfare. Moreover, in order to be considered a 'necessary' use of force in self-defence the state acting in self-defence must take precautions to minimise incidental damage to civilians.[79] It is contended that Israel did not take any necessary precautions to minimise such damage. In terms of the extent of the harm caused to civilians this seems clear: 1,191 deaths, one third of which were children; 4,409 people injured; and more than 900,000 displaced.[80] Most strikingly, as the Secretary General of the UN pointed out, more children than fighters have been killed in this conflict.[81]

It may be argued in defence of Israel that relevant precautions were taken by dropping cautionary flyers on the civilian population. However, the Commission of Inquiry on Lebanon has concluded that although warnings were given, they often did not allow sufficient time for the population to leave, and in any event, civilians were at risk of being attacked if they did leave. Israel has also argued that the IDF was targeting Hezbollah positions and support facilities, and that damage to civilians was incidental and resulted from Hezbollah using the civilian population as a 'human shield'. However, both Human Rights Watch[82] and Amnesty International[83] have concluded that the evidence strongly suggests that the extensive destruction of public works, power systems, civilian homes and industry was deliberate and an integral part of the military strategy rather than just 'collateral damage'.

Therefore it is submitted that, in light of all three requirements outlined, the use of force by Israel in self-defence did not comply with the requirement of necessity under international law.

2 Proportionality

The requirement of proportionality is linked to the requirement of necessity. In light of the fact that it has been concluded that the use of force by Israel was unnecessary, it is inevitable that one will also reach the conclusion that the use of force was disproportionate. The requirement still demands separate consideration, however, largely because this issue has been the main point of discussion surrounding this conflict.

---

79 *A. Cassese*, 'Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law' (2001) 12 EJIL 993, p. 355.

80 See note 78 above.

81 UNSC 'IT Is Absolutely Vital That The Fighting Now Stopps' (2006) UN Doc SG/SM/10595 <www.un.org/News/Press/docs/2006/sgsm10595.doc.htm> accessed 7 March 2007.

82 'Fatal Strikes: Israel's Indiscriminate Attacks Against Civilians in Lebanon' (2006) 18, Human Rights Watch 3(E). Amnesty International, Israel/Lebanon: Deliberate destruction or collateral damage? Israeli attacks on civilian infrastructure, August 2006.

83 Amnesty International, Israel/Lebanon: Deliberate destruction or collateral damage? Israeli attacks on civilian infrastructure, August 2006.

Furthermore, the ICJ gave separate discussion to this requirement in the *Oil Platforms* judgment despite the prior finding that the use of force by the USA was illegal. In addition to this it should briefly be pointed out that there have been debates about whether the requirement of proportionality has been subject to modification in light of 9/11. In particular, doubts have been raised whether the use of force should be proportionate to the attack itself or to the threat posed by the attackers. Whilst the majority of the international community denounced Israel's use of force as disproportionate,[84] the Foreign Minister of Israel has argued that the whole discussion is misguided because: 'Proportionality is not compared to the event, but to the threat, and the threat is bigger and wider than the captured soldiers.'[85] It is contended that this proposition should be dismissed at the outset. This definition of proportionality does not, and should not, form the law at present because to accept such an argument makes the requirements of both necessity and proportionality completely redundant. The traditional requirements of proportionality therefore apply and it will be demonstrated that Israel's use of force was disproportionate in light of those requirements.

First of all it is necessary to outline what is meant by the requirement of proportionality in this context. This requirement is particularly controversial because there are considerable differences of opinion as to how to measure proportionality. As with the requirement of necessity, the ICJ has rarely carefully analysed this condition.[86] In *Nicaragua* the Court's approach was not to focus on the nature of the attack itself and to ask what a proportionate response is, but rather to determine what is proportionate to achieving the legitimate goal under the Charter (for example, here the halting and repulsion of the attack).[87] State practice is also generally consistent on this issue.[88] Therefore, it is important to bear in mind that the requirement of proportionality does not require a weighing up of pain suffered and pain inflicted,[89] but what is proportionate to achieve the aim of halting and repelling the attack.

Despite the sparse guidance provided by the ICJ, it is possible to extract some guiding principles as to how proportionality functions from state practice and *opinio juris*, ICJ jurisprudence, and views of commentators. Gardam identifies various factors applicable to assessing the proportionality of the response in self-defence.[90] Those relevant to the present discussion are: the geographical and destructive scope of the response, the duration of the response, the selection of means and methods of

---

84 See the Security Council debates: S/PV.5489 and S/PV.5493. For a summary of the response: <http://www.csmonitor.com/2006/0714/dailyUpdate.html> accessed 8 March 2007.

85 *S. Erlanger*, 'With Israeli Use of Force, Debate Over Proportion' The New York Times, 19 July 2006. <http://www.nytimes.com/2006/07/19/world/middleeast/19israel.html?ex=1310961600&en=7e6791fb127de87a&ei=5088&partner=rssnyt&emc=rss accessed 8 March 2007>

86 Briefly discussed in *Nicaragua* and *Oil Platforms*.

87 *J. Gardam*, Necessity, Proportionality and the Use of Force by States (2004), p. 158.

88 For example, Gardam cites the Falklands Islands and the 1990–1 Gulf conflicts.

89 *G. Verdirame*, 'Assessing Israel's right to self-defence' Transatlantic Institute 2 <http://www.ajc.org/atf/cf/%7B42D75369-D582-4380-8395-D25925B85EAF%7D/TI_2.PDF> accessed 8 March 2007.

90 *J. Gardam*, Necessity, Proportionality and the Use of Force by States (2004), pp. 155–179.

warfare, and targets.[91] Each of these requirements shall be discussed in turn. It will be demonstrated that the use of force by Israel was disproportionate. This conclusion is supported by the response of the international community to Israel's use of force.

a) Geographical and destructive scope of the response

It is generally accepted that proportionality usually requires that forceful actions in self-defence be confined to the area of the attack that they are designed to repel. In addition, the 'extent to which interference with territorial rights of an aggressor state is consistent with limitations inherent in proportionate self-defence will differ from case to case'. It has also been recognised that in order to repel an attack, especially where a state needs to expel an invader, invading the territory of the aggressor state will sometimes be necessary.[92] The United States' invasion of Panama is put forward by Gardam as a 'relatively clear-cut' example of a disproportionate response, and it is submitted that there is a parallel to be drawn in this instance. Israel conducted a full-scale assault from land, sea and air, killing thousands of civilians. It argued that in any conflict there would inevitably be 'collateral damage' and that this was the case here. Israel also argued that the reason why Israeli civilian casualties were so low, while they were so high in Lebanon, was that Israel has an infrastructure designed to protect its civilian population from attacks, whereas Lebanon has not.[93] This may be the case and yet, as has already been outlined above, two NGOs have found that the scale and ferocity of the attacks indicate that the extent of the devastation was not merely 'collateral damage'.[94] As in Panama, it was the scale of the invasion accompanied by the number of civilian casualties that attracted the most criticism. The Israeli use of force in Lebanon was widely denounced as 'excessive and disproportionate'.[95] Also the Secretary General himself denounced Israel's use of force stating that it had caused 'death and suffering on a wholly unacceptable scale'.[96] It would therefore appear that from previous state practice and the international community's reaction at the time that the use of force by Israel was disproportionate in terms of the geographical and destructive scope of the response.

b) The Duration of the Response

A response that may satisfy the requirements of proportionality at the outset may lose that character if it continues past the point in time that is necessary to deal effectively with the armed attack.[97] In relation to the Israeli response it is arguable that although the initial localised response was proportionate, because of the excessive du-

91 For discussion of the nature of targets see the earlier discussion of necessity.

92 *J. Gardam*, Necessity, Proportionality and the Use of Force by States (2004), p. 164.

93 *G. Verdirame*, Assessing Israel's right to self-defence' Transatlantic Institute 2 <http://www.ajc.org/atf/cf/%7B42D75369-D582-4380-8395-D25925B85EAF%7D/TI_2.PDF> accessed 8 March 2007, p. 5.

94 See notes 82 and 83 above.

95 See note 84 above.

96 S/PV 5498, 30 July 2006, 11.40 a.m.

97 *Nicaragua*, para. [237].

ration of the later escalation, the proportionality requirement was violated. However, as has been outlined above, it is important to take into account the rapid escalation from both sides. All that can be said with certainty is that the longer the conflict continued the harder it was for Israel to justify its use of force in self-defence before the international community.

c) Means and Methods of Warfare

In addition to the destructive scope of the response, the means and methods of warfare are also relevant to the proportionality of Israel's use of force.[98] The ICJ itself has stated that a use of force that is proportionate under the law of self-defence or the *ius ad bellum* must also meet the requirements of the law applicable in armed conflict, the *ius in bello*.[99]

In this context there is a distinction between whether the use of a particular weapon is disproportionate *per se*, and whether the manner in which it is used is considered disproportionate. Although allegations were made that Israel had used depleted uranium, white phosphorous and fuel air explosives during the hostilities, according to the Commission of Inquiry on Lebanon none of the weapons used by Israel were *per se* illegal under international humanitarian law.[100] Therefore the relevant assessment of proportionality must consider how, when, in what quantity, and against which targets the weapons were used, rather than what weapons were actually used. In this respect there are various reasons why the use of force by Israel was disproportionate. One such example is the use of cluster munitions by the IDF, ninety per cent of which were fired 72 hours before the end of the conflict. Cluster munitions disperse dozens and often hundreds if sub-munitions over a large area. These munitions have a high failure rate which result in numerous unexploded but volatile duds, which pose similar risks to civilians as anti-personnel landmines. The Commission of Inquiry found these weapons were deliberately used to turn large areas of fertile land into no-go areas for the civilian population.[101] These cluster munitions are still causing deaths and casualties three months after the hostilities have ended. The use of such weapons in such a manner cannot be considered proportionate to curb the threat posed by Hezbollah.

In light of the issues outlined it must be concluded that Israel's use of force in Lebanon was both unnecessary and disproportionate, and this is supported by the majority view expressed throughout the international community.

---

98 *J. Gardam*, Necessity, Proportionality and the Use of Force by States (2004), p. 169.

99 Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, at para. [42].

100 A/HRC/3/2, 23 November 2006, *Report of the Commission of Inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council resolution S-2/1*.

101 *Ibid.*, p. 58–60.

V. Conclusion

It may be concluded from this brief exposition of the legal issues surrounding the armed conflict in Israel and Lebanon that the use of force by Israel was not legitimate under international law. It has been demonstrated that Israel did not have a right to act in self-defence in response to the events that took place on 12 July, although such a right was widely supported within the international community. Moreover, the way in which Israel exercised that alleged right contravened international law. The response was neither necessary nor proportionate. In particular, statements made by political and military leadership at the time, and the indiscriminate nature of the targets besieged during the campaign, strongly suggest a punitive rather than a defensive purpose. The subsequent debate and the international response to the conflict demonstrate not only the continuing relevance and importance of the law on the use of force, but also the need for its clarification on certain points. The level of state complicity required in order for there to be a right against non-state actors needs elucidation, as does the definition of 'armed attack', especially in the current security climate. The fact that states must respect these rules is self-evident, even if sadly, as in this instance, the rules are honoured more in their breach than their observance.

Astrid Wiik*

Nothing but allegations and accusations? The legality of Israel's and Hezbollah's use of force in the July war of 2006

I. Introduction

After Hezbollah trespassed onto Israeli territory killing eight and kidnapping two soldiers in July 2006, Israel responded with massive military operations in Lebanon. The following month an intense armed conflict led to the death of approximately 1234 people, the displacement of 975 000 Lebanese and 300 000 Israelis, a cease in daily life in both countries and damage to large parts of the Lebanese infrastructure.[1] Apart from the human tragedy, discourse continues as to the legality of the conflict. Much remains unclear, because the existing law envisages conflicts arising between or within sovereign states. A framework regulating conflicts between a state and a foreign non-state actor has not evolved yet. Nevertheless, Cicero's dictum *'intra bellum leges silent'* is not accurate either. This paper discusses which norms limited the parties' military actions. Two aspects have to be separated: whether Israel had a right to use force against Lebanon, touching upon the *jus ad bellum*; and the conformity of the parties' military activities to international humanitarian law (IHL), the *jus in bello*.

II. Background

Israel and Lebanon share a violent history that persisted after Israel withdrew from Lebanon in 2000. Lebanon has long failed to control militant groups within its borders and Israel has a history of using force in Lebanon as a response to militant attacks.[2] Israel's invasion in 1982 to expel the PLO, which lead to the emergence of Hezbollah as a Shiite militant group aiming at the deletion of Israel, has especially strained Lebanese-Israeli relations.[3]

---

* 4th year law student, University of Heidelberg.

1 UN General Assembly Report A/HRC/2/7, 5.

2 See Security Council Resolutions 1655 (2006), 425, 426 (1978); S/PRST/2006/3.

3 'Timeline: Decades of conflict in Lebanon' at: http://edition.cnn.com/2006/WORLD/meast/07/14/israel.lebanon.timelime/ (11. 02. 2007).

The recent conflict commenced on 12 July 2006 when Hezbollah launched diversionary rockets towards Israeli military positions and simultaneously entered Israeli territory, killing three and kidnapping two Israeli soldiers. An additional five soldiers died in the ensuing rescue attempt. The conflict terminated with an UN-brokered ceasefire on 14 August.[4] Even though the government of Lebanon regarded Israel's actions as a violation of its territorial sovereignty, it distanced itself from Hezbollah and the Lebanese army remained passive throughout the conflict.

Hezbollah is divided into a socio-political and a militant arm. The socio-political arm is deep-seated in Lebanese society, providing a network of social institutions.[5] Until November 2006, two Hezbollah members served as ministers in the Siniora-Cabinet. It is disputed, whether Hezbollah is a terrorist organization.[6] As it is not decisive in this context, the term 'terrorist organization' will be avoided.

In the following section, the legality of Israel's response to Hezbollah will be examined.

III. Legality in *jus ad bellum*

The UN Charter prohibits the unilateral use of force by states. Article 2(4) provides that 'all members shall refrain in their international relations form the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state.' In the *Nicaragua Case*, the International Court of Justice (ICJ) held this rule to be of customary nature and *jus cogens*.[7] Abidance to the norm is ensured through the Security Council which is vested with the primary responsibility for the maintenance of international peace and security and has the power to impose on states all measures it sees fit in accordance with the UN Charter to coerce compliance with Article 2(4).[8]

The military operations carried out by the Israel Defence Forces (IDF) without consent of the Lebanese Government on Lebanese territory fall undoubtedly under the prohibition of Article 2(4).

The UN Charter denominates two situations in which the deployment of force is legitimate: with authorization of the Security Council pursuant to Article 42 or subject to Article 51 if it is an exercise of the right to self-defence.[9] Moreover, some states

---

4 Security Council Resolution 1701 (2006).

5 *Supra* note 1, 10.

6 While the USA and Israel regard Hezbollah as a terrorist organization, the UN and EU do not; http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:144:0025:0029:EN:PDF; http://usinfo.state.gov/is/Archive/2004/Apr/29-636067.html (05. 03. 2007).

7 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, Merits, 1986, para. 190; http://www.icj-cij.org/icjwww/icases/inus/inus_ijudgment/inus_ijudgment_19860627.pdf (11. 02. 2007).

8 Article 24 UN Charter; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 26; http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm (11. 02. 2007).

9 *K. Ipsen*, Völkerrecht, 5th ed. (2004), ch. 15, para. 10.

proclaim the existence of a customary norm granting a right to anticipatory or pre-emptive self-defence.[10]

The Security Council's reaction to Hezbollah's trespassing was delayed due to political differences. The attack was not defined as a threat to peace, breach of peace or an act of aggression as required for an action under Article 42. Thus, Israel's resort to force was not sanctioned by the Security Council. Resolution 1701 of 11 August 2006 did not retroactively legitimize the use of force.[11]

Therewith, Israel's resort to force was only legal if Israel acted in self-defence.

1 Right to self-defence

Article 51 UN Charter states:

'Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations [...]."[12]

There are three problematic issues. Firstly, it is questionable whether an armed attack carried out by a non-state actor – Hezbollah – can be imputed to the state where that actor resides, allowing the victim state to act in self-defence against the attacker on the territory of the other state. Otherwise, any action carried out by the victim state on the territory of the host state would itself violate Article 2(4) allowing the host state to react in self-defence.[13] Secondly, the trespassing of Hezbollah must have constituted an armed attack. Thirdly, Israel's response must have respected the limitations of Article 51.

---

10 There is an inconsistency in the use of terminology. For the purposes of this paper, the terms anticipatory and pre-emptive self-defence are used interchangeably. Proponents refer to a definition that was developed in the Caroline incident in 1837. Thereafter, self-defence is legitimate when 'the necessity of that self-defence is instant, overwhelming and leaving no choice of means and no moment for deliberation'. In contrast, preventive self-defence merely anticipates an attack that is foreseeable. Interceptive self-defence as the narrowest concept describes a situation in which the aggressor has committed himself to an armed attack in an ostensibly irrevocable way and the attack is foreseeable, imminent and unavoidable. *M. Brailey*, 'The Use of Pre-emptive and Preventive Force in an Age of Terrorism', AA Journal (2004) Vol. II, 149, 150; *M. Krajewski*, 'Preventive Use of Force and Military Action Against Non-State Actors Revisiting the Right of Self-Defence in Insecure Times', http://www.uni-potsdam.de/jpkrajewski/Publications/PreventiveUse.pdf. The National Security Strategy of the USA of 2002 refers to pre-emptive self-defence but redefines it, approximating it to the concept of preventive self-defence. In this paper, the traditional understanding is meant when speaking of pre-emptive self-defence.

11 The entire conflict was defined as a threat to peace and security allowing the extension of the UNIFIL mission.

12 The Charter speaks of a right to act in self-defence. Thus, a state may decline to resort to counterforce. *Y. Dinstein*, War, Aggression and Self-defence, 4th ed. (2005), 179.

13 *J. Somer*, Acts of Non-State Armed Groups and the Law Governing Armed Conflict, 24. 08. 2006, 10 ASIL Issue 21.

With regard to the first issue, it has been argued that the term 'armed attack' demands an attack by another state. This understanding is forwarded by the ICJ in *Legal Consequences of the Wall.*[14] However, as the dissenting Judges *Higgins*[15] and *Koijmaans*[16] point out, nothing in the wording of Article 51 supports such a narrow reading. There is a difference between assaults committed by non-state actors in an occupied territory and those that cross borders. That the latter qualify as armed attacks is reflected in Security Council Resolutions 1368 and 1373. These Resolutions, defining the 9/11 terrorist attacks as a threat to the peace, reaffirm the United States' right to inherent self-defence.[17] Thus, armed attacks can be committed by non-state actors.

As any act of military self-defence encompassed by Article 51 necessarily is directed against the territory of another state, the armed attack by the non-state actor must be attributable to that state. In the *Corfu Channel Case,* the ICJ held that every state is obliged not to allow its territory to be used for acts contrary to the rights of other states.[18] The same was enshrined in the Friendly Relations Declaration.[19] If a state tolerates a situation in which armed bands control parts of its territory and use its territory as a base to launch attacks against another state, these attacks are attributed to that state[20] and it must tolerate actions being carried out on its territory against the armed group.[21] To that extent, the host state forfeits its protection under Article 2(4).[22]

Lebanon declared itself unable to disarm Hezbollah, although several Security Council Resolutions urge Lebanon to fulfil this international duty.[23] Lebanon's declaration is irrelevant in international law,[24] as Lebanon as a sovereign state must control its territory and comply with its obligations under Article 2(4).[25] The trespassing is imputed to Lebanon.

---

14 *Supra* note 8, para. 139.

15 *Supra* note 8, para. 33; http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwp_advisory_opinion/imwp_advisory_opinion_separate_higgins.htm (04. 03. 2007).

16 *Supra* note 8, para. 35; http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwp_advisory_opinion/imwp_advisory_ opinion_separate_kooijmans.htm (04. 03. 2007).

17 *A. Cassese*, International Law, 2nd ed. (2005), 472 et seq.

18 ICJ, *Corfu Channel Case*, Merits, ICJ Reports (1949) 4, 22.

19 Principle 1; UN General Assembly Resolution 2625 (XXV), 1970.

20 *J. Delbrück*, 'The Fight against Global Terrorism', 44 GYIL (2001) 9, 15. The law on attribution must be separated from the law on state responsibility. Instead of bearing responsibility for the act itself, in the latter case the state will only be responsible for the omission of due diligence obligations; *supra* note 12.

21 *Supra* note 11, 206.

22 *C. Tomuschat*, „Der 11. September 2001 und seine rechtlichen Konsequenzen", EuGRZ 2001, 535, 541. He also points out the difference to terrorists that are involved in a specific attack on a state. These individuals generally fall under the victim state's domestic criminal law without enjoying the privileges of IHL.

23 Security Council Resolutions 1559 (2004), 1680 (2006).

24 *C. Tomuschat*, „Der Sommerkrieg des Jahres 2006 im Nahen Osten", 81 Friedenswarte (2006) 179, 181.

25 This is the significant difference from the *Nicaragua Case* where the ICJ stated that the USA could only be held responsible if it had effective control of the paramilitary operations in the course of which the violations were committed, *supra* note 7, para. 195.

As to the second issue, the Definition of Aggression Resolution lists incidents that are defined as aggression, including acts of non-state actors that are attributable to a host or sponsoring state.[26] In accordance with the Resolution, the ICJ held that 'the prohibition of armed attacks may apply to sending by a state of armed bands to the territory of another state, if such operation would have been classified as an armed attack rather than a mere frontier incident had it been carried out by regular armed force.'[27] This seems to be in accordance with most writers who require the fulfilment of two conditions: first, the attack must be grave, jeopardizing essential interests of the state in protecting its citizens and political order; and second, the violence must amount to a 'consistent pattern of violent terrorist action'.[28] The entering of Israeli territory to kidnap soldiers to negotiate an exchange of prisoners threatens Israel's security and violates its territorial integrity. Also, a history of violence between Hezbollah and IDF exists. Late violent eruptions include gunfire exchanges in 2003 in Shebaa Farms and the firing of rockets by Hezbollah in May 2006.[29] The trespassing and the prior incidents amount to an armed attack.

The third issue concerns the permissible degree of counterforce. Self-defence substitutes legal enforcement until the Security Council takes action.[30] Therefore, it must not surpass what is 'necessary and proportional in pursuit of legitimate military objectives'.[31] Proportionality requires that the defence shall not be excessive in relation to the armed attack. It largely depends on the actual circumstances, the attacker's military force, his method and area of attack.[32] If an attack is mainly orchestrated from areas remote from the place of attack, the victim state may react beyond the area of attack.[33]

Hezbollah's armed attack constituted a serious border incident. A military operation directed against those Hezbollah positions from which Israel was attacked, would have been clearly proportional. It is doubtful whether a response beyond the border zone was proportional. No evidence has been presented that allows the conclusion that the attack was coordinated from Beirut. Evidence is lacking to justify the early bombing of Hariri International Airport, the seaport, roads and bridges on 13 July 2006.[34] If shown that Hezbollah used these facilities for the armed attack or to hide

26 *Supra* note 9, ch. 15, para. 10; Article 3(g) GA Resolution 3314 (XXIX).

27 *Supra* note 7, para. 195.

28 *C. Schachter*, 'The Lawful Use of Force by a State Against Terrorists in Another Country', in: H. Han (ed.), Terrorism and Political Violence, 1993, 243.

29 Israel MFA list of all incidents: http://www.mfa.gov.il/NR/exeres/9EE216D7-82EF-4274-B80D-6BBD1803E8A7,frameless.htm?NRMODE=Published (06. 03. 2007).

30 *Supra* note 17, 355.

31 *Supra* note 7, para. 194.

32 *Supra* note 9, ch. 15, para. 39.

33 *Ibid.*

34 The ICJ reached a similar conclusion in relation to Uganda's use of force in the Congo: 'the taking of airports and towns many hundreds of kilometres from Uganda's border would not seem proportionate to the series of transborder attacks it claimed had given rise to the right of self-defence.' ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, 2005 ILM (2006) 45, 271.

the kidnapped soldiers, the attack might be proportional. However, on the basis of the information available, such a grave initial counterattack seems disproportionate.

2 Pre-emptive or anticipatory self-defence

Israel's measures might be legal if carried out in anticipatory self-defence to prevent graver attacks. Article 51 calls the right to self-defence an 'inherent right'. In the *Nicaragua Case*, the ICJ understood this term as referring to customary law predating the UN Charter.[35] This is flanked by the argument that in light of Weapons of Mass Destruction (WMD), states cannot be expected to wait until they are lethally attacked, but must be able to defend themselves pre-emptively.[36]

Opponents argue that an ordinary reading of Article 51 forbids pre-emptive action, especially with regard to the purpose of the UN Charter to prohibit all use of force except in those instances explicitly listed in the Charter.[37] Moreover, every customary rule needs to be based on widespread state practice and *opinio juris*. Both are scarce:[38] Israel invoked anticipatory self-defence in some instances; the USA extended and used the concept to justify the 2003 invasion of Iraq.[39] However, all attempts to rely on the concept were forcefully rejected by the majority of states.[40] Israel cannot invoke anticipatory self-defence for its measures.

3 Conclusion

Respecting the current *jus ad bellum*, Israel had a right to self-defence, but its defence was disproportionate.

IV. Legality in *jus in bello*

Any use of force must also be compatible with IHL. Its purpose is to spare those that are not involved in the conflict and to limit military actions to those of military necessity.[41] Before turning to an examination of exemplary attacks, it is necessary to determine both the nature of the conflict and the applicable law.

---

35 *Supra* note 7, para. 193.

36 *Supra* note 10; *A. Sofaer*, 'On the Necessity of Pre-emption', 14 EJIL (2003) 209.

37 *I. Brownlie*, Principles of Public International Law, 6th ed. (2003), 700.

38 *Supra* note 9, ch. 15, para. 30.

39 *Supra* note 10; *K. Peters*, 'International Law and the Use of Force', QUT 4 L&Just. J (2004) 1, 6, 11.

40 *Supra* note 17, 360 et seq. The concept of interceptive self-defence is, by contrast, widely accepted.

41 *P. O'Brien/C. Smith*, 'The Use of Force in Self-Defence', 4; www.isil.ie (10. 02. 2007).

1 The nature of the conflict

IHL is tailored to the traditional armed conflicts between sovereign states (international armed conflicts).[42] With peoples' struggle for self-determination, the concept of non-international armed conflicts evolved, describing internal domestic conflicts between a state and a non-state actor. The differentiation is significant as there is a comprehensive framework for international conflicts but only minimum standards to regulate non-international conflicts. Rationale for the difference is that most states prefer to handle internal violence within their domestic law.[43] Attacks of foreign armed groups like Hezbollah challenge this dual system, because the non-state actor neither emanates from within nor acts on behalf of a state.

It has been argued that conflicts between a state and a foreign armed group must be regarded as non-international armed conflicts.[44] The law on non-international conflicts views members of non-state armed groups as legitimate targets if they actively engage in the conflict, without granting them combatant status. While this would give states broad powers in dealing with such groups, it is difficult to argue that the conflict between Israel and Hezbollah was non-international in light of its actual dimension and the involvement of two foreign parties.[45]

Additionally, according to Common Article 2 of the Geneva Conventions, a conflict is international in the case of a partial occupation of the territory of a party by another party (even if not met with armed resistance). Consequently, even though Lebanon was not involved in the conflict militarily, the Geneva Conventions applied, formally erecting a conflict between Lebanon and Israel. Furthermore, as two Hezbollah politicians served in the Lebanese government at that time, it could be argued that all military acts of Hezbollah have to be attributed to the state of Lebanon, making the conflict international.[46] Thus, relating to IHL, two international armed conflicts arose: one between Lebanon and Israel and another one between Hezbollah and Israel.

2. Applicable law

Israel and Lebanon are parties to the four Geneva Conventions.[47] Lebanon is party to the Additional Protocol I (AP I) to the Geneva Conventions. Like the USA, Israel has not ratified AP I.[48] However, many rules in AP I are customary law.[49] Only those

---

42 *D. Jinks*, 'September 11 and the Laws of War', 28 Yale J Int'l l. (2003) 1, 20.

43 *D. Kretzmer*, 'Targeted Killing of Suspected Terrorists', 16 EJIL (2005) 171, 195.

44 *Supra* note 42, 38.

45 *K. Ipsen*, 'Israel verstößt gegen das Völkerrecht, und die Hisbollah achtet es erst gar nicht', FR, 01.08.2006, 15 at: http://www.friedenskooperative.de/themen/nahost25.htm (06.03.2007); *M. Bothe*, „Als Rechtsbegriff hat der ‚Krieg' ausgedient", Interview Sueddeutsche Zeitung, 03.08.2006 at: http://www.sueddeutsche.de/kultur/artikel/992/81911/3/ (06.03.2007).

46 *Supra* note 13.

47 Lebanon: 10.04.1951, Israel: 06.07.1951; http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=375&ps=P (06.03.2007).

48 http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P (06.03.2007). Both are parties to the Fourth Hague Convention of 1907 to which the Regulations Concerning the Laws and

norms that an ICRC study group in 2005 found to be of such nature will be cited as customary.[50]

IHL is based on the prohibition of indiscriminate attacks which encompasses two major principles to be applied in every target selection: the principle of distinction and the principle of proportionality. In addition, belligerents must fulfil precautionary measures. Any attack – offensive or defensive – must satisfy these exigencies.

a) Principle of distinction

The principle of distinction determines that the belligerents must always distinguish between combatants and civilians, civilian and military objectives. Only military objectives and combatants comprise legitimate targets.[51] The rationale of the principle is that war is only permissible as a means to weaken the enemy's military capacities.[52] Thus, the definition of who is a combatant and what constitutes a military objective is of utmost importance if this concept of limited warfare shall be effective.

aa) Combatants

In international armed conflicts, combatant status expresses the right to participate directly in hostilities and to enjoy the rights of the Third Geneva Convention;[53] above all, the right to attack military objectives and combatants. Article 4 third Geneva Convention grants combatant status to members of two entities: armed forces and volunteer corps that fulfil several conditions, one being the conduct of operations in accordance with IHL. Hezbollah is not an army. It also fails to fulfil the conditions of Article 4(2)(d) by refusing to adhere to IHL. Thus, Hezbollah fighters do not acquire combatant status.[54]

A question arises as to whether Hezbollah fighters classify as civilians, the other category of IHL. Civilians are those who are not combatants.[55] They are protected against attack, unless and for such time as they take direct part in hostilities.[56] The latter must be determined individually; the mere belonging to a group is insufficient. Such civilians become legitimate targets without enjoying combatants' rights.[57] Hos-

---

Customs on War on Land are annexed. The IMT of Nuremberg held them to be of customary nature (30 September 1946, 65). As IHL has developed largely since then, no reference will be made to the Regulations.

49 Customary international law is part of Israeli domestic law. Israel Supreme Court, *Public Committee against Torture et al. v. Government of Israel* (13. 12. 2006), HCJ 769/02, para. 19.

50 *J.-M. Henckaerts* (ed.), Customary International Humanitarian Law Vol. 1: Rules, 2005.

51 *Ibid.*, Rules 1, 7.

52 St Petersburg Declaration of 1868.

53 *K. Dörrmann*, 'The legal situation of unlawful/unprivileged combatants', 85 ICRC (2003) 45.

54 Israel Supreme Court, *Arad v The Knesset*, HCJ 2967/00, 54 PD(2), 188, 191.

55 *Supra* note 49, para. 26.

56 *Supra* note 50, Rule 6. Embraced by the Israel Supreme Court, *supra* note 49, para. 30.

57 *Supra* note 47, para. 31.

tilities are generally regarded as 'acts which by their nature and purpose are intended to cause actual harm to the armed forces', a condition Hezbollah fighters fulfil.[58] Concerns arise with regard to the terms 'takes direct part' and 'for such time'.[59] While it is clear that a person carrying arms or gathering intelligence information takes direct part, it is disputed whether a Hezbollah member driving ammunition to his peers does. Is physical involvement necessary? Can civilians only be targeted whilst carrying out hostilities or already when planning the attack?

If interpreted too narrowly, the right to self-defence against foreign non-state actors becomes nugatory. Fighters could bounce back and forth between their protected and unprotected status (revolving door phenomenon). A too broad interpretation, however, would undermine the principle of distinction. Various writers propose solutions. For example, it is argued, that in the special case of an armed conflict between a state and a foreign armed group, civilians should be denied the ability to revert to their protected status.[60] The USA and Israel seek to establish the category of unlawful combatants which shall encompass members of armed groups that refuse to abide by Article 4 and actively engage in conflict. They shall be legitimate targets for the entire conflict.[61] However, under current IHL, members of Hezbollah are civilians, losing their status only for the time they engage in hostilities. The practical difficulties that arise have been outlined.

bb) Military objective

The customary definition of military objects is identical to Article 52 (2) AP I:[62] an objective element requires that the object *'by its nature, location, purpose or use makes an effective contribution to military action'* whereas a subjective element stipulates that the *'total or partial destruction, capture or neutralization offers a definite military advantage in the circumstances ruling at the time.'*

Every object can become a military objective if it effectively contributes to military action. The classification depends on the actual circumstances. The purpose of the objective element is twofold: the destruction of the enemy is only admitted as a means to overcome his will; and the element ensures that civilian objects which support the conflict financially or psychologically do not qualify as military objectives.[63] It does not oppose the definition of such objects as military which also serve civilian needs like the general infrastructure. Due to their double function, these dual-use ob-

58 *Y. Sandoz* (ed.), Commentary on the Additional Protocols, 1987, 618. Proposals suggest including acts directed against civilians to encompass terrorists. See Israel Supreme Court, *supra* note 49, para. 33.

59 *Supra* note 50, 23; *supra* note 49, para. 39.

60 *H. Parks*, 'Air War and the Law of War', 32 AFL Rev (1990) 1, 118.

61 *Supra* note 47, para. 11. Israel's Supreme Court rejected the category, para. 28.

62 *A. Cassese*, 'The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law', 3 UCLA Pacific Basin L. J. (1984) 55, 86 et seq.

63 *M. Sassòli*, 'Targeting: The Scope and Utility of the Concept of 'military objectives' for the Protection of Civilians in Contemporary Armed Conflicts', in: D. Wippman (ed.), New Wars, New Laws?, 2005, 181, 199.

jects challenge the principle of discrimination. Practical implementation is difficult as it is almost impossible to assess the extent to which these objects effectively contribute to military action.[64]

The objective element is criticised by US Army officials for failing to encompass the enemy's war-sustaining capabilities.[65] According to them, all objects that prolong a conflict constitute military objectives.[66]

The subjective element reflects the principle of military necessity and obliges combatants to gather precise intelligence information of the enemy's objectives.[67] Moreover, the element requires the expectation of a definite, not only potential military advantage. While it must not be expected of each single military action, it must correspond to a concrete operation. To equate it with the entire war effort, like Israel does, would render it superfluous.[68]

It has been argued that civilian morale forms a permissible advantage as it expedites an ending of hostilities.[69] This so-called effects-based targeting has served to justify attacks on the media.[70] Under current IHL, however, the direct military advantage must remain the decisive factor in target selection. Otherwise, the principle of distinction might be undermined.[71]

b) Principle of proportionality

Every targeting decision must be proportional. An attack against a combatant or a military objective cannot be carried out if it '*may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects or a combination thereof which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated*'.[72] If several military objectives can be attacked, only an attack on the military objective expected to cause the least damage to civilians and civilian objects is proportionate.

The principle serves as the vital link between military necessity and considerations of humanity in forming a corrective in favour of humanity in cases of contradictory interests.[73]

---

64 *B. Dougherty/N. Quénivet*, 'Has the Armed Conflict in Iraq Shown once more the Growing Dissension Regarding the Definition of a Legitimate Target', 16 Humanitäres Völkerrecht (2003) 4, 188, 190.

65 *J. Meyer*, 'Tearing down the Façade: A critical look at the Current Law on Targeting and the Will of the Enemy', 51 AFL Rev. (2001) 143, 180 et seq.

66 *J. Burger*, 'International Humanitarian Law and the Kosovo Crisis', 837 IRRC (2002) 365, 367.

67 *S. Oeter*, 'Methods and Means of Combat', in: Fleck (ed.), Handbook of Humanitarian Law, 1995, 105, 158.

68 Israel MFA *Responding to Hizbullah Attacks from Lebanon* http://www.mfa.gov.il/MFA/Government/Law (16. 08. 2006).

69 *Supra* note 65, 180 et seq.

70 *Supra* note 64, 190.

71 *Ibid.*

72 *Supra* note 50, Rule 14; compare Article 51(5)(b) AP I.

73 *M. Bothe* (ed.), New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the two Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949 (1982) 309.

The assessment takes place in the concrete situation on the basis of the information available, not on the actual results.[74] With regard to the difficult application in practice – especially when values of differing quality are involved – 'excessive' means that the disproportion must be obvious.[75]

The breadth of the clause is unclear: must the attacker only look at the immediate effects or must he consider long term implications and the symbiotic effect of all attacks even if there is only a weak casual link between his actions and the overall effect?[76] There seems to evolve agreement in relation to environmental damages with a banning of attacks that cause severe, widespread and long-term damage.[77] However, too much cannot be expected, as a soldier acting in the heat of the battle will rarely have the means to foresee and assess all potential effects of a targeting choice, in particular if operations are conducted concurrently.

c) Defender's obligations

The defender has two main obligations: he is not allowed to intentionally utilize the civilian population or individual civilians *hors de combat* to render certain points or areas immune, in particular in attempts to shield military objectives from attacks or to impede the enemy's military operations.[78] The second obligation requires the defending party to employ precautionary measures to protect civilians against the consequences of attacks against military objectives, such as avoiding the location of military objectives within or near densely-populated areas.

3 Incidents

This subsection reviews exemplary military operations in light of the norms just outlined.

a) Infrastructure: roads and bridges.

The Lebanese government stated that 600 kilometers of roads and 62 bridges have been damaged.[79] The bombings cut large areas off from medical and food supplies.[80] IDF stated that 'the roads in Lebanon are used to transport terrorists and weapons to

---

74 *Supra* note 43, 201.

75 *Supra* note 73, 365.

76 The bombing of Jiyeh Power Station by the IDF, causing the leakage of 15,000 tons of oil into the Mediterranean Sea raised concern. EC officials have called the contamination an environmental disaster that will have grave consequences for the livelihood and health of the people in Lebanon. 17. 08. 2006 IP/06/1106; http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1106&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en (06. 03. 2007)

77 *M. Bothe*, 'The Protection of the Civilian Population and NATO Bombing on Yugoslavia', 12 EJIL (2001) 531, 532.

78 Compare Article 51(7) AP I.

79 MSA Lebanon Damage Report of 26. 07. 2006; http://un.cti.depaul.edu/public/Lebanon/12/English/ (07. 03. 2007).

80 Amnesty International, Israel/Lebanon: Deliberate destruction or 'collateral damage'?, http://web.amnesty.org/library/print/ENGMDE180072006 (08. 02. 2007).

the terror organisations operating from Lebanese territory against civilians in Israel'.[81] This generalized comment is insufficient. In order to qualify as a legitimate target, each road and bridge must entail an effective contribution to Hezbollah's military efforts and IDF must show that the destruction offers a definite military advantage.

Furthermore, the advantage expected from their destruction must outweigh the anticipated negative effects on civilians. While the destruction of most transport routes in Southern Lebanon served to destroy Hezbollah's mobility and arms supply, it isolated several towns and villages and interrupted the supply of food and medical aid. Bridges in their entirety, not just access to them, were destroyed. It seems that these targeting decisions were disproportionate.

b) Bombing of Beirut

150 apartment buildings in the Shiite suburbs of Beirut were destroyed.[82] Israel's targeting policy aimed at Hezbollah's entire infrastructure including the headquarters and offices of the organization's social branch. The IDF position is that each building was a military objective. No detailed information was released.[83] The headquarters were military objectives, if used to coordinate military operations and if their destruction served the destruction of Hezbollah's military capacity. There is no evidence that the social offices are linked to the military. *Prima facie* their destruction appears illegal. The US Army wants to include all war-sustaining capabilities in the definition of military objectives.[84] This would legitimize the attacks on the objects listed. Israel seems to follow this strategy in arguing that certain armed conflicts – whose primary goal is to hinder the enemy from committing unlawful acts – require broader military discretion.[85]

What are the likely consequences of such a broadening? It will be difficult to draw a line between war sustaining capabilities and civilian objects as the entire infrastructure somehow contributes to the war effort. The grocer selling food to Hezbollah members, the driver that takes him to a Hezbollah meeting, the ammunition factory that sells him a gun – they all enable him to continue the fighting. To preserve the principle of distinction, a line must be drawn and the only feasible criterion so far is that of a military nexus.[86] The proposal to condition the scope of IHL on the type of

---

81 Israel MFA, Summary of IDF operations against Hizbullah, 14. 07. 2006: http://www.mfa.gov.il / MFA / Terrorism+Obstacle+to+Peace+from+Lebanon+Hizbullah/IDF+Operations+against+Hizbullah+in+Lebanon+14-Jul-2006.htm (11. 02. 2007).

82 *Supra* note 80.

83 IDF, The IDF-Hezbollah Confrontation, http://www1.idf.il/DOVER/site/homepage.asp?clr=1&sl=EN&id=-8888&force=1 (11. 02. 2007); *supra* note 1, 10.

84 Articles 3B, 5D Military Commission Instruction No. 2 (30 April 2003) quoted by *N. Quénivet*, 'A US version of what constitutes a 'military objective'?', BOFAXE, http://209.85.135.104/search?q=cache:d6NafJIPouMJ:www.ruhr-uni-bochum.de/ifhv/publications/bofaxe/x256E.pdf+Military+Commission+Order+No.2+war+sustaining&hl=de&ct=clnk&cd=1&gl=de (14. 03. 2007).

85 *Supra* note 68.

86 *Supra* note 24, 187 et seq.

war fought intermingles the *jus in bello* and the *jus ad bellum* and conflicts with IHL's objective to protect those uninvolved irrespective of the purpose or legality of the war.

c) Cluster Bombs[87]

The IDF extensively used cluster bombs during the conflict, highlighting their efficacy in targeting moving rocket launch sites.[88] In September 2006, the UN had recorded 590 individual strike locations in populated and agricultural areas. Approximately 850 000–1 million bomblets were expended, of which an estimated 170 000–340 000 failed to explode. Most of the bombs were dropped in the final 72 hours of the conflict, when ceasefire was imminent.[89]

Cluster bombs raise controversy as to their compatibility with the prohibition on indiscriminate attacks when used near or in populated areas. They cannot be precision guided. Moreover, as they cover wide areas it is nearly impossible to avoid civilian casualties. Thus, any cluster bomb strike in an area where military and civilian facilities commingle tends to be indiscriminate. As the majority of the bombs were released in the final stage of the war, military necessity is doubtful, as well. In light of the foregoing and a lack of information indicating military necessity in particular situations, the overall use of cluster bombs by Israel was indiscriminate.

d) Hezbollah's bombing and defence strategy

Hezbollah fired approximately 4000 rockets on Northern Israel. An estimated 23 percent of these hit inhabited areas including Haifa, Hadera and Nazareth. Hezbollah did not follow any specific targeting policy. To the contrary, it indiscriminately directed its weapons at cities without indicating the intention to target military objectives.[90] Therefore, Hezbollah's bombing strategy forms a blatant violation of IHL.

UN reports have documented incidents in which Hezbollah installed weapons and rocket launchers in or near civilian homes and operated from bunkers constructed underneath hospitals.[91] Such acts constitute clear violations of the defender's obligations. Nevertheless, they neither liberate the attacker from his obligations nor does the object cease to be a military objective.[92] The attacker remains bound to the prin-

87 After the conflict, a process was initiated to draft a prohibition treaty. Furthermore, in November 2006, Protocol V to the CWC entered into force, obligating belligerents to undertake clearance of explosive remnants of war and to provide information on their location. The Protocol does not explicitly refer to cluster bombs. http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/cluster-munition-interview-061106?opendocument (07. 03. 2007).

88 *Supra* note 1, 13.

89 *Ibid.*, 13 et seq.

90 *U. Rubin*, 'Hizbullah's Rocket Campaign Against Northern Israel', 6 Jerusalem Brief 10, http://www.jcpa.org/brief/brief006-10.htm (14. 02. 2007).

91 *Supra* note 1, 14; 'Deadly Hezbollah Chess Match' at http://www.washingtonpost.com/commentary/20061025-092622-2090r.htm (11. 02. 2007).

92 Compare Article 51(8) AP I.

ciple of proportionality. Critics claim that this result incites violations while unduly burdening the attacker.[93] Proposals have been made to classify all voluntary human shields as combatants.[94] Such proposals are infeasible; it is unclear how an attacker shall distinguish between voluntary and involuntary shields. Moreover, such proposals would jeopardize the purpose of IHL: protecting civilians to the greatest extent possible.

V. Conclusion

The paper showed that Hezbollah's trespassing constituted an armed attack imputable to Lebanon granting Israel the right to resort to self-defence. Yet, the measures applied were disproportionate. Thereafter, the paper outlined that the current *jus in bello* is not designed to regulate conflicts between a state and a foreign non-state actor. New regulations are required, especially with regard to the legal status of Hezbollah fighters. An examination of the parties' military operations revealed a flagrant violation of IHL on Hezbollah's side. Israel generally adhered to IHL. In some instances, military expedience induced a perfunctory implementation of the law. Often, scarce information hampered a thorough examination of the conflict.

In 1952, *Lauterpacht* wrote: 'If international law is, in some ways, at the vanishing point of law, the law of war is, even more conspicuously, at the vanishing point of international law.'[95] Today, his statement remains accurate in that the success of IHL depends on a meticulous good faith application by the respective attacker. However, extensive media coverage of conflicts and the erection of the International Criminal Court with jurisdiction over war crimes make it difficult to escape IHL obligations.

93 *Supra* note 60, 163.

94 *M. Schmitt*, 'Targeting and Humanitarian Law', 34 IYHR (2004) 59, 95.

95 *H. Lauterpacht*, 'The Problem of the revision of the law of war', 29 BYIL (1952) 382.

Jan H. Wollnik*

Bilanzkontrolle nach dem Bilanzkontrollgesetz

Abstract

i. V. m.Das Vertrauen der Anleger in den Kapitalmarkt ist durch vergangene Unternehmensskandale – unter anderem verursacht durch Bilanzmanipulationen – erschüttert worden. Unternehmenskrisen großer Konzerne, wie zum Beispiel WorldCOM und Enron in den USA, haben das Vertrauen der Aktionäre stark untergraben. Auch der deutsche Kapitalmarkt wurde von Bilanzskandalen erschüttert; insbesondere das Geschehen um das Unternehmen FlowTex ist hier anzuführen. In diesem Fall wurde durch Scheingeschäfte mit 3200 nicht bestehenden Bohrsystemen ein Schaden von beinahe drei Milliarden DM angerichtet. Um vor diesem Hintergrund das Vertrauen der Anleger in den deutschen Kapitalmarkt wieder zu stärken, hat die Bundesregierung neben anderen Maßnahmen das Bilanzrechtsreformgesetz (BilReG) und das Bilanzkontrollgesetz (BilKoG) verabschiedet. In dem folgenden Beitrag sollen die gesetzlichen Änderungen im Rahmen des BilKoG näher dargestellt werden. Dabei sollen insbesondere der Sinn und Zweck des BilKoG für den Anlegerschutz und den Kapitalmarkt erörtert werden.

---

* Der Verfasser studiert im 8. Semester Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln und ist am Institut für Gesellschaftsrecht (Abt. 2: Kapitalgesellschaften, Bilanzrecht) von *Prof. Dr. Joachim Hennrichs* als studentische Hilfskraft angestellt. An dieser Stelle möchte er sich bei *Prof. Dr. Joachim Hennrichs* bedanken, unter dessen Betreuung die vorliegende Arbeit entstanden ist sowie bei Frau Rechtsassessorin *Daniela Schubert* für die Unterstützung bei der Verwirklichung dieses Projekts.

I. Einleitung

Durch die Verabschiedung des BilKoG[1] reagierte der Gesetzgeber auf zurückliegende Unternehmensskandale, bei denen Schäden in Millionenhöhe entstanden sind. Insbesondere das Vertrauen der Anleger in den deutschen Kapitalmarkt wurde durch diese Krisen stark erschüttert. Die Anleger übten sich in Zurückhaltung am Kapitalmarkt und entzogen ihm damit Liquidität. Mit dem BilKoG wurde erstmalig ein deutsches Enforcement-Verfahren für die Rechnungslegung auf den Weg gebracht. „Enforcement" meint ein Verfahren zur Durchsetzung der fehlerfreien Anwendung von Rechnungslegungsregeln.[2] Mit dem *zweistufigen* Enforcement-Modell verfolgt Deutschland einen neuen, international bisher einmaligen Ansatz.[3]

Grundsätzlich ist ein Enforcement-Modell notwendig, das mit wirksamen Kontroll- und Sanktionsmechanismen ausgestattet ist. Auf der einen Seite muss eine wirksame Bilanzkontrolle präventiv wirken. Unternehmen sollen damit rechnen müssen, dass eine fehlerhafte Rechnungslegung entdeckt und entsprechend sanktioniert wird. Durch diese Abschreckungswirkung soll erreicht werden, dass die betroffenen Rechnungsleger zur Einhaltung der geltenden Rechnungslegungsvorschriften angehalten werden. Außerdem muss ein effizientes Enforcement-Modell korrektiv wirken. Eine zeitnahe Berichtigung von fehlerhaften Unternehmensabschlüssen muss gewährleistet sein. Auch muss die Beschwerdemöglichkeit verbessert werden.[4] Das bedeutet, dass den Adressaten der Rechnungslegung eine Möglichkeit eingeräumt werden muss, Vermutungen über eine fehlerhafte Rechnungslegung einer außenstehenden Instanz mitzuteilen und zeitnah untersuchen zu lassen.[5] Ob das deutsche Enforcement-Modell nach dem BilKoG diesen Anforderungen gerecht wird, soll in den folgenden Ausführungen überprüft werden.

II. Grundlagen

Mit der Einführung des BilKoG hat die Bundesregierung Punkt 6 des 10-Punkte-Programmes zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes umgesetzt und dadurch die Rechtsgrundlagen für ein deutsches Enforcement-Verfahren geschaffen. Das BilKoG enthält Änderungen im 3. Buch des HGB, im WpHG, im FinDAG, im EGHGB, im AktG, in der Wirtschaftsprüferordnung, im

1 BGBl I, 2004, S. 3408–3415.

2 Die Bundesregierung definiert den Begriff „Enforcement" als die Überwachung von Unternehmensberichten kapitalmarktorientierter Unternehmen. Siehe dazu BT-Drucks. 15/3421, S. 11.

3 *Hommelhoff/Mattheus*, BB-Gesetzgebungsreport: Verlässliche Rechnungslegung – Enforcement nach dem geplanten Bilanzkontrollgesetz, BB 2004, S. 93, 94.

4 *Pottgießer*, Die Zukunft der deutschen Rechnungslegung – Darstellung der Referentenentwürfe zum Bilanzkontrollgesetz und Bilanzrechtsreformgesetz, StuB 2004, S. 166, 170.

5 *Tielmann*, Durchsetzung ordnungsgemäßer Rechnungslegung, Diss. Düsseldorf 2001, S. 181.

Gerichtskostengesetz und im Rechtsanwaltvergütungsgesetz.[6] Die folgenden Ausführungen beschränken sich schwerpunktmäßig auf die Änderungen im HGB (§§342b-e HGB) und im WpHG (§§37n-u WpHG).

1. Erforderlichkeit eines deutschen Enforcementverfahrens

Vor der Einführung des BilKoG bestand das System zur Durchsetzung der Rechnungslegungsgrundsätze von börsennotierten Unternehmen in Deutschland grundsätzlich aus zwei Säulen. Auf der einen Seite der Aufsichtsrat, der gemäß § 171 I AktG zur Prüfung der Rechnungslegung verpflichtet ist (innergesellschaftliche Kontrolle). Auf der anderen Seite nach § 316 I HGB der gesetzliche Abschlussprüfer, der wiederum der Berufsaufsicht durch die Wirtschaftsprüferkammer (WPK) unterliegt (außergesellschaftliche Kontrolle). Die vorbenannten Bilanzskandale gaben Grund zu der Annahme, dass das aus Aufsichtsrat und Abschlussprüfer bestehende System für Deutschland nicht ausreichend sei. Nach diesem System wurden nur wenige Anreize geschaffen, die Unternehmen präventiv zu einer ordnungsgemäßen Rechnungslegung anzuhalten.[7] Des Weiteren hatten die Adressaten der Rechnungslegung vorher nicht ausreichend Möglichkeiten, den Verdacht von Rechnungslegungsfehlern einer außenstehenden Instanz mitzuteilen.[8] Die Schließung dieser so genannten „Enforcement-Lücke"[9] sollte nun durch die Einführung einer dritten Säule erfolgen. Ob die Schließung dieser „Enforcement-Lücke" durch das BilKoG erreicht worden ist, soll in den folgenden Ausführungen näher beleuchtet werden.

2. Vorbilder des deutschen Enforcement-Modells

Als Vorbilder für ein deutsches Enforcement wurden vor dem Gesetzgebungsverfahren zwei Modelle diskutiert. Auf der einen Seite die US-amerikanische Securities and Exchange Commission (SEC) und auf der anderen Seite das britische Financial Reporting Review Panel (FRRP).[10]

Bei der SEC handelt es sich um eine unabhängige staatliche Bundesbehörde, die die Finanzberichterstattung aller an einer US-amerikanischen Börse notierten Unternehmen untersucht. Ihre Kompetenzen sind sehr weitreichend und sie verfügt über einen umfangreichen Sanktionenkatalog.[11] Der personelle und finanzielle Aufwand sind enorm.

---

6 *Meyer*, Bilanzrechtsreformgesetz (BilReG) und Bilanzkontrollgesetz (BilKoG) – Die Änderungen im Überblick, DStR 2005, S. 41, 44.

7 *Haller/Bernais*, Enforcement und BilKoG, 1. Aufl. (2006) S. 25; *Tielmann* (Fn. 5), S. 6.

8 *Tielmann* (Fn. 5), S. 181.

9 *Baetge/Lutter*, Abschlussprüfung und Corporate Governance, 2003, S. 17; *Baetge*, Anmerkungen zum deutschen Enforcementmodell, ZHR 2004, S. 428, 429.

10 *Tielmann* (Fn. 5), S. 187, 214.

11 *Hütten*, Enforcement der Rechnungslegung: Bilanzpolizei für Deutschland, Accounting 2003, S. 4, 4.

Das britische FRRP ist eine privatrechtlich organisierte Einrichtung, die keiner behördlichen Aufsicht unterliegt. Dem Enforcement des FRRP unterliegen ausschließlich die Jahres- und Konzernabschlüsse von börsennotierten Unternehmen und von großen nicht-kapitalmarktorientierten Unternehmen. Das FRRP verfügt über keinerlei hoheitliche Sanktionsbefugnisse. Es legt den Unternehmen die Korrektur eines Rechnungslegungsfehlers vielmehr nur auf freiwilliger Basis nahe. Das FRRP kann jedoch die Prüfungsergebnisse veröffentlichen und ein ordentliches Gerichtsverfahren anstoßen.[12] Bisher wurden sämtliche durch das FRRP untersuchte Fälle im Einvernehmen mit den betroffenen Unternehmen gelöst. Kein einziger Fall musste vor Gericht verhandelt werden.[13]

Bei der Diskussion welches der beiden Modelle einem deutschen Enforcement als Vorbild dienen solle, wurde einerseits befürchtet, dass ein privatrechtliches Modell nach dem britischen FRRP nicht über die notwendige Durchsetzungskraft verfügen könnte.[14] Andererseits wäre ein rein staatliches Modell wie die SEC personell und finanziell kaum tragbar gewesen.[15] Auch wäre eine Lösung nach dem Vorbild der SEC aus verfassungsrechtlichen Gründen kaum durchsetzbar gewesen, da die SEC über zu weitreichende judikative, legislative und auch exekutive Kompetenzen verfügt.[16] Insofern hat sich der deutsche Gesetzgeber für ein gemischt privat-öffentlich-rechtliches Modell entschieden, bei dem auf der ersten Stufe eine privatrechtliche Institution tätig wird und erst auf der zweiten Stufe eine öffentlich-rechtliche Behörde. Auf der ersten Stufe wird es den Unternehmen ermöglicht Rechnungslegungsfehler freiwillig, auf einer rechtlich gleichgeordneten Ebene, einvernehmlich zu klären.[17] Dieses Verfahren baut auf die Selbstregulierung der Wirtschaft.[18] Die zweite, öffentlich-rechtliche Stufe gewährleistet, dass das Enforcement-Verfahren mit hoheitlichen Mitteln die notwendige Durchsetzungsfähigkeit erhält. Das deutsche Enforcement setzt auf die Selbstregulierung der Wirtschaft, verzichtet aber nicht auf die nötige hoheitliche Durchsetzungskraft. Verweigern sich Unternehmen einer freiwilligen Prüfung durch die Prüfstelle, so stellt das BilKoG die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) zur Seite. Diese soll durch ihre Sanktionsbefugnis die Beteiligung der Unternehmen gewährleisten.[19]

---

12 *Gros*, Enforcement der Rechnungslegung – Die deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung aus Sicht des Chief Financial Officer, DStR 2006, S. 246, 250; *Hütten* (Fn. 11), S. 4.

13 *Gros* (Fn. 12), S. 250.

14 *Hommelhoff/Mattheus* (Fn. 3), S. 93, 94; *Hommelhoff*, Deutsches Enforcement im richtigen Fahrwasser? in Beatge/Kirsch (Hrsg.), Anpassung des deutschen Bilanzrechts an internationale Standards, S. 61.

15 *Hommelhoff/Mattheus* (Fn. 3), S. 94.

16 *Tielmann* (Fn. 5), S. 321.

17 *Hommelhoff/Mattheus* (Fn. 3), S. 94; *Hennrichs*, Fehlerhafte Bilanzen, Enforcement und Aktienrecht, ZHR 2004, S. 383, 400.

18 *Baetge* (Fn. 9), S. 430.

19 *Hommelhoff/Mattheus* (Fn. 3), S. 94.

3. Europäischer Rahmen

Die Rahmenbedingungen für europäische Enforcement-Einrichtungen wurden durch das Commitee of European Securities Regulators (CESR) geschaffen.[20] Diese Organisation wurde 2001 durch die Kommission der Europäischen Gemeinschaft gegründet. Wesentliche Aufgaben des CESR sind die Koordination der Wertpapieraufsichtsbehörden sowie die Beratung der EU in Fragen des Wertpapierrechts.[21] Im Jahre 2003 hat das CESR zwei Standards ausgestaltet: Im Standard No. 1 on Financial Information „Enforcement of Standards on Financial Information in Europe"[22] wird den europäischen Mitgliedsstaaten die Möglichkeit nahegelegt, ein nationales Enforcement durch eine Aufsichtsbehörde oder durch eine von ihr beauftragte sonstige Institution einzurichten. In Standard No. 2[23] ist geregelt, dass die nationalen Enforcement-Einrichtungen ihre Entscheidungen aufeinander abstimmen sollen.[24]

III. Ablauf des Enforcement-Verfahrens

1. Erste Stufe: Prüfung durch die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung

Die erste Stufe des Enforcement-Verfahrens wird von dem Verein „Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung DPR e. V." (Prüfstelle) betrieben. Es handelt sich hierbei um einen privatrechtlichen Verein.[25] International tritt der Verein als „Financial Reporting Enforcement Panel" (FREP) auf. Satzungsmäßiger Zweck der Prüfstelle ist die Trägerschaft einer weisungsunabhängigen Prüfstelle nach §§ 342b bis 342e HGB und die fachliche Zusammenarbeit mit internationalen Enforcement-Einrichtungen im Ausland und entsprechenden internationalen Organisationen im Rahmen des Gesetzes.[26] Am 01. Juli 2005 hat die Prüfstelle ihre Tätigkeit offiziell aufgenommen. Erstmalig wurden gemäß Art. 56 EGHGB Jahres- und Konzernabschlüsse von Unternehmen mit Stichtag 31. 12. 2004 oder später geprüft.

a) Aufgaben der Prüfstelle

Durch die Prüfstelle werden gemäß § 342b II S. 1 HGB die zuletzt festgestellten Jahresabschlüsse und die zugehörigen Lageberichte oder die zuletzt gebilligten Kon-

---

20 *Coenenberg*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, 20. Auflage (2005) S. 24.

21 *Wolf*, Entwicklungen im Enforcement unter Berücksichtigung des Referentenentwurfs für ein Bilanzkontrollgesetz (BilKoG), DStR 2004, S. 244, 245.

22 CESR Standard No. 1 on Financial Information – Enforcement of Standards on Financial Information in Europe, abrufbar unter http://www.cesr-eu.org/popup2.php?id=192 (Stand 07. 05. 2007).

23 CESR Standard No. 2 on Financial Information – Coordination of Enforcement Activities, abrufbar unter http://www.cesr-eu.org/popup2.php?id=2046 (Stand 07. 05. 2007).

24 *Wolf* (Fn. 21), S. 245.

25 *Ellrott/Aicher*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, 6. Aufl. (2006), § 342b Rn. 2.

26 Vgl. Satzung des Vereins *Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung DPR e. V.* vom 29. 04. 2004 (geändert am 06. 04. 2005), abrufbar unter http://www.frep.info/docs/dpr_satzung_2005-04-06.pdf (Stand 07. 05. 2007).

zernabschlüsse und die zugehörigen Konzernlageberichte sowie der zuletzt veröffentlichte verkürzte Abschluss und der zugehörige Zwischenlagebericht von kapitalmartktorientierten Unternehmen geprüft. Kapitalmarktorientiert sind Unternehmen, deren Wertpapiere gemäß § 2 I S. 1 WpHG an einer inländischen Börse im amtlichen (i. S. von §§ 30 ff. BörsG) oder geregelten Markt (i. S. von §§ 49 ff. BörsG) gehandelt werden. Die Prüfstelle prüft, ob gegen gesetzliche Vorschriften einschließlich der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung oder sonstige durch Gesetz zulässige Rechnungslegungsstandards verstoßen worden ist. Zu den letztgenannten sonstigen Rechnungslegungsstandards gehören die nach Artikel 3 der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002[27] übernommenen und anwendbaren internationalen Rechnungslegungsstandards.[28] Die Prüfstelle wird gemäß § 342b II S. 3 HGB aus folgenden Anlässen tätig: Bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für Verstöße gegen Rechnungslegungsvorschriften, auf Verlangen der BaFin oder ohne besonderen Anlass (stichprobenartige Prüfung).

aa) Anlassprüfung (§ 342b II S. 3 Nr. 1 HGB)

Eine reaktive Anlassprüfung nach § 342b II S. 3 Nr. 1 HGB soll stattfinden, soweit konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Rechnungslegungsvorschriften vorliegen. Durch den Begriff „soweit" soll der sachliche Prüfungsumfang begrenzt werden. Die Prüfung wird also auf Sachverhalte beschränkt, hinsichtlich derer Anhaltspunkte für Verstöße bestehen.[29] Nach der Gesetzesbegründung muss es sich um konkrete Umstände tatsächlicher Art handeln, bloße Vermutungen, Spekulationen und Hypothesen reichen nicht aus. Anregungen Betroffener z. B. von Gläubigern und Aktionären, aber auch Berichte in der Wirtschaftspresse können Anlass für eine Prüfung bieten.[30] Es soll verhindert werden, dass unbegründete Vorwürfe hohe Kosten verursachen oder zu Imageschäden bei den betroffenen Unternehmen führen.[31] Dennoch ist zu befürchten, dass es der Prüfstelle in Zukunft noch Schwierigkeiten bereiten wird, aus einer Vielzahl von gegebenenfalls anonymen und unspezifizierten Hinweisen auf Rechnungslegungsverstöße, die tatsächlich begründeten herauszufiltern. Jedem einzelnen Hinweis kann voraussichtlich nicht nachgegangen werden. Dies würde die Prüfstelle handlungsunfähig machen. Insofern scheint eine „Enforcement-Erwartungslücke" vorprogrammiert.[32]

bb) Stichprobenprüfung (§ 342b II S. 3 Nr. 3 HGB)

Die proaktive Prüfung „ohne Anlass" (Stichprobenprüfung) gemäß § 342b II S. 3 Nr. 3 HGB ist sinnvoll, da das Risiko, von einer Stichprobe erfasst zu werden, auf die

27 ABl EG L 243/1 4 vom 19. 07. 2002.
28 BT-Drucks. 15/3421, S. 13.
29 *Ellrott/Aicher*, in: Beck'scher Bilanzkommentar, 6. Aufl. (2006), § 342b Rn. 16.
30 BT-Drucks. 15/3421, S. 14.
31 *Baetge/Thiele/Matena*, Mittelbare Sicherung der Prüfungsqualität durch Enforcement geprüfter Jahres und Konzernabschlüsse, BFuP 2004, S. 201, 210.
32 *Ellrott/Aicher*, in Beck'scher Bilanzkommentar, 6. Aufl. (2006), § 342b Rn. 18.

Unternehmen disziplinierend wirkt.[33] Der zuletzt veröffentlichte verkürzte Abschluss und der zugehörige Zwischenlagebericht von kapitalmartktorientierten Unternehmen wird nicht von der Stichprobenprüfung erfasst, gemäß § 342b II S. 4 HGB bzw. § 37o I S. 6 WpHG. Die Prüfstelle hat am 05. September 2005 im Einvernehmen mit dem BMJ und dem BMF die Grundsätze für die stichprobenartige Prüfung beschlossen.[34] Die Stichprobenauswahl basiert nach diesen Grundsätzen auf einem kombinierten Verfahren. Das Verfahren verbindet eine Risikoauswahl mit einer statistischen Zufallsauswahl. Grundsätzlich festgelegt wurde, dass Anlassprüfungen Vorrang vor Stichprobenprüfungen haben. Demnach werden Stichprobenprüfungen nur in einem solchen Umfang durchgeführt, soweit die Kapazitäten der Prüfstelle nicht durch Anlassprüfungen in Anspruch genommen werden. Die Risikoauswahl macht etwa 15 bis 20 % der gesamten Stichprobenprüfungen aus. In diesem Rahmen wählt die Prüfstelle Unternehmen aus, die aufgrund besonderer Umstände oder ihrer wirtschaftlichen Lage besonders risikobehaftet sind. Zu den außergewöhnlichen Umständen zählen z. B. ein erstmaliges Listing oder außergewöhnliche Transaktionen (Unternehmenserwerb oder -veräußerung, Transaktionen mit nahe stehenden Personen). Den größeren Anteil mit 80–85 % macht ein geschichtetes Stichprobenverfahren mit risikoorientiertem Element aus. Durch die Schichtung soll berücksichtigt werden, welche Auswirkung ein wesentlicher Rechnungslegungsfehler auf das Marktvertrauen oder den Investorschutz hat. Die Stichproben werden nach Börsensegmenten geschichtet gezogen, sodass DAX oder MDAX, TecDAX oder SDAX-Unternehmen etwa alle vier bis fünf Jahre geprüft werden. Die anderen kapitalmarktorientierten Unternehmen werden in einem Zeitraum von acht bis zehn Jahren einer Prüfung unterzogen.[35] Es soll erreicht werden, dass innerhalb eines bestimmten Zeitraumes sämtliche Unternehmen einer Prüfung unterzogen werden. Werden der Prüfstelle neue Risikofaktoren in Bezug auf ein neues Unternehmen bekannt, wird es der Grundgesamtheit wieder zugeführt.

cc) Prüfung auf Verlangen der BaFin (§ 342b II S. 3 Nr. 2 HGB)

Die Prüfstelle wird des Weiteren auf Verlangen der BaFin tätig. Auch hier müssen konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Rechnungslegung zugrunde liegen. Gemäß § 37p II i. V. m. § 37o I S. 1 WpHG darf ein öffentliches Interesse an der Durchführung der Prüfung nicht offensichtlich fehlen. Im Falle der Prüfung auf Verlangen der BaFin wird diese als „Informationsquelle" tätig. Die Prüfstelle ist demnach ohne eigene Entscheidungsbefugnis zur Aufnahme der Prüfung verpflichtet.[36]

---

33 *Hennrichs* (Fn. 17), S. 403.

34 *DPR*, Grundsätze für die stichprobenartige Prüfung, abrufbar unter http://www.frep.info/docs/2005-09-05_grundsaetze_stichprobenartige_pruefung.pdf (Stand 07. 05. 2007).

35 *DPR* (Fn. 34), S. 2–4.

36 *Gelhausen/Hönsch*, Das neue Enforcement-Verfahren für Jahres- und Konzernabschlüsse, AG 2005, S. 511, 516.

b) Umfang der Prüfung

Die Prüfung ist gemäß § 342b II S. 1 HGB auf den *letzten* Jahresabschluss und den zugehörigen Lagebericht, beziehungsweise *letzten* Konzernabschluss und den zugehörigen Konzernlagebericht sowie auf den *zuletzt* veröffentlichten verkürzten Abschluss und den zugehörige Zwischenlagebericht beschränkt. Diese Beschränkung auf den jeweils zuletzt festgestellten Abschluss wurde vom Gesetzgeber erteilt, um dem Interesse des Unternehmens an Rechtssicherheit und dem Interesse des Schutzes potentieller Anleger Rechnung zu tragen.[37] Gerade in Fällen betrügerischer Bilanzmanipulationen kann diese Beschränkung allerdings zu Problemen führen, denn solche Unternehmen werden versuchen, ihre Fehler möglichst lange geheim zu halten. Auch bei Fehlern, deren Ursprung schon in zurückliegenden Abschlüssen liegt, wird eine Prüfung von Unterlagen aus dem Vorzeitraum erforderlich sein.[38]

Die Prüfung ist nicht lediglich auf die Feststellung von Nichtigkeitsgründen beschränkt. Gegenstand ist allgemein die Einhaltung der einschlägigen Bestimmungen.[39] Grundlage und Maßstab ist, ob der geprüfte Abschluss „den gesetzlichen Vorschriften ... entspricht" (§ 342 b II S. 1 HGB). Im Rahmen des Enforcement ist aus Gründen der Praktikabilität und Effizienz keine zweite volle Abschlussprüfung im Sinne des § 317 HGB durchzuführen. Die Prüfung eines Überwachungssystems nach § 317 IV HGB unterbleibt. Die Enforcement-Prüfung umfasst in der Regel auch nicht sämtliche Vermögensgegenstände und Schulden,[40] sondern erfolgt lediglich punktuell. Das Enforcement-Verfahren soll die gesetzliche Abschlussprüfung weder ersetzen, noch soll diese wiederholt werden.[41] Es wird lediglich den Anhaltspunkten einer fehlerhaften Rechnungslegung nachgegangen. Sollte sich jedoch im Rahmen dieser beschränkten Prüfung herausstellen, dass weitere Rechnungslegungsfehler vorliegen, so wird die Prüfung entsprechend ausgeweitet.[42] Mitunter wird die Meinung vertreten, dass auch zu prüfen sei, inwieweit sich ein Fehler im Konzernabschluss auch im Jahresabschluss ausgewirkt hat, selbst wenn diese beiden Abschlüsse nach unterschiedlichen Rechnungslegungsstandards aufgestellt worden sind.[43] Es wird argumentiert, dass Fehler im Konzernabschluss ihren Ursprung in den Jahresabschlüssen der Tochterunternehmen haben können. Insofern wird angeregt, auch diese zu kontrollieren. Diese Anregungen sind durchaus nachvollziehbar. Zu berücksichtigen ist jedoch der erhöhte Aufwand, der mit einer solchen Vorgehensweise verbunden wäre. Ob die Prüfstelle in der Lage ist, dies mit ihren beschränkten finanziellen und personellen Mitteln zu leisten, kann bezweifelt werden.

---

37 BT-Drucks. 15/3421, S. 13.

38 *Hennrichs* (Fn. 17), S. 402.

39 *Ebd.*, S. 404.

40 BT-Drucks. 15/3421, S. 14.

41 *Baetge/Thiele/Matena* (Fn. 31), S. 212.

42 *Pfitzer/Oser/Orth*, Reform des Aktien-, Bilanz- und Aufsichtsrechts, 1. Auflage (2005) S. 74.

43 *Gelhausen/Hönsch* (Fn. 36), S. 527.

c) Mitwirkung des geprüften Unternehmens (§ 342b IV)

Dem betroffenen Unternehmen steht es frei, ob es an einer Prüfung durch die Prüfstelle mitwirken will oder nicht. Verweigert ein Unternehmen die Mitwirkung auf der ersten Stufe des Enforcement, so berichtet die Prüfstelle dies der BaFin gemäß § 342b VI S. 1 Nr. 2 HGB. In diesem Fall führt die BaFin gemäß § 37p I S. 2 Nr. 1 i. V. m. § 37o I WpHG die Prüfung durch. Insofern kann man hier von einem „freiwilligen Zwang" zur Mitwirkung der Unternehmen auf der ersten Stufe sprechen, denn es besteht für die betroffenen Unternehmen keine Möglichkeit, einer Prüfung auf der zweiten Stufe zu entgehen. Im Falle einer freiwilligen Mitwirkung sind die gesetzlichen Vertreter des Unternehmens sowie die sonstigen Personen, derer sich die Vertreter des Unternehmens bedienen, gemäß § 342b IV S. 1 HGB verpflichtet, richtige und vollständige Auskünfte zu erteilen und vollständige Unterlagen vorzulegen. Zu diesen sonstigen Personen zählt auch der gesetzliche Abschlussprüfer, wenn er durch das Unternehmen von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden worden ist.[44] Für mitwirkungspflichtige Personen besteht nach § 342b IV S. 2 HGB ein Verweigerungsrecht, wenn sich der Verpflichtete oder einer seiner in § 52 I StPO bezeichneten Angehörigen einer strafrechtlichen Verfolgung oder einem Bußgeldverfahren aussetzen würde. Sollten die erforderlichen Unterlagen nicht richtig oder vollständig vorgelegt werden oder sollten die Auskünfte nicht richtig oder vollständig erteilt werden, so wird dies mit einer Geldbuße bis zu 50 000 Euro geahndet, gemäß § 342e II HGB.

d) Berichterstattung über die Ergebnisse der Prüfung

Das Unternehmen wird gemäß § 342b V S. 1 HGB durch die Prüfstelle von dem Ergebnis der Prüfung unterrichtet. Auch der BaFin wird gemäß § 342b VI S. 1 Nr. 3 HGB von dem Ergebnis der Prüfung berichtet. Ergibt die Prüfung, dass die Rechnungslegung fehlerhaft ist, so hat die Prüfstelle gemäß § 342b V S. 2 HGB ihre Entscheidung zu begründen und dem Unternehmen eine angemessene Frist zur Äußerung zu geben, ob es mit dem Ergebnis der Prüfung einverstanden ist. Eine grundsätzliche Frist von einem Monat kann als angemessen angesehen werden.[45] Weigert sich das Unternehmen bei der Prüfung auf der ersten Stufe mitzuwirken, so berichtet die Prüfstelle der BaFin darüber, § 342b VI S. 1 Nr. 2 HGB. Dadurch eröffnet sich der BaFin gemäß § 37p I S. 2 Nr. 1 i. V. m. § 37o WpHG die Möglichkeit, die Prüfung auf der zweiten Stufe durchzuführen. Ein Rechtsbehelf gegen den Bericht der Prüfstelle an die BaFin ist nicht zulässig. Nach der Gesetzesbegründung wird dadurch sichergestellt, dass ein Unternehmen durch einen Rechtsbehelf nicht den Fortgang des Verfahrens auf der zweiten Stufe blockieren kann.[46] Werden keine Fehler festgestellt, so ist das Prüfverfahren damit abgeschlossen. Die Prüfstelle berichtet der BaFin über den Abschluss des Verfahrens. Erlangt die Prüfstelle im Prüfverfahren Kenntnis von Tatsachen, die auf eine Straftat in Verbindung mit der Rechnungslegung hinweisen,

44 BT-Drucks. 15/3421, S. 15.
45 *Ellrott/Aicher*, in Beck'scher Bilanzkommentar, 6. Aufl. (2006), § 342b Rn. 49.
46 BT-Drucks. 15/3421, S. 15.

so hat sie dies nach § 342b VIII S. 1 HGB der für die Verfolgung zuständigen Behörde anzuzeigen. Werden Tatsachen festgestellt, die darauf hinweisen, dass der Abschlussprüfer seine Berufspflichten verletzt hat, so wird dies von der Prüfstelle an die WPK übermittelt, gemäß § 342b VIII S. 2 HGB. Diese Vorschrift entfaltet Sanktionswirkung auf den Abschlussprüfer. Die Gefahr einer solchen Übermittlung an die WPK wirkt sich mit großer Wahrscheinlichkeit disziplinierend auf den Abschlussprüfer aus. Auch die Gefahr einer Veröffentlichung eines fehlerhaften Unternehmensabschlusses wird wohl disziplinierend wirken und den Abschlussprüfer zur sorgfältigen Arbeit anregen. Denn hat der Abschlussprüfer einem Unternehmensabschluss einen Bestätigungsvermerk erteilt und wird später im Enforcement-Verfahren festgestellt, dass der Abschluss mit Fehlern behaftet ist, hat dies sicherlich einen erheblichen Reputationsverlust des Abschlussprüfers zur Folge.[47] Das Enforcement-Verfahren nach dem BilKoG leistet demnach auch einen Beitrag zur Sicherung der Qualität der Abschlussprüfung. Auch wird durch das BilKoG die Berufsaufsicht des Wirtschaftsprüfers durch die WPK gestärkt.[48]

e) Finanzierung

Das Enforcement-Verfahren wird über eine Umlage finanziert, die von allen kapitalmartktorientierten Unternehmen erhoben wird.[49] Die BaFin setzt die Höhe dieser Abgaben fest. Sie leistet gemäß § 342d S. 3 HGB i. V. m. § 17d I S. 3 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG) an die Prüfstelle Vorauszahlungen auf der Grundlage eines von der Prüfstelle aufzustellenden Wirtschaftsplans. Die Prüfstelle muss nach Ende des Haushaltsjahres einen eigenen Jahresabschluss aufstellen.[50] Die Umlegung der Kosten ist in der Bilanzkosten-Umlageverordnung (BilKoUmV) vom 09. 05. 2005 geregelt.

f) Pre-Clearance als weitere Aufgabe der Prüfstelle?

Im BilKoG ist die Möglichkeit, kritische Rechnungslegungsfragen im Vorfeld mit der Prüfstelle zu klären, bislang unberücksichtigt geblieben. Bei der Prüfung durch den Abschlussprüfer ist die vorgezogene Klärung von Bilanzierungsfragen zulässig und verbreitet üblich.[51] Ein solches so genanntes Pre-Clearance könnte auch im Enforcement-Verfahren Rechnungslegungsfehler im Idealfall von vornherein vermeiden. Dadurch würde zusätzliches Vertrauen in die Rechnungslegung geschaffen werden.[52] Es ist jedoch fraglich, ob dieses Pre-Clearance in den Händen der Prüfstelle

47 *Baetge/Thiele/Matena* (Fn. 31), S. 208; *Baetge/Lienau*, Änderungen der Berufsaufsicht der Wirtschaftsprüfer, DB 2004, S. 2277, 2279.

48 *IDW*, IDW-Stellungnahme: Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Kontrolle von Unternehmensabschlüssen (Bilanzkontrollgesetz – BilKoG), WPg 2004, S. 958, 959.

49 Zur Verfassungsmäßigkeit der Umlage siehe *Wende*, Verfassungsmäßigkeit von Sonderabgaben am Beispiel der Umlage nach § 17d FinDAG, NVwZ 2006, S. 765.

50 *Morck*, in: Handelsgesetzbuch Kommentar, 5. Aufl. (2005) § 342d Rn. 1.

51 *Gelhausen/Hönsch* (Fn. 36), S. 514.

52 *Böcking*, Meinungen zum Thema: Sicherung der Abschlussprüfung durch Enforcement – aber wie?, BFuP 2004, S. 268, 274.

liegen sollte. Wäre dies der Fall, so wäre die öffentlich-rechtliche BaFin durch ein Pre-Clearance an die privat-rechtliche Prüfstelle gebunden. Dies wäre mit der deutschen Rechtsordnung unvereinbar. Sollte es in Deutschland einmal ein Pre-Clearance geben, so muss dies in den Händen der BaFin liegen, während die Prüfstelle das Verfahren fachlich unterstützen könnte.[53]

2. Zweite Stufe: Prüfung durch die BaFin

Auf der zweiten Stufe des Enforcement-Verfahrens nach dem BilKoG wird die BaFin tätig. Die Änderungen im WpHG betreffen die BaFin als Enforcement-Institution.

a) Funktionen der BaFin im Rahmen des Enforcement-Verfahrens

Die BaFin ist nach § 37p I S. 2 Nr. 1 i. V. m. § 37o WpHG befugt, die Prüfung von Unternehmen mit hoheitlichen Mitteln durchzusetzen, wenn das Unternehmen nicht freiwillig an einer Überprüfung auf der ersten Stufe durch die Prüfstelle mitwirkt oder mit dem Ergebnis der Prüfstelle nicht einverstanden ist. Sie wird auch tätig, wenn erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Prüfungsergebnisses der Prüfstelle bestehen, § 37p I S. 2 Nr. 2 WpHG. In diesem Fall wird die Prüfung durch die BaFin per Verwaltungsakt angeordnet.[54] Die BaFin kann auch eine Prüfung der Rechnungslegung durch die Prüfstelle anordnen, wenn ihr konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Rechnungslegung eines Unternehmens vorliegen, 37p II WpHG. Sollten zwischen Unternehmen und Prüfstelle Unstimmigkeiten bezüglich des Prüfungsergebnisses bestehen, erscheint es wenig sinnvoll, wenn die BaFin eine komplett neue Sachverhaltsklärung durchsetzt. Die BaFin soll in diesem Fall ihre hoheitlichen Kompetenzen zur Durchsetzung der Beanstandung der Prüfstelle einsetzen. Die Akzeptanz der Prüfstelle bei den Unternehmen wäre kaum durchsetzbar, wenn die BaFin bei jeder Unstimmigkeit die Arbeit der Prüfstelle anzweifeln würde. Wenn begründete Zweifel an der Arbeit der Prüfstelle bestehen, sollte sich ein Tätigwerden der BaFin auf Sachverhalte beschränken, die bereits Gegenstand der Erörterungen zwischen der Prüfstelle und dem betroffenen Unternehmen waren.[55]

b) Verfahrensgrundsätze der BaFin

Bei der eigenen Prüfung kann sich die BaFin der Prüfstelle sowie anderer Personen bedienen, § 37o III WpHG. Die BaFin kann von Unternehmen, seinen Beschäftigten und seinen Abschlussprüfern Auskünfte und die Vorlage von Informationen verlangen, die für die Prüfung erforderlich sind, § 37o IV WpHG. Gemäß § 37o V WpHG kann sie das Betreten von Geschäftsräumen und Grundstücken während der üblichen Geschäftszeiten durchsetzen. Sollte der Verdacht einer Straftat in Verbindung

53 *Haller/Bernais* (Fn. 7), S. 63.
54 *Hommelhoff/Mattheus* (Fn. 3) S. 93, 99.
55 *IDW*, IDW-Stellungnahme: Referentenentwurf eines Gesetzes zur Kontrolle von Unternehmensabschlüssen (Bilanzkontrollgesetz – BilKoG), WPg 2004, S. 138, 142.

mit der Rechnungslegung eines Unternehmens bestehen, so zeigt die BaFin dies der zuständigen Behörde an, § 37r I WpHG. Liegen Tatsachen vor, die auf einen Verstoß gegen börsenrechtliche Vorschriften schließen lassen, so zeigt die BaFin dies bei der zuständigen Börsenaufsichtsbehörde an, §37r II S. 2 WpHG. Besteht der Verdacht einer Berufspflichtverletzung durch den Abschlussprüfer, so zeigt die BaFin dies bei der Wirtschaftsprüferkammer an, §37r II S. 1 WpHG. Wenn ein Unternehmen die Mitwirkung auf der ersten Stufe des Enforcements verweigert oder mit dem Ergebnis auf der ersten Stufe nicht einverstanden ist, hat die BaFin nach § 37o I S. 5 WpHG das Recht, die Einleitung einer Prüfung auf der zweiten Stufe im elektronischen Bundesanzeiger zu veröffentlichen.

c) Veröffentlichung des Ergebnisses und mögliche Rechtsmittel

Ein im Einvernehmen mit der Prüfstelle oder ein durch die BaFin festgestellter Fehler ist gemäß § 37q II S. 1 WpHG samt den wesentlichen Teilen der Begründung der Feststellung zu veröffentlichen. Festgestellte Fehler müssen unverzüglich mit einer Begründung im elektronischen Bundesanzeiger sowie entweder in einem überregionalen Börsenpflichtblatt oder über ein elektronisch betriebenes Informationssytem veröffentlicht werden, § 37q II S. 4 WpHG. Ein solches elektronisch betriebenes Informationssystem ist zum Beispiel Reuters. Dort erhalten die professionellen Marktteilnehmer über so genannte Ticker-Meldungen wichtige Informationen zu aktuellen Entwicklungen auf dem Kapitalmarkt.[56] Auf die Veröffentlichung von Fehlern kann gemäß § 37q II S. 2 HGB verzichtet werden, wenn daran kein öffentliches Interesse besteht. Der Gesetzgeber nimmt ein fehlendes öffentliches Interesse an, wenn Bagatellfälle und unwesentliche Verstöße vorliegen.[57] Eine klarere Formulierung im Gesetzestext ist hier wünschenswert. Es kommt in diesem Zusammenhang nicht ausschließlich auf das Interesse der Öffentlichkeit an. Abzustellen ist hier eher auf das Interessenverhältnis zwischen der Öffentlichkeit und dem Unternehmen.[58] Gemäß § 37q II S. 3 WpHG kann die BaFin auf Antrag des Unternehmens von einer Veröffentlichung des Prüfergebnisses absehen, wenn diese in der Lage ist, den berechtigten Interessen des Unternehmens zu schaden. In der Gesetzesbegründung wird hierzu angeführt, dass es einer Abwägung der berechtigten Interessen des Unternehmens an der Geheimhaltung und dem Informationsinteresse insbesondere des Anlegerpublikums bedarf.[59] Der Zugriff zur Rechnungslegung von Unternehmen erfolgt immer häufiger über die jeweilige Website. Man könnte in diesem Zusammenhang darüber nachdenken, in § 37q II WpHG zwingend festzulegen, dass eine Veröffentlichung auch auf der Website zu erfolgen hat.[60] Dies würde die Transparenz des deutschen

56 *Kümpel*, Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. (2004) Rn. 468; siehe dazu ferner *Gahlen/Schäfer*, Bekanntmachungen von fehlerhaften Rechnungslegungen im Rahmen des Enforcementverfahrens: Ritterschlag oder Pranger?, BB 2006, S. 1619, 1621.

57 BT-Drucks. 15/3421, S. 18.

58 *IDW* (Fn. 55), S. 143.

59 BT-Drucks. 15/3421, S. 18.

60 *Arbeitskreis Externe Unternehmensrechnung (AKEU)*, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Bilanzkontrollgesetzes, DB 2004, S. 329, 331.

Kapitalmarkts zusätzlich verbessern. Des Weiteren sollte darüber nachgedacht werden, die BaFin dazu zu verpflichten, eine eigenständige Ad-hoc-Mitteilung über die fehlerhafte Rechnungslegung eines Unternehmens zu veröffentlichen. Denn überlässt man dem betroffenen Unternehmen die Form der Veröffentlichung, besteht die Gefahr des Missbrauchs.[61]

Ist das Unternehmen mit dem Prüfungsergebnis der BaFin nicht einverstanden, so steht ihm nach 37u WpHG das Rechtsmittel der Beschwerde nach § 48 IV WpÜG vor dem OLG Frankfurt a. M. offen. Grundsätzlich wäre bei einer Beschwerde gegen einen Verwaltungsakt der BaFin der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 VwGO eröffnet. Aufgrund der größeren Sachnähe der ordentlichen Gerichtsbarkeit fand in diesem Zusammenhang eine Spezialzuweisung an das OLG Frankfurt a. M. statt.[62]

d) Kosten des Verfahrens

Findet eine Prüfung durch die BaFin nach § 37p I S. 2 WpHG statt, werden die Prüfungskosten dem Unternehmen gesondert auferlegt, es sei denn, das Ergebnis der Prüfung auf der zweiten Stufe fällt zugunsten des Unternehmens aus, § 17c S. 2 FinDAG. Positiver Effekt dieser Regelung ist, dass die Unternehmen dazu angehalten werden, schon auf der ersten Stufe mit der Prüfstelle zu kooperieren, um nicht Gefahr zu laufen, nach einer Prüfung auf der zweiten Stufe, durch die BaFin erneut zur Kasse gebeten zu werden.[63]

IV. Fehlerkorrektur nach dem Enforcement-Verfahren

Im ursprünglichen Referentenentwurf des BilKoG war vorgesehen, dass Unternehmen durch die BaFin zur Beseitigung von Fehlern in der Rechnungslegung verpflichtet werden können. Diese Kompetenz der BaFin wurde ersatzlos gestrichen und findet sich nicht mehr in der nun gültigen Fassung des BilKoG vom 15. Dezember 2004 wieder.[64] Die Aufgabe der BaFin beschränkt sich nunmehr auf die bloße Feststellung von Fehlern.[65] Es stellt sich jedoch die Frage, inwieweit Unternehmen nun zu einer Beseitigung von festgestellten Fehlern verpflichtet sind. Es kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, dass Fehler in der Rechnungslegung zwar festgestellt werden, diese aber nicht korrigiert werden müssen. Der Gesetzgeber begründet die Streichung damit, dass die materiellen Rechnungslegungsvorschriften die Art der Fehlerkorrek-

61 *Gros* (Fn. 12), S. 247.

62 BT-Drucks. 15/3421, S. 20.

63 *Hommelhoff/Mattheus* (Fn. 3), S. 97; *Gabriel/Ernst*, Die Entwürfe des Bilanzkontrollgesetzes und des Bilanzrechtsreformgesetzes: Stärkung von Unternehmensintegrität und Anlegerschutz, DK 2004, S. 102, 105.

64 BGBl I, 2004, S. 3411.

65 Zu der Frage, wann überhaupt ein Fehler in der Rechnungslegung vorliegt, siehe *Gahlen/Schäfer* (Fn. 56), S. 1619ff.; *Mayer-Wegelin*, Kriterien der Wesentlichkeit bei den Entscheidungen im Enforcement, BB 2006 Beil zu Heft 17, S. 8, 8 ff.; *Hoffmann*, Bilanzierungsfehler, BC 2005, S. 1, 1 ff.

tur bereits vorschreiben würden.[66] Er reagierte wohl damit auf die Forderung des *Instituts der Wirtschaftsprüfer* (IDW), die fragliche Vorschrift ersatzlos zu streichen. Das IDW begründete seine Forderung damit, dass Vorgaben zur Art der Korrektur von Fehlern der alleinigen Verantwortung der gesetzlichen Vertreter des Unternehmens für die Aufstellung des Abschlusses widersprächen.[67] Die Feststellung eines Fehlers in der Rechnungslegung durch die BaFin muss also die gesetzlichen Vertreter des betroffenen Unternehmens dazu veranlassen, pflichtgemäß zu entscheiden, ob und in welcher Weise eine Korrektur vorzunehmen ist.[68]

1. Bindungswirkung der Feststellungsverfügung

§ 37q I WpHG lässt offen, inwieweit Unternehmen an die Fehlerfeststellung durch die BaFin gebunden sind. Eine Ansicht bejaht eine Bindungswirkung der Feststellungsverfügung für zukünftige Jahresabschlüsse.[69] Es wird sich auf die Ausführungen der Bundesregierung gestützt, nach der sich die Art der Fehlerkorrektur aus den materiellen Rechnungslegungsvorschriften ergebe.[70] Demnach sollen Unternehmen die Fehlerfeststellung der BaFin nicht einfach ignorieren können und die Fehler im nächsten Abschluss einfach wiederholen dürfen. Ein Fehler müsse in Zukunft zwingend korrigiert werden. Diese Ansicht wird mit der These untermauert, dass ein gesetzgeberisches Ziel darin bestehe, dem deutschen Enforcement-Modell eine stärkere Rechtsposition zu gewähren als dem britischen FRRP, welches für die Durchsetzung der Fehlerkorrektur gerichtliche Hilfe benötigt. Eine andere Ansicht wendet ein, dass die Feststellungsverfügung nach § 37q I WpHG das Verwaltungsverfahren abschließe.[71] Die Feststellungsverfügung soll das Unternehmen demnach nur innerhalb dieses Verwaltungsverfahrens binden (§ 35 S. 1 VwVfG). Eine Wirkung darüber hinaus könne die Feststellungsverfügung nicht entfalten. Somit soll das Unternehmen bezüglich einer Fehlerkorrektur nicht an die Rechtsauffassung der BaFin gebunden sein. Eine weitere Ansicht verneint eine formale Bindungswirkung der Feststellungsverfügung.[72] Faktisch sollen die Unternehmensorgane jedoch nicht darauf bestehen können, dass ein festgestellter Fehler nicht existiert. In der Tat wäre es wenig sachgerecht, wenn Fehler in der Rechnungslegung zwar entdeckt werden würden, diese aber nicht korrigiert werden müssten. Das würde auch das vordringliche Ziel des BilKoG, nämlich die Stärkung des Vertrauens der Anleger, untergraben. Andererseits darf man eine konsequente formale Bindungswirkung der Feststellungsverfügung nicht annehmen, da diese das Unternehmen nur im Rahmen des Verwaltungsverfah-

66 BT-Drucks. 15/3421, S. 18.
67 *IDW* (Fn. 55), S. 140.
68 *Gelhausen/Hönsch* (Fn. 36), S. 527.
69 *Mattheus/Schwab*, Rechtsschutz für Aktionäre beim Rechnungslegungs-Enforcement, DB 2004, S. 1975, 1976.
70 BT-Drucks. 15/3421, S. 18.
71 *Mock*, Bindung einer Aktiengesellschaft an einen im Enforcement-Verfahren festgestellten Fehler im nachfolgenden aktienrechtlichen Verfahren?, DB 2005, S. 987, 988.
72 *Gelhausen/Hönsch* (Fn. 36), S. 525.

rens bindet. Letztendlich ist es eine Obliegenheit der Organe des Unternehmens, eine Fehlerkorrektur, wie sie auch vom Gesetzgeber nach materiellen Rechnungslegungsgrundsätzen vorgesehen ist, durchzuführen.

2. Durchsetzung der Fehlerkorrektur

Wie bereits festgestellt, besitzt die BaFin keinerlei Kompetenz die Korrektur der fehlerhaften Rechnungslegung durch hoheitliche Mittel zu erzwingen. Es drängt sich die Frage auf, wie die Korrektur von festgestellten Fehlern konkret durchzusetzen ist.

Bei Konzernabschlüssen von kapitalmarktorientierten Unternehmen aus EU-Mitgliedsstaaten trifft es zu, dass materielle Rechnungslegungsvorschriften die Art der Fehlerkorrektur vorgeben. Denn die Rechnungslegungsstandards IAS/IFRS regeln die Behandlung von Fehlern in IAS 8.

Ob und wie Fehler bei Jahresabschlüssen zu beseitigen sind, ergibt sich aus den Vorschriften des Bilanz- und Gesellschaftsrechts. Grundsätzlich haben Unternehmen nach §§ 242, 264 HGB einen (fehlerfreien) Jahresabschluss aufzustellen. Ist der Jahresabschluss nach §§ 172, 173 AktG festgestellt worden, so ist er grundsätzlich auch wirksam. Ein Jahresabschluss ist hingegen nichtig, wenn einer der Gründe des § 256 AktG vorliegt. Die Nichtigkeit des Jahresabschlusses kann aber auch nach § 256 VI AktG geheilt sein.[73] Es ist festzuhalten, dass Jahresabschlüsse, die mit einem Fehler unterhalb der Nichtigkeitsschwelle behaftet sind, bestandskräftig sind.[74]

Bei der Frage, wie die Fehlerkorrektur durchzuführen ist, erscheint es daher sachgerecht, die möglichen Fehler in zwei Kategorien einzuteilen. Auf der einen Seite Fehler unterhalb der Nichtigkeitsschwelle nach § 256 I AktG und auf der anderen Seite Fehler im Sinne des § 256 I AktG. Denn für die Frage, wie nach der Feststellung eines Fehlers verfahren werden soll, ist danach zu differenzieren, ob der Fehler die Nichtigkeit des Jahresabschlusses begründen würde oder nicht.[75]

a) Fehler unterhalb der Nichtigkeitsschwelle des § 256 I AktG

Wie bereits festgestellt ist ein Jahresabschluss grds. bestandskräftig, selbst wenn er mit einem Fehler unterhalb der Nichtigkeitsgrenze des § 256 I AktG behaftet ist. Dies ergibt sich aus dem abschließenden Charakter des § 256 AktG.[76] Insofern besteht für die Organe der Gesellschaft keine Pflicht zur Neuvornahme des Abschlusses.[77] Ein Fehler unterhalb der Nichtigkeitsschwelle muss allerdings in laufender Rechnung korrigiert werden, sofern die fraglichen Sachverhalte in der laufenden Periode noch bedeutsam sind. Gegebenenfalls erforderlich ist die Angabe und Erläute-

73 *Ebd.*, S. 527.

74 *Hennrichs* (Fn. 17), S. 411; *Müller*, Prüfverfahren und Jahresabschlussnichtigkeit nach dem Bilanzkontrollgesetz, ZHR 2004, S. 414, 421 f.

75 *Gelhausen/Hönsch*, (Fn. 36), S. 527.

76 *Hüffer*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. (2001), § 256 Rn. 6.

77 *Hüffer*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. (2001), § 256 Rn. 78.

rung geänderter Vorjahresvergleichszahlen nach § 265 II HGB sowie eine Erläuterung dieser Anpassungsmaßnahmen im Anhang gemäß § 284 II Nr. 3 HGB. Die Bestandskraft des Jahresabschlusses erstreckt sich auch auf gesellschaftsrechtliche Ansprüche, insbesondere Gewinnansprüche. Diese Ansprüche bleiben also bestehen.

Die Sicherung der Korrektur eines im Enforcementverfahren festgestellten Fehlers obliegt den verbandsinternen Kontrollmechanismen. Insbesondere ist auch der Abschlussprüfer gefordert. Denn sollte er bei seiner Prüfung die Wiederholung eines festgestellten Fehlers feststellen, so hat er den Bestätigungsvermerk zu verweigern oder mindestens einzuschränken.[78]

b) Fehler im Sinne des § 256 I AktG

§ 256 I AktG enthält einen Katalog von Fehlern, die zur Nichtigkeit des Jahresabschlusses führen können. Grundsätzlich wird bei Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes eine Korrektur in laufender Rechnung abgelehnt und die Aufstellung eines neuen Jahresabschlusses gefordert.[79] Denn die Nichtigkeit des Jahresabschlusses bewirkt, dass der festgestellte, mit einem Fehler im Sinne des § 256 I AktG behaftete Jahresabschluss nicht mehr existent ist. Der Jahresabschluss entfaltet somit keine Rechtswirkung.

Fraglich ist, ob ein Unternehmen dazu verpflichtet ist, einen Jahresabschluss neu aufzustellen, wenn die Prüfstelle oder BaFin feststellt, dass dieser mit einem Fehler behaftet ist, der die Nichtigkeit begründet. Festzuhalten ist, dass sich der Nichtigkeitsgrund nicht erst aus der Feststellungsverfügung der BaFin ergibt. Der Abschluss war vielmehr schon seit seiner Beschlussfassung nichtig.[80] Es besteht auch keine generelle Pflicht zur Neuvornahme, wenn ein Fehler festgestellt wird, der zur Nichtigkeit führen kann. Denn nach § 256 VI AktG kann Heilung der Nichtigkeit eintreten. Der Jahresabschluss kann nach Eintritt der Heilung – nach sechs Monaten oder drei Jahren – nicht mehr erfolgreich mit einer Nichtigkeitsklage angegriffen werden. Der geheilte Jahresabschluss ist im Rechtssinne fehlerfrei und das Unternehmen hat seine Pflicht zur Rechnungslegung erfüllt.[81] Die Heilung führt zu einem Wegfall der Nichtigkeit ex tunc.[82] Ist noch keine Heilung eingetreten, können Vorstand und Aufsichtsrat bei Vorliegen eines Fehlers, der die Nichtigkeit begründet, freiwillig den Jahresabschluss erneut aufstellen.[83] Auch können Aktionäre, Vorstand, Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats Nichtigkeitsklage nach § 249 I AktG erheben und so eine Neuvornahme des Jahresabschlusses erzwingen. Wie bereits festgestellt, ist die BaFin nicht dazu befugt, einem Unternehmen die Art

78 *Mattheus/Schwab*, Fehlerkorrektur nach dem Rechnungslegungs-Enforcement: Private Initiative vor staatlicher Intervention, BB 2004, S. 1099, 1104; *Mock* (Fn. 71), S. 987, 989.

79 *Hüffer*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. (2001), § 256 Rn. 78; *Müller* (Fn. 74), S. 423; *Hennrichs* (Fn. 17), S. 410.

80 *Mock* (Fn. 71), S. 989.

81 *Hüffer*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. (2001), § 256 Rn. 68.

82 *Weilep/Weilep*, Nichtigkeit von Jahresabschlüssen: Tatbestandsvoraussetzungen sowie Konsequenzen für die Unternehmensleitung, BB 2006, S. 147, 150.

83 *Hüffer*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. (2001), § 256 Rn. 78.

der Fehlerkorrektur vorzuschreiben. Das gilt auch, wenn ein Fehler im Sinne des § 256 I AktG vorliegt. Aber die BaFin darf das Vorliegen eines solchen Fehlers feststellen. Im weiteren Verfahren liegt es bei den Organen der Gesellschaft und den Aktionären, ob der Fehler tatsächlich behoben wird oder nicht.[84] Die BaFin kann mit ihrer Feststellungsverfügung nur den Anstoß zu einem Handeln geben. Ob letztendlich Nichtigkeitsklage erhoben wird, liegt nicht in ihrer Kompetenz.[85] Insofern ist die Korrektur oder Geltendmachung der Nichtigkeit eines Jahresabschlusses nicht in jedem Fall gewährleistet.

V. Prüfung ausländischer Unternehmen

1. Herkunftsstaatsprinzip und Rechnungslegungsenforcement

Wie bereits festgestellt, werden nach § 342 II S. 2 HGB durch die DPR die Abschlüsse und Berichte von Unternehmen geprüft, deren Wertpapiere im Sinne des § 2 I 1 WpHG an einer inländischen Börse zum Handel im amtlichen oder geregelten Markt zugelassen sind.[86] Betroffen sind demnach auch Unternehmen, die ihren Sitz im Ausland haben. Insofern besteht die Möglichkeit, dass ein solches Unternehmen neben dem deutschen Enforcement noch von einem landeseigenen Enforcement erfasst wird. Diese zusätzlichen Belastungen durch etwaige Doppelprüfungen sollten möglichst vermieden werden. Die DPR schlug als Lösung vor, dass jeweils der Heimatsitzstaat für das Enforcement zuständig sein soll. In der sogenannten EU-Transparenzrichtlinie[87] war die Einführung des Herkunftsstaatsprinzips für das Rechnungslegungsenforcement vorgesehen (Art. 24 IV lit. h EU-Transparenzrichtlinie). Im Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz (TUG) vom 05. 01. 2007[88] welches die EU-Transparenzrichtlinie in unmittelbar geltendes Recht transformiert hat, sucht man jedoch vergeblich nach einer *ausdrücklichen* Regelung, die die Geltung des Herkunftsstaatsprinzips für das Rechnungslegungsenforcement vorschreibt. Die Änderungen, die ausdrücklich das Enforcementverfahren betreffen, beschränken sich ausschließlich auf die Ausweitung der Prüfung auf die Zwischenberichte (hier aber auch nur anlassbezogen). Der Wortlaut des § 37n WpHG[89] blieb in Bezug auf die Frage, welche Unternehmen dem Enforcement unterfallen, unverändert.[90] Demnach werden weiter solche Unternehmen geprüft, „... deren Wertpapiere im Sinne des § 2 I 1 [WpHG] an einer inländischen Börse zum Handel im amtlichen oder geregelten Markt zugelassen sind ...". Folgerichtig also auch Unternehmen mit Sitz im Ausland,

84 *Mattheus/Schwab* (Fn. 78), S. 1100.
85 *Ernst*, BB-Gesetzgebungsreport: Regierungsentwurf des BilKoG, BB 2004, S. 936, 937.
86 Das gilt ebenso für die Prüfung auf der zweiten Stufe durch die BaFin (§ 37n WpHG).
87 ABl EU L 390/38–57 vom 15. 12. 2004.
88 BGBl I, 2007, S. 10–32.
89 So auch der des § 342 II 2 HGB.
90 BGBl I, 2007, S. 18. Des Weiteren ist das Herkunftsstaatsprinzip auch nicht in § 37s WpHG, der die internationale Zusammenarbeit der Bundesanstalt mit ausländischen Stellen regelt, umgesetzt worden.

deren Wertpapiere an einer deutschen Börse zugelassen sind. Von dem Herkunftsstaatsprinzip ist hier keine Rede. Es wird im Gesetzestext nicht deutlich gemacht, ob das nun in § 2 VI WpHG geregelte Herkunftsstaatsprinzip den § 37n soweit eingrenzen soll oder kann, dass tatsächlich nur noch Unternehmen mit Sitz in Deutschland vom hiesigen Enforcement erfasst werden.[91] Auch in der Gesetzesbegründung wird nicht darauf hingewiesen, dass das Herkunftsstaatsprinzip auch für das Rechnungslegungsenforcement gelten soll.[92] Interessant ist, dass in der aktuellen Tagespresse „die noch nicht geregelte grenzüberschreitende Abstimmung darüber, welche Prüfstelle federführend Unternehmen prüft, die an Börsen mehrerer Länder über Eigen- oder Fremdkapital gelistet sind" als „Mangel" des deutschen Enforcements angeprangert wird.[93] Offensichtlich herrscht in der Öffentlichkeit Konfusion über die Umsetzung des Herkunftsstaatsprinzips in Bezug auf das Rechnungslegungsenforcement. Eine ausdrückliche Regelung im Abschnitt 11 des WpHG wäre somit ausdrücklich wünschenswert.

2. Finanzierung durch ausländische Unternehmen

Gemäß § 17d I S. 3 FinDAG wird die Umlage allen Unternehmen auferlegt, die vom Enforcement erfasst werden. Demnach wird die Umlage auch ausländischen Unternehmen auferlegt. Durch diese Regelung werden ausländische Unternehmen zusätzlich belastet. Es ist zu befürchten, dass dies ausländische Unternehmen abschreckt und diese sich vom deutschen Kapitalmarkt fernhalten oder abwenden. Positiv anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass gemäß § 7 der Bilanzkosten-Umlageverordnung (BilKoUmV) der Höchstbetrag der anteiligen Umlage auf 15.000 Euro begrenzt wurde. Eine unverhältnismäßig hohe Belastung von Unternehmen ist somit weitestgehend ausgeschlossen worden.

VI. Amtshaftung für eine fehlerhafte Bilanzkontrolle

Es ist nicht auszuschließen, dass der Prüfstelle und der BaFin bei der Prüfung von Unternehmensabschlüssen Fehler unterlaufen. Demnach könnte die Gefahr bestehen, dass hieraus erhebliche Amtshaftungsrisiken zulasten der Prüfstelle, der BaFin und der Bundesrepublik Deutschland entstehen. Gemäß § 839 I S. 1 BGB setzt der Amtshaftungstatbestand den schuldhaften Verstoß eines Beamten gegen eine einem Dritten gegenüber bestehende Amtspflicht voraus. Die persönliche Haftung des Beamten wird gemäß Art. 34 S. 1 GG grundsätzlich an den Staat übergeleitet. Es stellt

91 Für eine solche Eingrenzung wohl *Göres*, Kapitalmarktrechtliche Pflichten nach dem Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz, Der Konzern 2007, S. 15, 17. Er sagt, dass für die Kontrolle der Einhaltung der Veröffentlichungsvorschriften durch die BaFin nunmehr grundsätzlich der Sitz eines Unternehmens in Deutschland maßgebend sei.

92 BT-Drucks. 16/2498, S. 42–43.

93 FAZ v. 06. 02. 2007, S. 18: „Keine Angst vor der Bilanzpolizei". Dieser Artikel ist nach (!) der Verabschiedung des TUG erschienen.

sich die Frage, ob die Prüfung durch die Mitarbeiter der Prüfstelle und durch die Mitarbeiter der BaFin die Ausübung eines öffentlichen Amtes darstellt.

1. Einordnung der Prüfstelle als Beliehener

Eine Amtshaftung der privatrechtlich organisierten Prüfstelle kommt nur in Betracht, wenn sie als hoheitlich Beliehener einzuordnen ist. *Seidel* argumentiert, dass durch den Vertrag zwischen Prüfstelle und dem BMJ im Einvernehmen mit dem BMF, der Prüfstelle die hoheitliche Aufgabe übertragen worden sei, die Prüfungstätigkeit nach § 342b bis § 342e HGB durchzuführen.[94] Demnach sei die Prüfung der Rechnungslegung auch insoweit eine hoheitliche Aufgabe, als die Prüfstelle tätig wird. Die Prüfstelle sei demnach als Beliehener einzuordnen. Es gibt jedoch durchaus Argumente, die gegen die Einordnung der Prüfstelle als Beliehener sprechen. Der Gesetzgeber hat bewusst ein zweistufiges Enforcement-Modell gewählt. Auf der ersten Stufe sollen sich Prüfstelle und betroffenes Unternehmen auf gleicher Ebene begegnen.[95] Erst auf der zweiten Stufe soll gegebenenfalls eine Prüfung mit hoheitlichen Mitteln durchgesetzt werden. Insbesondere der Haftungstatbestand nach § 342b VII HGB spricht gegen eine Einordnung der Prüfstelle als Beliehener. In der entsprechenden Gesetzesbegründung führt der Gesetzgeber an, dass für die Mitarbeiter allenfalls eine Haftung nach den Vorschriften über unerlaubte Handlung in Betracht komme, da sie nicht hoheitlich handeln und da kein Vertragsverhältnis zwischen Prüfstelle und betroffenem Unternehmen vorgesehen sei.[96] Von einer möglichen Amtshaftung der Mitarbeiter ist hier keine Rede. Eine Einordnung der Prüfstelle als Beliehener ist somit abzulehnen. Ein von einem Mitarbeiter der Prüfstelle bei der Prüfungstätigkeit verursachter Schaden kann somit keinen Amtshaftungsanspruch gemäß § 839 I S. 1 BGB begründen. Auch besteht für die Prüfstelle keine Amtspflicht zum Tätigwerden, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Rechnungslegung vorliegen.

2. Mitarbeiter der BaFin

Gemäß § 9 I FinDAG wurde der BaFin das Recht verliehen, Beamte zu haben. Für die Mitarbeiter der BaFin ist die Ausübung eines öffentlichen Amtes zu bejahen. Demnach handelt die BaFin hoheitlich und ihre Mitarbeiter üben ein öffentliches Amt i. S. d. Amtshaftungsrechts aus.

3. Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht

Wie soeben bereits angedeutet, ist eine weitere Tatbestandsvoraussetzung des § 839 I S. 1 BGB die Verletzung einer Amtspflicht, die dem Beamten einem Dritten gegen-

94 *Seidel*, Amtshaftung für fehlerhafte Bilanzkontrolle, DB 2005, S. 651, 652.
95 *Hommelhoff/Mattheus* (Fn. 3), S. 94; *Hennrichs* (Fn. 17), S. 401.
96 BT-Drucks. 15/3421, S. 15.

über obliegt. Auch wenn man eine Amtspflicht bejaht, muss die Vorraussetzung der Drittbezogenheit der Amtspflicht erfüllt sein. Drittbezogenheit der Amtspflicht bedeutet, dass sich der Zweck der Amtspflichten nicht in der Wahrnehmung öffentlicher Interessen erschöpfen darf. Die Wahrnehmung der Interessen der Geschädigten muss eingeschlossen sein. In § 4 IV FinDAG ist geregelt, dass die BaFin ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahrnimmt. *Seidel* argumentiert, dass das BilKoG als späteres und spezielleres Gesetz die Anwendung des § 4 IV FinDAG ausschließen könne.[97] Des Weiteren lasse der vordringliche Zweck des BilKoG, nämlich die Stärkung des Vertrauens der Anleger in den Kapitalmarkt, darauf schließen, dass auch der Schutz der Individualinteressen der Anleger mit eingeschlossen sei. Allerdings hat der BGH noch nach der Einführung des BilKoG gegen eine Amtshaftung eines Mitarbeiters der BaFin mit der Begründung entschieden, dass die BaFin gemäß § 4 IV FinDAG die ihr nach diesem Gesetz und anderen Gesetzen zugewiesenen Aufgaben nur im öffentlichen Interesse wahrnehme.[98] Zu den „anderen Gesetzen", die der BaFin ihre Aufgaben zuteilen, zählt auch das durch das BilKoG geänderte WpHG. In den §§ 37n bis 37u WpHG wird der BaFin die Aufgabe zugeteilt, Unternehmensabschlüsse zu überwachen. Die Rechtsprechung des BGH legt demnach nahe, dass auch in Bezug auf das Enforcement-Verfahren ein Schutz von Individualinteressen Dritter auszuschließen sei. Ein weiteres Argument liefert der Gesetzgeber selbst in seiner Gesetzesbegründung zu § 37n WpHG.[99] Hier wird unmissverständlich klargestellt, dass die BaFin auch ihre neue Aufsichtsaufgabe nur im öffentlichen Interesse wahrnimmt. Die Geltung des § 4 IV FinDAG wird ausdrücklich bejaht. Sinnvoll erscheint es jedoch, auch im Gesetzestext des WpHG ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die BaFin die ihr dort übertragene Überwachungsaufgabe nur im öffentlichen Interesse wahrnimmt. Dadurch könnten etwaige Diskussionen über eine vermeintliche Amtshaftung der BaFin vermieden werden. Eine Gefahr, dass erhebliche Amtshaftungsrisiken zulasten der BaFin und dem Staat entstehen könnten, ist somit auszuschließen.

VII. Aktuelle Entwicklungen

1. Tätigkeitsbericht der DPR

In dem aktuellen Tätigkeitsbericht der Prüfstelle für den Zeitraum vom 01. Januar 2006 bis 31. Dezember 2006 berichtet die DPR, dass sie ihre Zielsetzungen für das Jahr 2006 erreicht habe. In diesem Zeitraum wurden 158 Prüfverfahren eingeleitet und 109 abgeschlossen. Bei den 109 abgeschlossenen Prüfverfahren wurde in insgesamt 19 Fällen eine fehlerhafte Rechnungslegung festgestellt. Das entspricht einer Fehlerquote von über 17 %. Überwiegend bei kleineren und mittelgroßen Unternehmen wurden Fehler entdeckt. Zurückgeführt wird das auf den Umstand, dass in sol-

97 *Seidel* (Fn. 94), S. 654.
98 *BGH*, NZG 2005, 670 (671).
99 BT-Drucks. 15/3421, S. 17.

chen Unternehmen die Umstellung auf die komplexen IFRS wegen begrenzter Personalkapazitäten schwierig sei. Es wird des Weiteren festgestellt, dass die meisten Rechnungslegungsverstöße fehlende oder unzureichende Anhangdaten treffen, die nach IFRS gegenüber dem HGB viel umfangreicher sind. Insgesamt bewertet die DPR die Kooperation der geprüften Unternehmen positiv.[100] Auch von Seiten der Unternehmen wird die Arbeit der DPR positiv bewertet. Das ergab eine Umfrage des *Deutschen Aktieninstituts*, die Ende 2006 durchgeführt worden ist.[101] In dieser Umfrage wird die Effektivität und Kompetenz der Prüfstelle bestätigt.

Damit das Enforcementverfahren in der Europäischen Union einheitlich durchgeführt wird und die IAS/IFRS-Vorschriften einheitlich ausgelegt werden, finden einmal monatlich Sitzungen der europäischen Enforcer (European Enforcer Coordination Sessions – EECS) statt. Hier werden schwierige Bilanzierungsfragen anhand von Praxisfällen erörtert. Vertreter der DPR haben an diesen Sitzungen regelmäßig teilgenommen. In der EECS diskutierte Entscheidungen werden in eine Datenbank eingegeben, von denen die nationalen Enforcementinstitutionen nicht ohne Grund abweichen sollen. Diese sinnvollen Maßnahmen können eindeutig als ein erster Schritt in Richtung eines einheitlichen europäischen Enforcements begrüßt werden.

2. Der Fall Arques

Auf der ersten Stufe des Prüfverfahrens ist es bereits zu ersten Unstimmigkeiten zwischen der Prüfstelle und einem geprüften Unternehmen gekommen. Wie die Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) am 06. 02. 2006[102] berichtete, stritten das Beteiligungsunternehmen Arques und die Prüfstelle über Fehler im Jahresabschluss des Unternehmens aus dem Jahre 2004. Die Prüfstelle hat dort neun Fehler beanstandet. Während die Prüfstelle diese Fehler für ergebnisrelevant hielt, hielt Arques diese für ergebnisneutral. Auf Anweisung der BaFin hat Arques die beanstandeten Fehler auf seiner Website zwar veröffentlicht, die Veröffentlichung allerdings mit eigenen, relativierenden Kommentaren versehen. Letztendlich wurde der Streit im beiderseitigen Einvernehmen beigelegt[103], doch es bleibt beunruhigend, dass bereits nach so kurzer Zeit erste erhebliche Unstimmigkeiten zwischen einem geprüften Unternehmen und Prüfstelle entstanden sind. Dass die Aktionäre verunsichert sind, ist logische Konsequenz. Sollten sich solche Fälle häufen, wird das Vertrauen der Anleger eher geschwächt als gestärkt.

---

100 Siehe dazu *DPR*, Tätigkeitsbericht für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 2006, abrufbar unter http://www.frep.info/docs/jahresberichte/2006_tb_pruefstelle.pdf (Stand 07. 05. 2007).

101 *Deutsches Aktieninstitut*, Erste Erfahrungen mit der Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung e. V. (DPR) – Ergebnisse einer Umfrage, abrufbar unter http://www.dai.de/internet/dai/dai-2-0.nsf/LookupDL/06797EFFABF14205C1257279003EF655/$File/2007-02-02_DAI-Untersuchung_Umfrage-DPR.pdf (Stand 07. 05. 2007).

102 FAZ vom 06. 02. 2006, Nr. 31/S. 18: „Bilanzprüfung bei Arques umstritten".

103 FAZ vom 23. 03. 2006, Nr. 70/S. 23: „Arques hat Streit beigelegt".

VIII. Fazit

Insgesamt ist das durch das BilKoG eingeführte zweistufige Enforcement-Verfahren positiv zu bewerten. Die (zumindest teilweise) Schließung der deutschen „Enforcement-Lücke" war eine Notwendigkeit. Durch das BilKoG wird mit Sicherheit einer Vielzahl von Rechnungslegungsverstößen entgegengewirkt. Insbesondere der präventive Ansatz durch die stichprobenartigen Prüfungen ist zu begrüßen. Letztendlich hängt der Erfolg des Enforcement-Verfahrens von der Kooperationsbereitschaft der Unternehmen ab. Die ersten Erfahrungen, die die Prüfstelle diesbezüglich bei ihrer Prüfungstätigkeit gemacht hat, erlauben noch keine eindeutig zutreffende Prognose für die Zukunft. Dass der Tätigkeit der Prüfstelle in einer Umfrage des *Deutschen Aktieninstituts* aber bereits nach so kurzer Zeit ein ausgesprochen positives Zeugnis ausgestellt worden ist, ist erfreulich. Die Tatsache, dass schon so früh erste Unstimmigkeiten zwischen Prüfstelle und einem geprüften Unternehmen Schlagzeilen gemacht haben, mag zwar nachdenklich stimmen, bisher stellen solche Unstimmigkeiten allerdings die Ausnahme dar. Es ist zu hoffen, dass das BilKoG auch dort wirkungsvoll ansetzen kann, wo kriminelle Energie im Spiel ist. Gerade hier liegt eine große Herausforderung, sowohl für die Prüfstelle, als auch für die BaFin. Ob sie auch dieser Herausforderung gerecht werden können, bleibt abzuwarten. Auch ob es letztendlich gelingt, das Vertrauen der Anleger in den deutschen Kapitalmarkt wiederherzustellen und zu stärken, wird man erst erkennen können, wenn sich das Enforcement-Verfahren in Deutschland bewährt hat.

Dr. Friedemann Kainer*

Nationale Preisregelungen im Binnenmarktrecht – am Beispiel von Gebührenordnungen für Rechtsanwälte

Abstract

Staaten nehmen in vielfacher Weise auf das Wirtschaftsgeschehen Einfluss. Dahinter stehen regelmäßig Ziele des Gemeinwohls, manchmal aber auch Interessengruppen, die ihre Partikularinteressen im Gewande staatlicher Regelsetzung zu erreichen suchen. Ein probates Mittel hierzu sind Preisvorschriften, die in verschiedenerlei Gestalt erscheinen können. Preisvorschriften aber stehen in einem diametralen Gegensatz zu einer wettbewerbsbestimmten Marktwirtschaft. Im europäischen Binnenmarktrecht sind sie nur begrenzt zulässig. Der nachstehende Beitrag erörtert den wettbewerbsverfassungsrechtlichen Rahmen in der Europäischen Gemeinschaft sowie – am Beispiel einer aktuellen Entscheidung des EuGH – spezifische Grenzen für staatliche Einflussnahme auf die autonome Preisbildung.

* Der *Verf.* ist Wiss. Assistent am Institut für deutsches und Europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

I. Einleitung

Eine der wesentlichen Charakteristika einer wettbewerbsorientierten Marktwirtschaft, wie sie der deutschen und der europäischen Rechtsordnung zugrunde liegt, ist die freie und autonome Festsetzung von Preisen durch die Marktteilnehmer. Unternehmen pflegen Preise gewinnoptimiert (hoch) anzusetzen, die Marktgegenseite versucht ihrerseits, möglichst niedrig nachzufragen. Aus diesem Spiel von Angebot und Nachfrage entwickeln sich Marktpreise prozessförmig, wobei ein funktionierender Wettbewerb sowohl Anbieter als auch Nachfrager vor Ausbeutungspreisen schützt. Die volkswirtschaftliche Preistheorie vermag zu zeigen, dass die ungehinderte Preisbildung die gesamtwirtschaftliche Effizienz maximiert; umgekehrt wäre jeder staatliche Eingriff zur Effizienzmaximierung eine „Anmaßung von Wissen" (*v. Hayek*), das – in Form des „richtigen" Preises[1] erst durch den Wettbewerb generiert wird. Die Folge solcher Eingriffe sind „falsche" Preise: sind sie zu hoch, lässt die Nachfrage nach, sind sie zu niedrig, fehlt ein Anreiz zum Angebot von Produkten, der Marktzutritt neuer Wettbewerber oder Innovationen lohnen sich nicht.

Ein Beispiel für das staatliche Einwirken auf die privatautonome Preisbildung sind Gebührenordnungen für Rechtsanwälte. Der Staat versucht durch fixe Gebühren, Höchst- oder Mindestpreise und andere Preisregelungen den Zugang zum Rechtssystem und seine Funktionsfähigkeit zu sichern. Solche Regelungen finden aber im europäischen Binnenmarktrecht Grenzen. Der europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich kürzlich in der Rechtssache *Cipolla*[2] mit der Zulässigkeit einer Gebührenordnung beschäftigt und Preisregelungen einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen.

Die folgenden Überlegungen gehen – prototypisch anhand der italienischen Rechtsanwaltsgebühren – den Grenzen von Preisregelungen im europäischen Binnenmarktrecht nach. Hierzu soll zunächst in die verschiedenen Preisregelungen und in den Sachverhalt der Rechtssache *Cipolla* eingeführt (II) und sodann der Wettbewerb als Regelungsziel des europäischen Binnenmarktrechts (III) dargestellt werden, bevor die Preisregelungen am Maßstab der binnenmarktlichen Marktordnungsregeln gemessen werden (IV). Am Ende steht eine thesenförmige Zusammenfassung (V).

II. Staatliche Preisregelungen am Beispiel von Rechtsanwaltsgebührenordnungen

Staaten greifen in vielfältiger Weise in den Wettbewerbsprozess ein: z. B. aus sozialen Gründen, zur Erhaltung der Umwelt oder zum Schutz der Gesundheit, zur Siche-

1 Vgl. zur Bedeutung des Wettbewerbspreises für die Ermittlung des Unternehmenswerts für die Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters BVerfGE 100, 289, 305 ff., 307 ff.; dazu *Großfeld*, Börsenkurs und Unternehmenswert, BB 2000, 261 ff.; *Wilm*, Abfindung zum Börsenkurs – Konsequenzen der Entscheidung des BVerfG, NZG 2000, 234 ff.

2 Rs. C-94/04 (Cipolla) ist verbunden mit Rs. C-202 (Meloni), noch nicht in Slg.

rung oder Protektion eines Berufszweiges oder einer Industrie oder auch zur Finanzierung des staatlichen Haushalts.

1. Typische Preisregelungen im Überblick

Führen solche Eingriffe zu einer Beschränkung der privatautonomen Preisgestaltung, können wir sie *Preisregelungen* nennen. Die Instrumente hierzu sind vielfältig. Staaten können Preise vorschreiben (Festpreise) oder Mindest- oder Höchstpreise (Grenzpreise) festsetzen. Dann soll im folgenden von *unmittelbaren Preisregelungen* die Rede sein. Häufig greift der Staat in die Preisbildung ein, indem er etwa feste oder maximale Handelsspannen festlegt, den Verkauf unter Einstandspreis verbietet oder Preiserhöhungen oder Rabatte beschränkt. Hier schreibt der Staat zwar keine Preise vor, er greift aber in den freien Preisbildungsmechanismus durch *mittelbare Preisregelungen* ein. Es kommt schliesslich auch vor, dass der Staat Kartelle oder Preisbindungen zulässt oder vorschreibt. Nicht zu den Preisregelungen im engeren Sinne gehören dagegen Eingriffe, die lediglich dadurch Einfluss auf die Preise nehmen, dass sie die Kostenstruktur der Unternehmen verändern. Steuern, Gebühren oder kostenerhöhende Regelungen sonstiger Art stehen dabei Subventionen, Gebührenerlassen oder Steuerausnahmen gegenüber, die ebenfalls binnenmarktwidrig sein können, hier aber nur am Rande erörtert werden sollen.

2. Preisregelungen in der Rechtssache *Cipolla*

In der Rechtssache *Cipolla* lag dem EuGH ein Auslegungsersuchen im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit zugrunde. In dem Verfahren ging es um die Frage, ob die italienische Honorarregelung für Rechtsanwälte mit europäischem Recht vereinbar ist. Die Honorarsätze werden in Italien vom Consiglio nazionale forense (Nationaler Rat der Rechtsanwälte, mit gewählten Mitgliedern) alle zwei Jahre durch Beschluss ausgearbeitet und sodann, nachdem der Comitato interministeriale dei prezzi (Interministerieller Preisausschuss) eine Stellungnahme und der Consiglio di Stato (Staatsrat) ein Gutachten abgegeben haben, vom Justizminister genehmigt. Im einzelnen sehen die Honorarregelungen sowohl Mindest- wie Höchstpreise vor, die von den Parteien nicht abbedungen werden können.

In dem einen den Vorabentscheidungsverfahren zugrunde liegenden Sachverhalten klagte ein Rechtsanwalt (*Cipolla*) gegen seine Mandantin. Dessen Honorarverlangen setzte die Beklagte eine angeblich ausgehandelte Vereinbarung mit niedrigerer Vergütung entgegen. RA *Cipolla* machte hiergegen u. a. geltend, dass die Vereinbarung gegen die italienische Rechtsanwaltsgebührenordnung verstieß und damit unwirksam war. Der andere Sachverhalt lag ähnlich: dort hatte RA *Meloni* gegen seine Mandanten einen Vollstreckungsbescheid erwirkt, um seine Honorarforderung durchzusetzen. Auch hier ging es um die Wirksamkeit einer gegen italienische Preisregelungen verstoßenden Honorarvereinbarung.

Die Corte d'apello di Torino bzw. das Tribunale di Roma setzten die Verfahren aus und legten dem Gerichtshof diverse Fragen vor. Sie betreffen die Vereinbarkeit der

Preisregelungen mit Gemeinschaftsrecht, nämlich zum einen mit Art. 81 i. V. m. Art. 10 EG und zum anderen mit der Dienstleistungsfreiheit, Art. 49 EG.

3. Die deutschen Regelungen zur Rechtsanwaltsvergütung

Eine Gebührenordnung gibt es schließlich auch für die Ausübung anwaltlicher Tätigkeit in Deutschland. Die BRAO und das RGV sehen im Grundsatz zwar eine freie Gebührenvereinbarung vor: Im Rahmen von aussergerichtlichen Angelegenheiten[3] sind die Parteien frei in der Vereinbarung einer Vergütung;[4] Mindest- oder Höchstpreise sind nicht vorgesehen, allerdings kann eine unangemessen hohe Vereinbarung gerichtlich korrigiert werden (§ 4 Abs. 4 RVG). Im Rahmen der forensischen Tätigkeit sind der Vergütungsvereinbarung in § 4 Abs. 1, 2 RVG i. V. m. § 49 Abs. 1 BRAO Grenzen gesetzt.[5] § 49b Abs. 1 BRAO verbietet geringere Gebühren, als sie im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) vorgesehen sind. Hierzu liegt dem RVG ein ausgefeiltes Gebührenverzeichnis bei, das auch bestimmt, was die unterlegene der siegreichen Partei an Rechtsanwaltsgebühren zu erstatten hat. Diese Mindestpreisregelung, die der Qualitätssicherung der Rechtsberatung dienen soll, entspricht der italienischen Regelung. Daneben gibt es ein Verbot von Erfolgshonoraren in § 49b Abs. 2 BRAO. Unzulässig ist es daher insbesondere, die Höhe des Honorars an den Ausgang eines Verfahrens zu koppeln.

III. Wettbewerb als Regelungsziel des europäischen Binnenmarkts

Staatliche Preisregelungen bilden einen Fremdkörper in der Wirtschaftsverfassung der EG. Ihre Grundlage ist die Schaffung eines Gemeinsamen Marktes (Art. 2 EG), der mit der Einheitlichen Europäischen Akte 1987 zum Binnenmarktziel verdichtet wurde.[6] Art. 14 Abs. 2 EG definiert den Binnenmarkt durch den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital. Der Gerichtshof hat diesen Begriff in ständiger Rechtsprechung auf den Schutz des Wettbewerbs vor Verzerrungen erweitert,[7] was im Vertrag etwa in Art. 3 Abs. 1 lit. g EG zum Ausdruck kommt. Wettbewerbsverzerrungen bekämpft das Primärrecht mit den Vorschriften gegen Kartelle und Marktmachtmissbrauch (Art. 81 f. EG) sowie mit der Beihilfeaufsicht (Art. 87

---

3 Zum Begriff der aussergerichtlichen Tätigkeit näher *Teubel*, in: Mayer/Kroiß, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 2. A. 2006, § 4 Rn. 65 f.

4 Gem. § 34 Abs. 1 RVG soll der Rechtsanwalt auf eine Gebührenvereinbarung hinwirken.

5 S. *Hennsler*, Der europäische Rechtsanwalt zwischen Rechtspflege und Dienstleistung, ZZP 115 (2002), 321, 336.

6 Vgl. zum Verhältnis zwischen Gemeinsamen Markt und Binnenmarkt *Müller-Graff*, in: Dauses, Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, Stand August 2006, A. I. Rn. 141 f.; *ders.*, Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, EuR 1989, 107, 122 ff.

7 S. EuGH, Rs. C-300/89, Kommission/Rat (Titandioxyd), Slg. 1991, I-2867; *Leible*, in Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 14 EGV Rn. 25 m. w. N.

EG). Der Gerichtshof hat gegen staatliche Wettbewerbsverzerrungen zusätzlich das Diskriminierungsverbot der Grundfreiheiten in Stellung gebracht (dazu sub IV) sowie staatliche Begünstigungen privater Wettbewerbsbehinderungen durch eine weite Auslegung der Art. 81 i. V. m. Art. 10 EG sanktioniert (dazu sub V).

Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht kommt dabei eine Arbeitsteilung zu: Erstere sollen als Freiheitsrechte den grenzüberschreitenden Wettbewerb ermöglichen, indem sie die privatautonome Entscheidung zu binnenmarktweitem Wirtschaften gegen staatliche Eingriffe[8] gewährleisten.[9] Ohne umfassende, aber auch unmittelbar[10] und vorrangig[11] anwendbare Freiheitsverbürgungen bliebe die Entstehung eines gemeinschaftsweiten Wettbewerbs abhängig vom Belieben der Mitgliedstaaten, ihre Märkte zu entgrenzen und protektionistische Handelsschranken aufzubauen. Auf einer zweiten Stufe schränkt das Wettbewerbsrecht private und staatliche Handlungsspielräume für Verzerrungen und Beschränkungen des Wettbewerbs wieder ein: indem etwa Preisabsprachen zwischen selbständigen Unternehmen verboten und nichtig (Art. 81 Abs. 1, 2 EG), missbräuchliche Machtausübung marktbeherrschender Unternehmen (Art. 82 EG) und wettbewerbsverzerrende Subventionen durch den Staat unzulässig sind. Zu all dem kommen die binnenmarktliche Rechtsangleichung, die der Verwirklichung der Grundfreiheiten dient, sowie das wettbewerbsrechtliche Sekundärrecht, u. a. die Fusionskontrollverordnung.[12]

Beide Regelungskomplexe verfolgen zusammen das Ziel, im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts den Primat marktgemäßer Selbststeuerung zu verwirklichen.[13] Dass dem EG-Vertrag dieses Modell zugrunde liegt, zeigt sich neben den binnenmarktlichen Grundkonstanten (Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht) auch im recht klaren Bekenntnis des Primärrechts zu einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 4 Abs. 1, 96 und 157 Abs. 1 UAbs. 2 EG). Die damit implizierte Selbststeuerung der Wirtschaftsprozesse steht im Gegensatz zu staatlicher Planung. Während in der Planwirtschaft Grunddaten der Produktion von Waren und Dienstleistungen (insb. Mengen und Preise) in einer Planungsbehörde zentral vorgegeben sind, überlässt die Marktwirtschaft diese Steuerung dem Markt. Mengen und Preise (sowie alle anderen Bedingungen für Angebot und Nachfrage) werden hier von den

8 Grundfreiheiten erfassen im Grundsatz staatliche Maßnahmen, ausnahmsweise unter bislang von der Rechtsprechung nicht abschließend geklärten Umständen aber auch private Behinderungen oder Diskriminierungen, dazu näher *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2000; *Kainer*, Unternehmensübernahmen im Binnenmarktrecht. Zugleich ein Beitrag zur Privatrechtswirkung der Grundfreiheiten, 2004, S. 208 ff.

9 Vgl. *Müller-Graff*, in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Kommentar, 6. A. 2003, Art. 28 EG Rn. 2; *Leible*, in: Streinz (o. Fn. 7), Art. 14 EGV Rn. 25. S. auch in grösserem Zusammenhang *Müller-Graff*, in: Dauses (o. Fn. 6), A. I Rn. 122 ff.

10 Dazu EuGH, Rs. 26/62, Van Gend & Loos, Slg. 1963, 1, 24 ff.

11 EuGH, Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1251, 1269.

12 Verordnung Nr. 139/2004 vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG 2004 Nr. L 24/1, löst Verordnung Nr. 4064/89, ABl. EG 1989 Nr. L 395/1 ab.

13 Dazu ausführlich *Müller-Graff*, Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, 1984, S. 280 ff.

Marktteilnehmern (Unternehmen und Verbraucher) im Rahmen allgemeiner Regeln selbständig festgelegt und akzeptiert. Wettbewerbstheoretisch steht für das Konzept der Selbststeuerung ihre praktisch erwiesene und theoretisch u. a. von *v. Hayek* fundierte Überlegenheit vor staatlichen Koordinierungen;[14] zugleich passt sie besser zu einem aufgeklärten und freiheitlichen Menschenbild,[15] wie es sowohl in den deutschen Grundrechten wie auch in der europäischen Grundrechtecharta zum Ausdruck kommt.

Abweichungen vom Leitbild der marktgemäßen Selbststeuerung steht der europäische Binnenmarkt dabei keineswegs generell ablehnend gegenüber. Eingriffe in die privatautonome Koordinierung der Marktteilnehmer (und damit etwa in ihr Recht, Preise selbst festzulegen), bedürfen allerdings ggf. einer Rechtfertigung durch übergeordnete Gemeinwohlgründe.[16] Sowohl die Grundfreiheiten wie auch das Wettbewerbsrecht erlauben ausnahmsweise staatliche Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit; Art. 86 Abs. 2 EG sieht eine allgemeine Rechtfertigung für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vor. Diese Ausnahmen setzen indes voraus, dass die Eingriffe verhältnismäßig sind; im Zweifel muss der Staat den Allgemeinwohlgewinn und die Notwendigkeit der Maßnahme beweisen. Dem soll im Folgenden näher nachgegangen werden.

IV. Staatliche Preisregelungen auf dem binnenmarktlichen Prüfstand

Preisregelungen greifen in den oben beschriebenen Mechanismus der wettbewerblichen Preisfindung und damit in das dem europäischen Binnenmarkt zugrundeliegende Leitbild der markgemäßen Selbststeuerung ein. Eine Gebührenordnung, wie sie etwa in Italien oder auch in Deutschland besteht, kann – je nachdem, wie sie ausgestaltet ist – zu Fehlallokationen führen, etwa bestimmte Marktsegmente bevorzugen oder andere benachteiligen. Vor allem aber kann der binnengrenzüberschreitende Wettbewerb dadurch beeinträchtigt werden, dass grenzüberschreitende Dienstleistungen aus Mitgliedstaaten mit einem höheren Gebührenniveau erst gar nicht erbracht werden, weil ihre Preise über den festgelegten Höchstsätzen im Erbringungsstaat liegen; umgekehrt könnten Dienstleistungen aus Mitgliedstaaten mit sehr niedrigen Anwaltsgebühren ihren Wettbewerbsvorteil verlieren, wenn sie sich an das vorgeschriebene höhere Preisniveau im Empfängerstaat anpassen müssten.

---

14 Vgl. zur Koordinierung durch Wettbewerb *v. Hayek*, Die Anmaßung von Wissen, ORDO 26 (1975), 12 ff., 19 f.

15 Dazu *Hoppmann*, Prinzipien freiheitlicher Wirtschaftspolitik, 1993, S. 8 ff. Zu Begründungen aus der Lehre vom Gesellschaftsvertrag kritisch *Kliemt*, in: Walther Eucken Institut, Ordnung in Freiheit, 1992, S. 31, 32 ff.

16 Vgl. zur Einschränkbarkeit der Warenverkehrsfreiheit durch Ziele des allgemeinen Interesses grundlegend EuGH, Rs. 120/78, Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Slg. 1979, 649.

1. Ansätze zur binnenmarktrechtlichen Kontrolle von Preisregelungen

Im Binnenmarktrecht gibt es drei Ansätze, Preisregelungen zu kontrollieren. Ist der Eingriff staatlicher Natur[17], so kommt zunächst eine Kontrolle durch die Grundfreiheiten (z. B. Dienstleistungsfreiheit, Art. 49 EG) in Betracht. Ansatz für die Prüfung des Gerichtshofs ist der Eingriff in die private Preisbildungsautonomie, also in die Wettbewerbsfreiheit, oder, bei Diskriminierungen, in die Wettbewerbsgleichheit (u. sub 2).

Preisregelungen können auf privaten Abreden zwischen Unternehmen beruhen. Als wettbewerbsbeschränkende Kartellabsprachen unterfallen sie dem Kartellverbot gemäß Art. 81 Abs. 1 EG und sind unmittelbar nichtig (Art. 81 Abs. 2 EG).[18] Da der Untersuchungsfokus hier auf staatliche Preisregelungen konzentriert ist, können private Abreden im folgenden ausser Betracht bleiben.

Schliesslich gibt es eine Mischform, bei welcher der Staat dem Kartellverbot (oder auch dem Verbot marktmachtmissbräuchlichen Verhaltens) seine praktische Wirksamkeit dadurch nimmt, dass er private Preisabsprachen fördert, ermöglicht oder durchsetzt und damit zugleich – indirekt – den Wettbewerb verfälscht (u. sub 3). Der Gerichtshof misst entsprechende staatliche Regulierungen zwar nicht unmittelbar an dem nur an Unternehmen adressierten Art. 81 EG, sieht darin aber u. U. einen Verstoß gegen die Gemeinschaftstreue (Art. 10 EG). In der Rs. *Cipolla* fragten beide Vorlagegerichte auch nach der Vereinbarkeit der italienischen Honorarregelung mit Art. 81 i. V. m. Art. 10 EG.

2. Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit: Die Dienstleistungsfreiheit

Eine Preisregelung verstösst gegen die Grundfreiheiten, wenn sie den Tatbestand beschränkt (b) und nicht gerechtfertigt werden kann (c). Besonderheiten ergeben sich für die Rechtsanwaltsvergütung (d). Zu prüfen ist darüber hinaus die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit (a).

a) Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit

Voraussetzung ist zunächst, dass die entsprechende Maßnahme in den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit fällt. Dies hat der Gerichtshof in *Cipolla* für die Beschränkung von rechtsanwaltlichen Dienstleistungen[19] mit der ständigen Rechtsprechung bejaht.[20] In den zugrundeliegenden Sachverhalten fehlte es allerdings an einem (notwendigen[21]) grenzüberschreitenden Sachverhalt.

---

17 Dazu oben, Fn. 8.

18 Zu den Rechtsfolgen eines Kartellverstosses näher *Schröter*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 81 EG Rn. 224 ff.; zur Festlegung von Kartellstrafen *Sünner*, Das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen nach Art. 23 Abs. 2 lit. a der Kartellverfahrensordnung (VerfVO), EuZW 2007, 8 ff.

19 Näher zum Begriff der Dienstleistung *Müller-Graff*, in: Streinz (o. Fn. 7), Art. 49 EG Rn. 14 ff. m. w. N.

20 Vgl. EuGH, Rs. 33/74, Van Binsbergen, Slg. 1974, 1299 Rn. 10/12; verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, nicht in Slg., Rn. 55 ff.

21 Dazu näher *Kainer* (o. Fn. 8), S. 142 ff.

Der Gerichtshof hat die Zulässigkeit der Vorlagefrage[22] dagegen mit der Argumentation bejaht, dass ihre Beantwortung dem vorlegenden Gericht gleichwohl von Nutzen sein könne.[23] Dies sei dann der Fall, wenn das italienische Recht vorschriebe, einen Rechtsanwalt mit Sitz in Italien im Ergebnis genauso zu behandeln wie einen grenzüberschreitend tätigen ausländischen Rechtsanwalt. Ob eine solche Pflicht bestehe, müsse allerdings das erkennende nationale Gericht entscheiden. Diese Rechtsprechung ist einerseits nicht neu,[24] andererseits verdeutlicht sie die Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens als ein Mittel zur Kooperation der Gerichte in Europa.[25] Nur bei offensichtlicher Unerheblichkeit der Vorabentscheidungsfrage für den zu entscheidenden Sachverhalt verneint der Gerichtshof die Zulässigkeit.[26] Dies zeigt aber auch die Grenzen der grundfreiheitlichen Preisregelungskontrolle: Aus Art. 49 Abs. 2 EG *selbst* können die Beteiligten in der Rs. *Cipolla* keine Rechte geltend machen, da es an einem grenzüberschreitenden Sachverhalt fehlt.

b) Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

(1) Der Prüfungsmaßstab: Art. 49 EG als Diskriminierungs- und marktzugangsbezogenes Beschränkungsverbot

Nach ständiger Rechtsprechung erfasst Art. 49 EG (wie auch die anderen Grundfreiheiten) Diskriminierungen und einfache Beschränkungen.[27] Eine Diskriminierung liegt dann vor, wenn ausländische Dienstleistungserbringer gegenüber ihren inländischen Konkurrenten schlechter behandelt werden, sei es, dass die Schlechterbehandlung an die Staatsangehörigkeit anknüpft (offene bzw. direkte Diskriminierung),[28] sei es, dass die Differenzierung an einem Merkmal ansetzt, mit dem im Ergebnis typischerweise Ausländer getroffen werden (versteckte bzw. indirekte Diskriminierung).[29] Diskriminierungen verletzen die Wettbewerbsgleichheit, wirken protektio-

22 Voraussetzung für die Zulässigkeit ist insbesondere auch die Entscheidungserheblichkeit; daran könnte man zweifeln, wenn die Dienstleistungsfreiheit gar nicht anwendbar ist.

23 EuGH, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 30; ebs. GA *Poiares Maduro*, Rs. 94/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Nr. 19.

24 Zuvor schon ähnlich EuGH, Rs. C-6/01, Anomar u. a., Slg. 2003, I-8621 Rn. 41. Zur Warenverkehrsfreiheit: Rs. C-448/98, Guimont, Slg. 2000, I-10663 Rn. 23; Rs. C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Slg. 2006, I-2941 Rn. 29. Siehe auch schon Rs. C.281/98, Angonese, Slg. 2000, I-4139 Rn. 18.

25 Vgl. zum Kooperationsverhältnis *Arnull*, The European Union and its Court of Justice, 1999, S. 51; allgemeiner zur Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens *Malferrari*, Zurückweisung von Vorabentscheidungsersuchen durch den EuGH, 2003, S. 21 ff.

26 Ausführlich *Malferrari* (o. Fn. 25) S. 163 ff.

27 Dazu *Müller-Graff*, in: Streinz (o. Fn. 7), Art. 49 EGV Rn. 70 ff.

28 Bspw. Inländervorbehalte für bestimmte Berufsgruppen, etwa Fremdenführer (EuGH, Rs. C-375/92, Kommission/Spanien, Slg. 1994, I-923 Rn. 10) oder private Sicherheitsdienste (EuGH, Rs. C-114/97, Kommission/Spanien, Slg. 1998, I-6717; Rs. C-283/99, Kommission/Italien, Slg. 2001, I-4363).

29 Hierzu gehören etwa Niederlassungserfordernisse im Erbringungsstaat (EuGH, Rs. C-493/99, Kommission/Deutschland, Slg. 2001, I-8163 Rn. 17 ff.; ähnlich schon Rs. 33/74, van Binsbergen, Slg. 1974, 1299) oder Zweitkanzleiverbote (EuGH, Rs. C-145/99, Kommission/Italien, Slg. 2002, I-2235 Rn. 20 ff.).

nistisch und sind daher grundsätzlich verboten. Art. 49 EG verbietet darüber hinaus auch solche staatlichen[30] Maßnahmen, welche „geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort regelmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern", „selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten".[31] Dazu gehört für den Gerichtshof jede nationale Regelung, welche die Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen gegenüber rein innerstaatlichen Dienstleistungen erschwert.[32] Zutreffenderweise kommt es auf diese Schlechterstellung jedoch nicht an.

Dies entspricht Sinn und Zweck der Grundfreiheiten: Einerseits sollen sie offenen oder verdeckten Protektionismus verhindern und damit die Wettbewerbschancen ausländischer Konkurrenten gegenüber inländischen Produzenten vor jeglichen Benachteiligungen schützen.[33] Darüber hinaus dienen die Grundfreiheiten aber auch der Verwirklichung des Grundsatzes vom absoluten und komparativen Kostenvorteil: Unternehmen lassen sich dort nieder, wo die günstigsten Standortbedingungen bestehen.[34] Jeder Produzent soll im ganzen Gemeinschaftsgebiet seine Waren oder Dienstleistungen so anbieten können, wie es den heimischen Standortbedingungen entspricht. Dies ist nur dann möglich, wenn die Produktfreiheiten den Marktzugang gegen sämtliche sonstigen Einfuhrerschwernisse schützen.[35] Regelungen, die das Angebot juristisch[36] oder tatsächlich[37] verhindern oder weniger attraktiv machen, unterfallen grundsätzlich dem Beschränkungsverbot.

---

30 Vgl. zu privaten Maßnahmen o. Fn. 8.

31 EuGH, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 55; so schon EuGH, Rs. 33/74, van Binsbergen, Slg. 1974, 1299 Rn. 10/12 – st. Rspr. Näher *Müller-Graff*, in: Streinz, (o. Fn. 7), Art. 49 EGV Rn. 84 ff.

32 In seinen Schlussanträgen hat GA *Poiares Maduro* den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit auf ein Diskriminierungsverbot reduziert (verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Nr. 55 ff., insb. Nr. 58) und folgerichtig die italienische Honorarregelung nur unter dem Gesichtspunkt einer direkten und indirekten Diskriminierung geprüft (Schlussanträge, Nr. 60 ff.).

33 S. *Müller-Graff*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 28 EG Rn. 32 f.

34 S. *Müller-Graff*, Wettbewerbsregeln des Gemeineuropäischen Binnenmarkts, 1991, S. 4 ff.; zur Niederlassungsfreiheit näher *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 1973, S. 121; *Everling*, Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987 – dargestellt an den Kapiteln Niederlassungsrecht und Dienstleistungen des EWG-Vertrages, in: FS von der Groeben, 1987, Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987 dargestellt an den Kapiteln Niederlassungsrecht und Dienstleistungen des EWG-Vertrages, S. 111, 113 ff.; *W.-H. Roth*, Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in: GS Knobbe-Keuk (1997), Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, S. 729, 737 ff.; *Troberg/Tiedje*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Vorb. Art. 43 Rdnr. 10; *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EG – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht, 2000, S. 29; *Schnichels*, Die Reichweite der Niederlassungsfreiheit, 1995, S. 26 f.

35 *Müller-Graff*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 28 EG Rn. 5, 34 f.

36 Z. B. durch das zwingende Erfordernis einer Niederlassung oder eines Diploms im Erbringungsstaat, bei Waren Produktvorschriften u. ä.

Allerdings ist nicht *jede* irgendwie geartete Behinderung der Wirtschaftsfreiheit eine gemäß Art. 49 EG relevante Behinderung. *Nichtbenachteiligende* staatliche Maßnahmen, die sich nicht auf den Marktzugang beziehen, sind grundsätzlich selbst dann mit den Grundfreiheiten vereinbar, wenn sie die wirtschaftlichen Freiheiten einschränken; diese Begrenzung des Behinderungsverbots resultiert aus der normativen Unvollkommenheit des Binnenmarkts: Die Mitgliedstaaten sollen in ihrem innerstaatlichen Bereich einen von den Grundfreiheiten reservierten Bereich eigener Regelungshoheit behalten.[38] Daher ist der Schutzbereich des Beschränkungsverbots der Grundfreiheiten primär auf den Marktzugang konzentriert.[39]

Entwickelt wurde diese Einschränkung des Schutzbereichs der Grundfreiheiten in der *Keck*-Entscheidung, welche die Auslegung des Art. 28 EG (Warenverkehrsfreiheit) gegenüber einer französischen Preisregelung betraf. Nach französischem Recht war es Endverkäufern untersagt, ihre Produkte unter ihrem Einkaufspreis zu verkaufen. Ein solches Verbot könnte höhere Durchschnittspreise zur Folge haben und damit den Verkauf und folglich auch den Import von Produkten beeinflussen.[40] Der Gerichtshof verneinte gleichwohl eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit, da das unterschiedslos wirkende französische Verbot als „bestimmte Verkaufsmodalität"[41] nicht den Marktzugang versperrte oder stärker behinderte.[42] Ähnlich hat der Gerichtshof in *Belgapom* entschieden.[43] Die dort sachgegenständliche belgische Rechtsnorm verbot Händlern den Verkauf von Erzeugnissen zum Verlustpreis oder mit nur geringer Gewinnspanne. Auch hierin sah der Gerichtshof lediglich eine „bestimmte Verkaufsmodalität", die sich nicht auf den Marktzugang auswirkte.

Der EuGH hat in diesen knapp begründeten Entscheidungen, die in ihrem Kern (nicht im Hinblick auf die *Keck*-Formel[44]) jedenfalls auf die ähnlich gelagerte Dienst-

---

37 Z. B. Nutzungsbeschränkungen, die den Verkauf einer Ware praktisch unmöglich machen, dazu GA Kokott, Rs. C-142/05, Åklagaren/Mickelsson, noch nicht in Slg., 47 ff., 64 ff.

38 Hierzu *Steindorff*, Unvollkommener Binnenmarkt, ZHR 158 (1994), 149, 162 f.; *Kainer* (o. Fn. 8), S. 140 ff. Zum Fortbestehen von Rechtsunterschieden als Kennzeichen des europäischen Binnenmarkts s. nur *Rittner*, Die wirtschaftsrechtliche Ordnung der EG und das Privatrecht, JZ 1990, 838, 842; ferner *Wesser*, Grenzen zulässiger Inländerdiskriminierung, 1995, S. 65 ff., 83 ff.; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 87 ff.; *Everling*, Das Niederlassungsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, DB 1990, 1853, 1857 f.

39 Deutlich in EuGH, verb. Rs. C-267 und 268/91, Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097 Rn. 17; ähnlich, wenn auch ohne den nicht weiterführenden Begriff der „bestimmten Verkaufsmodalitäten" Rs. C-384/93, Alpine Investments, Slg. 1995, I-1141 Rn. 38 f. Ausführlich dazu *Kainer* (o. Fn. 8), S. 98 ff., 119; *W.-H. Roth*, in: Gedächtnisschrift für Knobbe-Keuk (o. Fn. 34), S. 729, 737 ff.;

40 Vgl. GA *Van Gerven*, verb. Rs. C-267 und 268/91, Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097 Nr. 5.

41 Zum Begriff kritisch *Müller-Graff*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 28 Rn. 247 ff.

42 EuGH, Rs. 267, 268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097 Rn. 16 f.

43 EuGH, Rs. C-63/94, Belgapom, Slg. 1995, I-2467 Rn. 11 f.

44 Demnach sind „bestimmte Verkaufsmodalitäten" mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar, wenn sie eingeführte Waren nicht diskriminieren. Vgl. *Müller-Graff*, in: Streinz (o. Fn. 7), Art. 49 Rn. 88.

leistungsfreiheit übertragbar sind,[45] implizit den Normzweck der Warenverkehrsfreiheit präzisiert: Nichtdiskriminierende Beschränkungen verletzten nur dann die Warenverkehrsfreiheit, wenn sie den Marktzugang betreffen. Der Marktzugang bezeichnet bei den Produktfreiheiten das erste Angebot einer Ware oder Dienstleistung auf dem mitgliedstaatlichen Teilmarkt.[46] Eine Norm, die spezifische Anforderungen für das Produkt selbst normiert, beschränkt den Marktzugang dadurch, dass in der Folge nicht konforme Produkte nicht verkauft werden dürfen.

Sog. „bestimmte Verkaufsmodalitäten"[47] betreffen dagegen nicht das *erste* Angebot auf dem Markt (also die Privatautonomie des Importeurs) und sind daher nicht marktzugangsbezogen. Sie beschränken alleine die Privatautonomie des nicht grenzüberschreitend tätigen Händlers. Auch Nutzungsbeschränkungen setzen nicht am Marktzugang an, da sie lediglich die Freiheit der Nutzer und nicht diejenige des Importeurs betreffen. Verkaufsmodalitäten und Nutzungsbeschränkungen können allerdings ausnahmsweise dann rechtfertigungsbedürftig sein, wenn sie eine prohibitive Wirkung entfalten und damit wie eine Marktzugangssperre wirken.[48]

Im Ergebnis zeigt sich: Grundfreiheiten haben zwei Gewährleistungsebenen: Sie schützen gegen Ungleichbehandlungen gleich welcher Art (seien es marktzugangsbezogene, produktbezogene Regelungen, Verkaufsmodalitäten oder Nutzungsmodalitäten). Denn benachteiligende Regelungen beeinträchtigen die (vorbehaltlich einer Rechtfertigung) absolut geschützte *Wettbewerbsgleichheit*. Maßnahmen, die keine benachteiligende Wirkung entfalten, sind nur dann als Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigungsbedürftig, wenn sie den Marktzugang behindern. Auf diese Weise dienen die vier Grundfreiheiten einer optimalen Allokation von

---

45 Vgl. EuGH, Rs. C-384/93, Alpine Investments, Slg. 1995, I-1141; Rs. 442/02, Caixa Bank France, Slg. 2004, I-8961 Rn. 12 (zur Niederlassungsfreiheit); dazu (wie hier) *Becker*, Voraussetzungen und Grenzen der Dienstleistungsfreiheit, (Besprechung von EuGH, U. v. 10. 05. 1995 – Rs. C-384/93 – = NJW 1995, 2541), NJW 1996, 179, 180 f.; *Eberthartinger*, Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten, EWS 1997, 43, 49 f.; *Kort*, Schranken der Dienstleistungsfreiheit im europäischen Recht, JZ 1996, 132, 136; *Reuthal*, Verstößt das deutsche Irreführungsverbot gegen Artikel 30 EGV?, WRP 1997, 1154, 1158; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 61 f.; *A. Meyer*, Europäischer Binnenmarkt und produktspezifisches Werberecht, GRUR Int. 1996, 697, 706; *Kainer* (o. Fn. 8), S. 110 ff.; a. A. etwa *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts. Der EuGH als Zivilrichter, 1998, S. 98; *Hatzopoulos*, Case C-384/93, *Alpine Investments*, CMLR 1995, 1427, 1436 ff.; *Sack*, Staatliche Werbebeschränkungen und die Art. 30 und 59 EG-Vertrag, WRP 1998, 103, 112; *v. Wilmowsky*, Ausnahmebereiche gegenüber EG-Grundfreiheiten?, EuR 1996, 362, 370 f.

46 Näher *Kainer* (o. Fn. 8), Unternehmensübernahmen, S. 158 ff.

47 Z. B. das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis (EuGH, verb. Rs. C-267 und 268/91, Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097, S. I-6131 Rn. 16 f.) oder mit nur minimaler Gewinnspanne (Rs. C-63/94, Belgapom, Slg. 1995, I-2467 Rn. 11 f.), Sonntagsverkaufsverbote (EuGH, verb. Rs. C-418 u. a./93, Semeraro Casa Uno u. a., Slg. 1996, I-2975 Rn. 24) oder bestimmte Werbebeschränkungen (EuGH, Rs. C-292/92, Hünermund/Landesapothekenkammer Baden-Württemberg, Slg. 1993, I-6787 Rn. 21).

48 So GA Kokott, Rs. C-142/05, Åklagaren/Mickelsson, noch nicht in Slg., 47 ff., 64 ff., *Kainer* (o. Fn. 8), S. 160 f.

Produktionsfaktoren und aktivieren maximale Effizienzen sowie eine optimale wirtschaftliche Entwicklung im Binnenmarkt.[49]

(2) Die einzelnen Preisregelungen

(a) Höchst- und Mindestpreise: Der Fall Cipolla

Es stellt sich damit die Frage, ob Höchst- und Mindestpreise, wie sie der *Cipolla*-Entscheidung zugrunde lagen, diskriminierende Wirkung entfalten oder den Marktzugang beschränken. Während Generalanwalt *Poiares Maduro* sich zur Begründung einer Verletzung der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG unter Berufung auf die ältere Rechtsprechung des EuGH zu Preisregelungen[50] auf das Diskriminierungsverbot gestützt hat,[51] prüft der Gerichtshof die italienischen Mindestpreise[52] unter dem Gesichtspunkt der unterschiedslosen Beschränkung. Mindestpreise qualifiziert er als Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, weil sie den Marktzugang erschweren: zum einen, weil ausländische Rechtsanwälte, die im Gegensatz zu ihren inländischen Konkurrenten noch nicht über einen Mandantenstamm verfügen, nicht durch günstige Angebote wirksame Konkurrenz machen können;[53] zum anderen, weil Nachfrager von Rechtsberatungsleistungen in Italien vom möglicherweise günstigeren Angebot aus dem Ausland abgeschnitten würden (Beschränkung der passiven Dienstleistungsfreiheit).[54]

---

49 S. *Kainer*, Rechtswahlfreiheit durch das Herkunftslandprinzip der Niederlassungsfreiheit, in: Marc Liebscher (Hrsg.), Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Deutschland und Polen, im Erscheinen, sub 3b.

50 EuGH, Rs. 65/75, Tasca, Slg. 1976, 291 Rn. 26/28; Rs. 82/77, van Tiggele, Slg. 1978, 25 Rn. 13; Rs. 231/83, Cullet, Slg. 1985, 305 Rn. 29; Rs. 80, 159/85, EDAH, Slg. 1986, 3359 Rn. 11; Rs. C-287/89, Kommission/Belgien, Slg. 1991, I-2233 Rn. 16. Ebs. *Moench*, Der Schutz des freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt. Zur Auslegung der Art. 30, 34, 36 EWGV in der Rechtsprechung des EuGH, NJW 1982, 2689, 2698; s. ferner *Leible*, in: Grabitz/Hilf, Art. 28 Rn. 39; *Müller-Graff*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 28 EGV Rn. 139 ff.; *Schwarze*, Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2000, 613, 622.

51 GA *Poiares Maduro*, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Nr. 63–65.

52 Auf die Höchstpreisregelungen ist der Gerichtshof nicht eingegangen, weil in den Ausgangsverfahren nur die Mindestpreisregelung entscheidungserheblich war. Insoweit sah Generalanwalt *Poiares Maduro* eine Benachteiligung in der durch Reisekosten bzw. höhere Kosten am Sitzort des ausländischen Rechtsanwalts entstehenden Verringerung der Gewinnspanne gegenüber seinen italienischen Konkurrenten: GA *Poiares Maduro*, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Nr. 67–70. S. auch EuGH, Rs. 13/77, INNO/ATAB, Slg. 1977, 2115 Rn. 50/54; Rs. 65/75, Tasca, Slg. 1976, 291 Rn. 26/28; Rs. 88–90/75, SADAM, Slg. 1976, 323 Rn. 33/36; Rs. 259/88, Kommission/Belgien, Slg. 1991, I-1306 Rn. 7.

53 EuGH, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 59: In den Mindesthonoraren liegt eine Beschränkung wirksamer Konkurrenz.

54 EuGH, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 60. Hier wird der Bezug zur Wettbewerbs*freiheit* ganz deutlich.

Kern der Argumentation des Gerichtshofs ist also die am Marktzugang ansetzende nachteilige (nicht: *benachteiligende*) Wirkung von Preisregelungen.[55] Direkte Preisregelungen, insb. Mindest- und Höchstpreise sind marktzugangsbezogen, weil sie am ersten Angebot auf dem Markt anknüpfen. Mindestpreise versperren zwar nicht den Marktzugang, machen ihn aber weniger attraktiv: Durch das Verbot eines günstigeren Preises wird die grenzüberschreitende Privatautonomie an einem neuralgischen Punkt getroffen, da Mindestpreise ausländischen Dienstleistern, dies haben sowohl der Generalanwalt wie auch der Gerichtshof zutreffend herausgehoben, möglicherweise bestehende spezifische Wettbewerbsvorteile nehmen.[56] Eben die Gewährleistung des Exports von wirtschaftlichen Leistungen (Waren und Dienstleistungen) zu den Bedingungen des Herkunftstaats ist aber eine Kernfunktion der Produktfreiheiten[57] und dient der Verwirklichung komparativer Kostenvorteile als Teil des Binnenmarktprinzips. Dasselbe gilt für Höchstpreise, weil von ihnen jedenfalls eine potentiell abschreckende oder gar marktzugangsversperrende Wirkung ausgeht.

(b) Festpreise

Schreibt der Staat den Marktteilnehmern feste Preise vor (absolute Preisregelungen), so ist die Argumentation in Bezug auf Höchst- oder Mindestpreise übertragbar. Festpreise beschränken die Preisbildung noch stärker: Mindest- und Höchstpreise fallen gewissermaßen zusammen. Daher stellen sie in gleicher Weise eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar.

(c) Das Verbot von Erfolgshonoraren

Ähnlich wie ein Mindestpreis wirkt das (in einer Mindesthonorarregelung teilweise enthaltene) Verbot von Erfolgshonoraren. Beim Erfolgshonorar steht die Vergütung des Rechtsanwalts unter der Bedingung des Erreichens eines vertraglich festgelegten Ziels (z. B. der erfolgreichen Geltendmachung eines Anspruchs). Sowohl in Deutschland als auch in Italien sind Erfolgshonorare verboten (§ 49b Abs. 2 S. 1 BRAO). Das Verbot einer solchen Honorargestaltung beeinflusst die Preisbildung, indem es die Rechtsanwälte zu durchschnittlichen Preisen zwingt, und nimmt insbesondere dem grenzüberschreitend tätigen Rechtsberater ein wirksames Mittel zum Marktzugang auf dem inländischen Rechtsberatungsmarkt. Mit dem Argument, dass die Rechtsberatung nur im Erfolgsfall zu bezahlen ist, wird im übrigen so manche Rechtsverfolgung erst möglich. Daher ist auch ein Erfolgshonorarverbot rechtfertigungsbedürftig.[58]

---

55 A. A. aber offenbar GA *Poiares Maduro*, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Nr. 55 ff., insb. 58, 63 ff., der (lediglich) eine Diskriminierung prüft.

56 So schon EuGH, Rs. 82/77, van Tiggele, Slg. 1978, 25 Rn. 16/20. Übrigens kann es nicht darauf ankommen, dass im konkreten Fall tatsächlich Wettbewerbsvorteile des Importeurs beschränkt werden, weil nach der Rechtsprechung des EuGH auch potentielle Behinderungen erfasst werden, vgl. *Müller-Graff*, in: Streinz (o. Fn. 7), Art. 49 Rn. 85.

57 S. *Müller-Graff*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 28 Rn. 5, 32 ff.

58 Ebs. GA *Poiares Maduro*, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Nr. 73; nunmehr auch BVerfG, NJW 2007, 979 Nr. 59. Skeptisch OLG Celle, NJW 2005, 2160, 2161.

(d) Staatliche Regelungen, die indirekt auf die Preise wirken

Indirekt wirkende Regelungen setzen zwar keine Preise fest, wirken aber auf die Preisbildung ein. Staatlich festgesetzte Handelsspannen schränken z. B. die Händler bei der Festlegung ihrer Gewinnmargen ein, was sich indirekt auf die Preise auswirkt. Der *Keck*-Entscheidung des EuGH lag ein solcher Fall zugrunde: Das Verbot von negativen Handelsspannen (Verkauf unter Einstandspreis) verstößt demnach nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit, weil es den Marktzugang des Produkts nicht beeinträchtigt. Beschränkt ist alleine die Preisbildungs- und Wettbewerbsfreiheit des *nicht grenzüberschreitend tätigen* Händlers.[59] Letztlich fehlt dem Eingriff damit das spezifisch grenzüberschreitende Moment. Jedoch muss differenziert werden: Richtet sich die Regelung nämlich an einen grenzüberschreitend tätigen Importeur oder Dienstleister, so ist die grenzüberschreitende Privatautonomie eingeschränkt. Dies hat die Rechtsprechung bislang noch nicht erkannt, entsprechende Fälle wurden unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung geprüft: Der Gerichtshof hat feste Handelsspannen dann für rechtfertigungsbedürftig gehalten, wenn die Handelsspanne den Importeur benachteiligt; insbesondere, wenn Transport- und Einfuhrkosten nicht berücksichtigt werden, so dass der Gewinn des Importeurs gegenüber seinen inländischen Konkurrenten geringer ausfällt.[60] Das folgende Beispiel zeigt aber, dass im Einzelfall eine vorgeschriebene feste Handelsspanne auch beschränkend auf den Marktzugang wirken kann. So wäre der Import für einen grenzüberschreitend tätigen Händler, der etwa aufgrund geschickter Verhandlung oder eines Mengenrabatts in der Lage ist, besonders günstig beim Hersteller einzukaufen, weniger attraktiv, wenn er aufgrund der festen Handelsspanne niedrigere Preise verlangen müsste, als sie sich im Wettbewerb in anderen Mitgliedstaaten bilden. Der Verkauf hätte nämlich zur Folge, dass Arbitrageure die günstigen Preise aufgrund fester Handelsspannen nutzen könnten, um die Produkte im Parallelimport in dritten Staaten anzubieten, was einen allgemeinen Preisverfall zur Folge hätte und vom Angebot im betroffenen Markt abhalten würde. Es wird deutlich, dass Regeln, die Importeure festen Handelsspannen unterwerfen, nicht nur rein innerstaatliche Wirkung haben. Das *Keck*-Privileg greift daher für solche Fälle nicht ein.

(e) Sonstige preisbeeinflussende Regelungen

Indem staatliche Eingriffe in den Wirtschaftsverkehr Rahmenbedingungen setzen, wirken sie sich in den meisten Fällen auch in irgendeiner Form auf die Gestehungs- oder Marketingkosten aus. So zwingen zusätzliche Aufklärungspflichten Unternehmen zur Einstellung von neuen Mitarbeitern, führt ein strengeres Gewährleistungsrecht zu teuren Reparaturen oder Neubeschaffungen oder beansprucht das Erfordernis eines Diploms zeit- und geldintensive Ausbildungszeiten. Der EuGH selbst argumentiert, dass eine Einfuhr weniger attraktiv wird, wenn mitgliedstaatliche Regelungen zu zusätzlichen Kosten führen.[61] Solche mitgliedstaatlichen Maßnahmen,

59 Vgl. etwa EuGH, Rs. 82/77, van Tiggele, Slg. 1998, 25 Rn. 16/20.

60 EuGH, Rs. 188/86, Lefèvre, Slg. 1987, 2963 Rn. 12 f.

61 EuGH, Rs. C-391/92, Kommission/Griechenland, Slg. 1995, I-1621 Rn. 18; Rs. C-470/93, Mars, Slg. 1995, I-1923 Rn. 13; Rs. C-189/95, Franzén, Slg. 1997, I-5009 Rn. 71.

ebenso wie Steuern, wirken sich auf die Preise aus. Soweit jedoch der Waren- oder Dienstleistungsverkehr *alleine* aufgrund höherer Preise beeinträchtigt wird, sind die zugrunde liegenden Maßnahmen mit den Grundfreiheiten vereinbar. Anders ist es nur dann, wenn die kostenerhöhenden Regelungen unmittelbar am Marktzugang ansetzen (dann aber in der Regel diskriminierend), quasi prohibitiv[62] oder diskriminierend[63] wirken. Hinzuzufügen ist noch, dass kostensenkende staatliche Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt der Beihilfekontrolle (Art. 87 EG) binnenmarktrelevant sein können, wenn sie ein Unternehmen selektiv begünstigen (insb. bei der Subvention).

(3) Zwischenergebnis

Staatliche Preisregelungen stellen grundsätzlich Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr dar und sind rechtfertigungsbedürftig. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Regelung an einen rein innerstaatlichen Vorgang anknüpft und deswegen nicht auf den Marktzugang ausstrahlt.

c) Rechtfertigung durch zwingende Allgemeininteressen? Prüfung am Beispiel der *Cipolla*-Entscheidung

Nicht offen diskriminierende Beschränkungen[64] der Grundfreiheiten können durch zwingende und nichtwirtschaftliche[65] Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt werden, sofern die jeweilige Maßnahme geeignet ist, das dem Allgemeinwohl dienende Ziel zu erreichen und nicht über das hierzu Erforderliche hinausgeht.[66] Zu den schutzwürdigen Interessen, die mit Preisregelungen verbunden sein können, gehören nach ständiger Rechtsprechung der Verbraucherschutz,[67] aber auch die Aufrechter-

62 Dazu *Kainer* (o. Fn. 8), S. 160 f. m. w. N. Beispielhaft wären prohibitiv wirkende Luxussteuern oder Nutzungsbeschränkungen.

63 Diskriminierende oder protektionistisch wirkende preiserhöhende Maßnahmen sind in jedem Fall grundfreiheitenrelevant; vgl. dazu auch die nach Art. 90 Abs. 1 EG unzulässigen Sondersteuern für stärkere Kraftfahrzeuge, die nach Einschätzung des EuGH alleine importierte Fahrzeuge betrafen: EuGH, Rs. 112/84, Humblot, Slg. 1985, 1367 Rn. 15.

64 Zum Problem der Einbeziehung von versteckten Diskriminierungen in die Rechtfertigung mit zwingenden Allgemeininteressen *Müller-Graff*, in: Streinz (o. Fn. 7), Art. 49 EGV Rn. 106.

65 Zum Ausschluss wirtschaftlicher Ziele EuGH, Rs. 352/85, Bond van Adverteerders/Niederlande, Slg. 1988, 2085 Rn. 34; Rs. C-288/89, Stichting Collectieve, Slg. 1991, I-4007 Rn. 11; Rs. C-353/89, Kommission/Niederlande, Slg. 1991, I-4069 Rn. 15; Rs. C-158/96, Kohll, Slg. 1998, I-1931 Rn. 41. Der Ausschluss von wirtschaftlichen Allgemeininteressen gilt für alle Grundfreiheiten, vgl. für die Warenverkehrsfreiheit etwa schon EuGH, Rs. 7/61, Kommission/Italien, Slg. 1961, 695, 720; Rs. 238/82, Duphar/Niederlande, Slg. 1984, 523 Rn. 23; näher *Müller-Graff*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 28 EGV Rn. 204, 226 ff.

66 S. EuGH, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 61; davor schon EuGH, Rs. C-76/90, Säger, Slg. 1991, I-4221 Rn. 15; Rs. C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Slg. 1991, I-4007 Rn. 13–15; Rs. C-19/92, Kraus, Slg. 1993, I-1663 Rn. 32; Rs. C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165 Rn. 37.

67 Vgl. z. B. EuGH, Rs. 205/84, Kommission/Deutschland, Slg. 1986, 3755 Rn. 30 ff.

haltung einer geordneten Rechtspflege[68] und der Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz.[69] Dagegen wäre der Rechtfertigungsgrund, allgemeine Preissteigerungen zu verhindern, *als solches* ein rein wirtschaftliches Ziel. Hinter wirtschaftlichen Zielen verbergen sich nämlich protektionistische Maßnahmen, die mit dem Leitbild eines gemeinschaftsweiten Wettbewerbs per se nicht vereinbar sind und daher als Rechtfertigungsgrund nicht in Betracht kommen,[70] zumal bei funktionierendem Wettbewerb überhöhte Preise langfristig keinen Bestand haben können. Preisregelungen, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen, können nur unter den Voraussetzungen der Art. 55, 46 Abs. 1 EGV gerechtfertigt werden; offen ausländerdiskriminierende Preisregelungen, die der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit dienen, sind jedoch kaum denkbar.[71]

(1) Qualitätssicherung der Rechtsberatung

Gebührenordnungen für Rechtsanwälte sollen meist dem Verbraucherschutz vor qualitativ schlechter Rechtsberatung dienen. Ein „überzogener" Wettbewerb, so ließe sich argumentieren, könnte zu einem Qualitätsverfall anwaltlicher Dienstleistungen führen. Der Gerichtshof hat diesen Gesichtspunkt im Prinzip anerkannt, die Eignung von Mindestpreisen zur Qualitätssicherung systemkonform den nationalen Gerichten zur Prüfung überlassen[72] und dabei auf die Beweislast der Mitgliedstaaten hingewiesen.[73] Dagegen lehnt GA *Poiares Maduro* die Eignung mit Hinweis auf die „wirtschaftswissenschaftliche Lehre" schon im Grundsatz ab. Es sei keineswegs erwiesen, dass die Abschaffung von Mindesthonoraren zu einer Qualitätsverschlechterung der rechtsberatenden Dienstleistungen führe,[74] zumal die Lage in Mitgliedstaaten ohne zwingende Gebührenordnungen diesen Schluss nicht unbedingt naheläge.[75] Im übrigen könne die Qualität der Rechtsberatung auch durch weniger ausgreifende Maßnahmen gesichert werden.

Einiges spricht allerdings dafür, dass Mindestsätze es Rechtsanwälten erlauben, ein auskömmliches Einkommen gerade auch bei kleineren Angelegenheiten auf Gebieten mit sehr starkem Wettbewerb zu erzielen; ungezügelter Preiswettbewerb könnte einzelne Rechtsanwälte dazu verführen, mehr Mandate (die allerdings im Wettbewerb erst akquiriert werden müssen) auf Kosten der Qualität zu bearbeiten. Umgekehrt setzt stärkerer Wettbewerb in der Regel aber gerade positive Anreize für eine höhere Qualität, während sich Höchstpreise eher dämpfend auf die Qualität von an-

68 EuGH, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 64.
69 Dazu EuGH, Rs. 222/84, Johnston, Slg. 1986, 1651 Rn. 17 ff.
70 Vgl. o. Fn. 65.
71 Zu den Begriffen näher *Müller-Graff*, in: Streinz (o. Fn. 7), Art. 46 Rn. 8 ff.
72 Im Vorabentscheidungsverfahren (Art. 234 EG) gibt der EuGH Hinweise zur Auslegung von Gemeinschaftsrecht, wendet aber nicht nationales Recht an; genausowenig subsumiert der Gerichtshof eine nationale Norm selbst unter die Grundfreiheiten.
73 Im konkreten Fall trifft die Beweislast allerdings RA *Cipolla*, der sich auf die Wirksamkeit der Mindestgebührenregelung beruft.
74 GA Poisares Maduro, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, Nr. 86.
75 GA Poisares Maduro, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, Nr. 87.

waltlichen Dienstleistungen auswirken dürften, indem sie eine vertiefte Untersuchung bei komplexen Rechtsfragen verhindern. Dies lässt es indes zweifelhaft erscheinen, ob Preisregelungen wirklich zur Qualitätssicherung erforderlich sind, da ein Zusammenhang zwischen Preis und Qualität keinesfalls zwingend ist. Im übrigen enthält der Preis idealerweise auch eine Information im Hinblick auf die Qualität der angebotenen Leistung. Diese Information fehlt, wenn der Staat einheitliche Preise vorschreibt.

Im konkreten Fall kam ein Gesichtspunkt hinzu: GA *Poiares Maduro* verwies darauf, dass in Italien Rechtsberater, die nicht als Rechtsanwälte zuglassen, unter bestimmten Voraussetzungen aber aussergerichtlich rechtsberatend tätig seien, nicht an Mindest- und Höchstpreise gebunden seien. Damit wird die Rechtfertigung zweifelhaft, weil der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung eine gewisse Konsequenz bei der Durchsetzung des verfolgten Allgemeininteresses verlangt.[76] Verhält sich der Mitgliedstaat beim Schutz von zwingenden Allgemeininteressen inkonsistent, gibt er auf diese Weise zu erkennen, dass der Schutz offenbar nicht erforderlich ist. In der Regel steckt in einem solchen Fall hinter der Maßnahme die Protektion einer Gruppe und nicht ein zwingendes Allgemeininteresse; der Gerichtshof lehnt dann die Rechtfertigung ab.[77]

(2) *Zugang zum Rechtsschutz und Chancengleichheit in der rechtlichen Auseinandersetzung*

Die deutsche Bundesregierung hatte weiter argumentiert, dass die Abschaffung von Gebührenregelungen zu individuellen, nach Zeitaufwand bemessenen Honoraren führe, was vor allem den Rechtsschutz bei kleinen Streitwerten unwirtschaftlich mache und ärmere Bürger benachteilige.[78] Weder Gerichtshof noch Generalanwalt haben sich indes diesem Argument angeschlossen. In der Tat ist es unwahrscheinlich, dass die Festlegung von Gebühren tatsächlich die von der Bundesregierung erwähnten Effekte hat. Zwar können möglicherweise Höchstgebühren zum Schutz von Rechtssuchenden mit niedrigem Einkommen beitragen, gleichzeitig mindern sie aber die Motivation des Rechtsanwalts, sich adäquat mit der Problematik zu beschäftigen. Zugleich führen Gebührenregelungen dazu, dass die Kosten für Rechtsberatung bei einfachen, schnell zu erledigenden Dingen unangemessen hoch sind. Es ist davon auszugehen, dass die Beratung bei Streitsachen mit geringem Schwierigkeitsgrad bei funktionierendem Preiswettbewerb billiger und umgekehrt eine komplizierte Rechtsverfolgung bei kleineren Streitwerten teurer würde. Im übrigen dürfte der Wettbewerb ein für die Nachfrager erträgliches Gebührenniveau ausregeln, so dass

76 Vgl. EuGH, Rs. 178/84, Kommission/Deutschland – Reinheitsgebot, Slg. 1987, 1227 Rn. 49; Rs. 179/85, Kommission/Deutschland – Schaumweinflaschen, Slg. 1986, 3879 Rn. 14; Rs. 215/87, Schumacher/Hauptzollamt Frankfurt Main, Slg. 1989, 617 Rn. 21; vgl. hierzu *W.-H. Roth*, Das Allgemeininteresse im europäischen Internationalen Versicherungsvertragsrecht, VersR 1993, 129, 137.

77 S. EuGH, Rs. 178/84, Kommission/Deutschland – Reinheitsgebot, Slg. 1987, 1227 Rn. 49.

78 Vgl. bei GA Poisares Maduro, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, Nr. 79.

auch Höchstpreisregelungen im Wettbewerb nicht erforderlich sind. Soweit der Zugang zum Rechtsschutz ausnahmsweise nicht gewährleistet ist, muss der Schutz des Zugangs zum Rechtsschutz als milderes Mittel durch die Prozesskostenhilfe sichergestellt werden.[79]

Vor dem EuGH wurde weiter geltend gemacht, dass durch Freigabe der Preise die notwendige Chancengleichheit beim Rechtsschutz eingeschränkt würde.[80] Sollten die Preise sinken, könnten Verbraucher zwar zu günstigeren Beratungsangeboten greifen, während der Gegner teure Spitzenanwälte auf Stundenhonorarbasis beschäftigt. Jedenfalls in Deutschland ließe sich das Argument nicht durchhalten, da die deutsche Rechtsanwaltsgebührenordnung lediglich Mindestgebühren kennt. Eine strenge Höchstpreisregelung dürfte aber unangemessen sein, weil sie in komplizierten Fällen die Rechtsberatung zu stark beschränkt.

(3) Gebührenregelungen als Teil eines komplexen Systems

Die deutsche Regierung hat schließlich vorgetragen, dass Gebührenregelungen i. V. m. dem Prozessrecht ein komplexes System bilden.[81] Gebührenregelungen seien für die Prozesskostenerstattung notwendig, da andernfalls der Unterlegene möglicherweise höhere Gebühren zu bezahlen habe, als sie tatsächlich berechnet würden. Dies verfängt indes nicht: Um die unterlegene Partei zu schützen, ist ein Gebührenkatalog sinnvoll, der die von ihr zu tragenden Höchstgebühren festlegt. Dieser Katalog muss aber nur das Verhältnis des Anwalts der siegreichen Partei zur unterlegenen Partei regeln; nicht regelungsbedürftig ist das Verhältnis des Anwalts zu seiner eigenen Partei.

Schliesslich überzeugt auch nicht die Überlegung, dass ein strenges Gebührenrecht es den Verbrauchern erleichtere, die auf sie zukommenden Gebühren abzuschätzen: insoweit stellen Informationspflichten ein ebenso geeignetes, aber milderes Mittel dar.[82]

(4) Die Rechtfertigung des Verbots von Erfolgshonoraren

Nicht angesprochen hat der EuGH das Verbot von Erfolgshonoraren. Hierzu hat jüngst das BVerfG entschieden. Ein vollständiges Verbot verstößt nach seiner Auffassung gegen das Grundrecht auf freie Berufsausübung:[83] Zwar ist es grundsätzlich zu rechtfertigen, allerdings erfordert das Prinzip der Verhältnismäßigkeit i. e. S. Ausnahmen.

---

79 S. dazu die Richtlinie 2002/8/EG zur Festlegung von Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe, ABl. EG 2002 Nr. L 26/41.

80 So aber die Begründung zu § 49b Abs. 2 BRAO, BT-Drs. 12/4993, S. 31.

81 Vgl. bei GA Poisares Maduro, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, Nr. 90 f.

82 GA Poisares Maduro, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, Nr. 90 f.

83 BVerfG, NJW 2007, 979 Nr. 57 ff. Kritisch zum Verbot des Erfolgshonorars auch *Hennsler* (o. Fn. 5), 339; *Undritz,* Advocatus Calculat – Erfolgshonorar und Wettbewerb, AnwBl. 1996, 113 ff.; *Kilian,* Das anwaltliche Erfolgshonorar, JurBüro 1994, 641, 647.

Als Rechtfertigungsgründe hat das BVerfG die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts,[84] den Schutz der Rechtssuchenden vor überhöhten Vergütungssätzen[85] sowie die prozessuale Waffengleichheit[86] geprüft. Der Kläger geht nämlich in Bezug auf die Kosten für den Verlustfall ein geringeres Risiko ein und kann sich u. U. auch einen teureren Anwalt leisten, der im Erfolgsfall dann aus dem wirtschaftlichen Gewinn bezahlt werden kann. Diese Möglichkeit steht dem Beklagten oft nicht zur Verfügung. Erfolgshonorare können nach Ansicht des Gerichts überdies einen Anreiz schaffen, den Erfolg „um jeden Preis" zu erreichen. Der Gesetzgeber durfte in Erfolgshonoraren insbesondere auch eine Gefahr darin sehen, dass die wirtschaftlichen Interessen des Rechtsanwalts sich mit denen seines Mandanten vermengen und hierdurch eine objektive Beratung nicht mehr gewährleistet sei. Das Verbot von Erfolgshonoraren kann diese Gefahren ausräumen; allerdings ist ein vollständiges Verbot nach Auffassung des BVerfG nicht angemessen. Die Interessen insbesondere von Rechtssuchenden, die ohne eine Übertragung des Kostenrisikos auf den Anwalt einen Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz nicht erlangen könnten, seien nicht hinreichend berücksichtigt, so dass das Gemeinwohlziel einer funktionierenden Rechtspflege „deutlich" verfehlt würde.[87] Das Gericht hat dazugefügt, dass der Verbraucherschutz durchaus wirksam durch Informationspflichten hergestellt werden könne.[88] Der Grundsatz der Waffengleichheit im Prozess muss insoweit zurückstehen. Im Ergebnis hat das BVerfG dem Gesetzgeber aufgegeben, bis zum 30. Juni 2008 eine Regelung zu finden, die für begründete Fälle Ausnahmen vorsieht; zugleich hat es festgestellt, dass das Grundgesetz einer ausnahmslosen Zulässigkeit von Erfolgshonoraren nicht entgegensteht.

In der Tat liegen Erfolgshonorare in Europa im Trend. Sie wurden in Großbritannien nach einer offenbar ermutigenden Testphase 1998 für alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten zugelassen.[89] Es scheint daher zweifelhaft, ob das deutsche Verbot die Qualität von Rechtsberatungsleistungen fördert und vom EuGH vor dem Hintergrund der *Cipolla*-Entscheidung als Rechtfertigungsgrund Gehör fände.[90]

d) Zusammenfassende Analyse

Es hat sich am Beispiel der Anwaltsgebührenregelungen gezeigt, dass jedenfalls unmittelbare, grenzüberschreitend wirksame Preisregelungen rechtfertigungsbedürftig sind. Feste Preisvorschriften, Mindest- und Höchstpreise, aber u. U. auch eher indi-

84 Vgl. die Begründung zu § 49b Abs. 2 BRAO, BT-Drs. 12/4993, S. 31; BVerfG, NJW 2007, 979 Nr. 62 ff., 84 ff.

85 BVerfG, NJW 2007, 979 Nr. 67 f., 88 ff.

86 BVerfG, NJW 2007, 979 Nr. 69, 93: Das BVerfG sieht den Beklagten in einer schwächeren Situation, da dieser das Kostenrisiko weniger effektiv durch ein Erfolgshonorar abwälzen könne.

87 BVerfG, NJW 2007, 979 Nr. 99 ff., 104 f.

88 BVerfG, NJW 2007, 979 Nr. 107.

89 Vgl. *Hennsler* (o. Fn. 5), 337 f.

90 GA Poisares Maduro, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, Nr. 94, lässt obiter dictum deutliche Zweifel an der Rechtfertigbarkeit von Erfolgshonoraren anklingen.

rekt wirkende Vorschriften wie Handelsspannen oder Rabattbeschränkungen greifen in die Preisgestaltungsautonomie ein und führen zu Preisen, die von Wettbewerbspreisen abweichen. Führt staatliche Beeinflussung zu Preisen unter dem Wettbewerbsniveau, so entgehen den Anbietern von Produkten Gewinne und der grenzüberschreitende Handel wird weniger attraktiv. Preise über dem Wettbewerbsniveau dämpfen die Nachfrage und behindern auf diese Weise den Absatz der Produkte.

Das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen des Beschränkungstatbestandes, insbesondere die Behinderung des Marktzugangs, hat der Gerichtshof im Prinzip vermutet oder unterstellt. Sein nicht substantiiertes, sondern pauschal vorgebrachtes Argument, dass Mindestpreise Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten mit geringeren Kosten hindern, wirksam Konkurrenz zu machen, passt nämlich im Grundsatz auf jede direkte Preisregelung. Damit hat der Gerichtshof im Ergebnis die Beweislast umgedreht: Unmittelbare Preisregelungen sind ein Fremdkörper in einer Wettbewerbsordnung und verletzten die Produktfreiheiten grundsätzlich,[91] es sei denn, es kann ausnahmsweise geltend gemacht werden, dass der Marktzugang in keiner Weise beeinträchtigt ist[92] oder dass zwingende Interessen die Beschränkung rechtfertigen. Bei mittelbaren Preisregelungen wird der Marktzugang dann beeinträchtigt sein, wenn sie sich an unmittelbar an Importeure richten.

Die zwingenden italienischen Mindestpreisregelungen – ähnlich wie die deutschen Gebührenregelungen – sind nur dann rechtfertigbar, wenn zwischen dem Mindestpreis und dem verfolgten Gemeinwohlgewinn, etwa der Qualität der Rechtsberatungsleistungen, ein messbarer Zusammenhang und darüber hinaus die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips nachgewiesen werden. Außerdem müssen die Mindestpreisregelungen konsequent angewendet werden. Höchstpreisregelungen können aus sozialen Gründen oder etwa zur Durchsetzung des Grundsatzes eines freien Zugangs zu hinreichendem Rechtsschutz gerechtfertigt werden. Im Regelfall sind solche Maßnahmen aber nicht erforderlich, weil weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen (etwa Prozesskostenhilfe), zumal bei funktionierendem Wettbewerb Preise und Qualität prinzipiell in besserem Verhältnis stehen als dies bei staatlichen Lenkungsmaßnahmen der Fall sein dürfte. Die Mitgliedstaaten müssen folglich den Gemeinwohlgewinn sehr genau substantiieren; in der Regel dürften Preisregelungen mit den Grundfreiheiten nicht zu vereinbaren sein.

3. Staatliche Wettbewerbsbeschränkung: Art. 10, 81 EG

Staatliche Einflussnahmen auf die Preisbildung können auch dahin gehen, private Preisabsprachen (Kartelle) zu ermöglichen, zu erleichtern oder in ihrer Wirkung zu verstärken. Solche Fälle prüft die Rechtsprechung am Maßstab der Wettbewerbsregeln des Gemeinsamen Marktes.

---

91 Vgl. demgegenüber noch: Rs. 82/77, van Tiggele, Slg. 1978, 25 Rn. 13/15; Rs. 231/83, Cullet, Slg. 1985, 305 Rn. 23; Rs. 263/99, Kommission/Italien, Slg. 2001, I-4195 Rn. 25 f.

92 Z. B. mit dem Nachweis, dass es keine Unternehmen mit niedrigeren Gestehungskosten in der Gemeinschaft gibt, die durch die Mindestpreise behindert werden.

a) Staatliche Regulierungen als Wettbewerbsbeschränkungen?

Soweit einzelne Unternehmen den Preiswettbewerb dadurch einschränken oder ausschalten, dass sie Entgelte für wirtschaftliche Leistungen vertraglich oder durch abgestimmte Verhaltensweisen fixieren, verstossen sie – sofern die sonstigen Voraussetzungen vorliegen[93] – gegen Art. 81 EG. Anstelle ihrer Unabhängigkeit bei der Festlegung von wettbewerbswirksamen Grunddaten (Preis, Menge etc.) setzen sie bindende Absprachen, so dass ein Preiswettbewerb dann nicht mehr möglich ist. Schreiben die Mitgliedstaaten eine Kartellabsprache vor, so fehlt es jedoch an einer Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit durch die Unternehmen selbst, weil ihnen a priori kein Verhaltensspielraum blieb und sie daher für die Wettbewerbsbeschränkung nicht verantwortlich sind.[94] Der Gerichtshof hat diese Lücke geschlossen: Mitgliedstaaten verstoßen in diesem Fall gegen die Pflicht zur Gemeinschaftstreue, weil sie dem Kartellverbot (Art. 81 EG) seine praktische Wirksamkeit nehmen.

Die Rechtsprechung ist allerdings noch darüber hinausgegangen: Im einzelnen sieht der Gerichtshof eine Verletzung der Art. 81 i. V. m. Art. 10 EG dann, „wenn ein Mitgliedstaat entweder gegen Art. 81 EG verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder begünstigt oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt oder wenn er seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt".[95] Allerdings kann nicht *jedes* staatliche Verhalten, das sich irgendwie beschränkend auf den Wettbewerb auswirkt, sogleich gegen Art. 81 i. V. m. Art. 10 EG verstoßen.[96] Andernfalls wäre die mitgliedstaatliche Regelungshoheit, die vom binnenmarktlichen Integrationsansatz prinzipiell aufrechterhalten wird, übermäßig eingeschränkt.[97] Die auf das Wettbewerbsprinzip gestützte Gegenansicht von Generalanwalt *Jacobs*, dass jede staatliche Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigungsbedürftig wäre,[98] überzeugt vor diesem Hintergrund nicht.

---

93 Hinzukommen muss eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs sowie eine Handelsbeeinträchtigung; im übrigen dürfen die Voraussetzungen für eine Freistellung nicht vorliegen.

94 Art. 81 EG wäre nicht anwendbar, vgl. EuGH, Rs. 40 u. a./73, Suiker Unie u. a./Kommission, Slg. 1975, 1663 Rn. 71 f. Näher *Schröter*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 81 EG Rn. 130.

95 EuGH, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 47. St. Rspr., vgl. Rs. 267/86, van Eycke/ASPA, Slg. 1988, 4769 Rn. 16; Rs. C-185/91, Reiff, Slg. 1993, I-5801 Rn. 14; Rs. C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft mbH, Slg. 1994, I-2517 Rn. 14; C-35/99, Arduino, Slg. 2002, I-1529 Rn. 34 f.

96 S. GA Poisares Maduro, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, Nr. 31; *Fetsch*, Die Vereinbarkeit der HOAI mit der EG-Dienstleistungsfreiheit, NZBau 2005, 71, 78; *Hettich*, Die Honorarregelungen der HOAI im EU-Binnenmarkt. Zugleich Anmerkung zur Entscheidung der Europäischen Kommission vom 24. 06. 2004 – COMP/38.549-PO –, NZBau 2005, 190, 191.

97 Zum Konzept des unvollkommenen Binnenmarktes vgl. o. Fn. 38.

98 GA Jacobs, Rs. C-180/98, Pavlov, Slg. 2000, 6451 Nr. 163; s. auch *Koch/Eichele*, Auswirkungen des kartellrechtlichen CIF-Urteils des EuGH auf die Anwaltschaft, (Anmerkung zu: EuGH, U. v. 09. 09. 2003 – Rs. C-198/01 -), NJW 2004, 334, 336.

Nach ständiger Rechtsprechung erfasst Art. 81 i. V. m. 10 EG nur die Regulierungen, die sich kartellverstärkend oder kartelltypisch auswirken.[99] Daher muss die Absprache, der Beschluss oder das abgestimmte Verhalten zunächst auf einen Rest von privater Handlungs- und Entscheidungsfreiheit beruhen.[100] Stellt sich die Regelung bei wertender Betrachtung als staatliches Handeln dar, weil der Staat das Ergebnis vorgeschrieben hat oder vollständig selbst verantwortet, dann fehlt es an einem kartelltypischen Verhalten, das vom Staat unterstützt wird. In solchen Fällen sind Art. 81, 10 EG nicht verletzt und die entsprechenden staatlichen Maßnahmen alleine an den Grundfreiheiten zu messen. Ein Indiz ist für den Gerichtshof dabei die Frage, ob die unter Beteiligung Privater gefundene Regelung eher dem allgemeinen Interesse (dann staatlich) oder privaten Interessen dient. Ist das private Gremium durch Verfahrensvorschriften und leitende Regelungen auf das Allgemeinwohl verpflichtet, lenkt also der Staat die Preisfindung im Ergebnis überwiegend, dann handelt es sich um eine staatliche Intervention.[101] Dasselbe gilt, wenn sich der Staat die Letztentscheidung vorbehält und damit die Angemessenheit der Preise im Verhältnis zum Allgemeinwohl überwacht.[102]

Daneben stellt sich die Frage, ob ein Mitgliedstaat eine an sich verbotene Einwirkung auf den Wettbewerb rechtfertigen kann. Hierzu hat der Gerichtshof bislang noch nicht entschieden, jedoch stellt sich die Möglichkeit einer Rechtfertigung mit zwingenden Gründen des Allgemeininteresses als eine konsequente Fortsetzung der allerdings aus anderen Gründen kritisch zu bewertenden[103] Wouters-Rechtsprechung[104] dar. Wenn schon ein wettbewerbsbeschränkender Beschluss einer Unternehmensvereinigung mit zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann, so muss dies erst recht für Maßnahmen von Mitgliedstaaten gelten, die im Allgemeininteresse die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln vermindern.[105] Denkbar ist schliesslich, dass die Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Aufrechterhaltung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erforderlich und damit zulässig ist (Art. 86 Abs. 2 EG).

b) Die italienische Honorarregelung

Bei der italienischen Honorarregelung hat der Gerichtshof im Einklang mit seiner früheren Rechtsprechung schon den Tatbestand der Art. 81 i. V. m. Art. 10 EG abgelehnt. Zu Recht: Zwar ist der Nationale Rat der Rechtsanwälte (Consiglio nazionale

99 Vgl. *Schwarze*, (o. Fn. 50), 618 ff., 620 f.

100 S. *Schröter*, in: Groeben/Schwarze (o. Fn. 9), Art. 81 EG Rn. 134; *Schwarze*, (o. Fn. 50), 621.

101 EuGH, Rs. C-35/99, Arduino, Slg. 2002, I-1529 Rn. 37 mit Nachweisen. Vgl. auch GA Poiares Maduro, verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, Nr. 33.

102 EuGH, Rs. C-35/99, Arduino, Slg. 2002, I-1529 Rn. 40 ff.

103 Vgl. grundlegend *Lenk*, Die Ausnahme standesrechtlicher Werbeverbote aus dem EG-Kartellrecht, 2006, S. 245 ff.

104 EuGH, Rs. C-309/99, *Wouters*, Slg. 2002, I-1577: Verstöße von Unternehmensvereinigungen gegen das Kartellverbot können mit Zielen des allgemeinen Interesses gerechtfertigt werden.

105 GA *Jacobs*, Rs. C-180–184/98, Pavlov u. a., Slg. 2000, I-6451 Nr. 163.

forense), der die Gebührenordnung ausarbeitet und als Unternehmensvereinigung an Art. 81 EG gebunden ist, nicht förmlich an die Interessen der Allgemeinheit gebunden,[106] der italienische Staat behält sich aber die Letztentscheidungsbefugnis vor. Der Minister kann eine Änderung des Vorschlags durchsetzen, und auch die Gerichte können – unter allerdings aussergewöhnlichen Umständen – von den festgelegten Gebühren abweichen.[107] Damit erweist sich die italienische Honorarregelung als primär staatliche Maßnahme, die nicht gegen Art. 10, 81 EG verstösst.

c) Die deutsche Rechtsanwaltsvergütung

Für die deutsche Rechtsanwaltsvergütung gilt nichts anderes. Da BRAO und RVG als staatliche Gesetze die Entgelte für deutsche Rechtsanwälte festsetzen (s. o.) und keine Kartellabrede vorschreiben oder in ihren Wirkungen verstärken oder Entscheidungsbefugnisse auf Private delegieren, kommt die Anwendung der Art. 81 i. V. m. Art. 10 EG nicht in Betracht.

V. Ergebnis

Die vorstehenden Überlegungen lassen sich in folgende Thesen zusammenfassen:

1. Der europäische Binnenmarkt ist auf die Schaffung eines gemeinschaftsweiten Wettbewerbs gerichtet. Voraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb ist die Selbststeuerung des Marktes und damit die Gewährleistung der Privatautonomie.

2. Freie Preisbildung und folglich Freiheit von Preisregelungen sind ein essentieller Teil des freien Wettbewerbs. Staatliche Eingriffe in die Preisbildung stören den Wettbewerb und können, wenn sie den innergemeinschaftlichen Handel betreffen, gegen das Binnenmarktrecht verstoßen. Ansatzpunkte sind zum einen die Grundfreiheiten und zum anderen das an die Mitgliedstaaten gerichtete Verbot, private Preisabsprachen vorzuschreiben oder zu fördern bzw. staatliche Befugnisse insoweit auf Private zu übertragen.

3. Die Produktfreiheiten (Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit) verbieten – vorbehaltlich einer Rechtfertigung – Preisregelungen, wenn diese entweder diskriminierende Wirkungen haben oder am Marktzugang anknüpfen. Letzteres ist bei Preisregelungen, die unmittelbar bestimmte Preise verbieten (Höchst-, Mindest-, Festpreise oder das Verbot von Erfolgshonoraren), der Fall.

---

106 EuGH, Rs. C-35/99, Arduino, Slg. 2002, I-1529 Rn. 38; verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 49. Vgl. dagegen EuGH, Rs. C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft mbH, Slg. 1994, I-2517 Rn.15–18: Dort waren die Mitglieder der Frachtenausschüsse ehrenamtlich tätig und nach § 21 BinnSchVG auf die bestimmte weitere Allgemeininteressen verpflichtet; daher handelte es sich bei der Tariffestlegung dort nicht um Preisabsprachen der beteiligten Unternehmensverbände (dann: Kartellabsprache), sondern um eine staatliche Preisfindung.

107 EuGH, Rs. C-35/99, Arduino, Slg. 2002, I-1529 Rn. 40–42; verb. Rs. C-94 und 202/04, Cipolla, noch nicht in Slg., Rn. 49.

4. Indirekte Preisregelungen, welche nicht direkt in die Preisbildung eingreifen, sich aber auf sie auswirken (an Händler gerichtete Verbote des Verkaufs unter Einstandspreis oder mit minimaler Gewinnspanne), sind nur dann rechtfertigungsbedürftig, wenn sie den Marktzugang betreffen oder prohibitive Wirkungen entfalten.

5. Eine Rechtfertigung von direkten Preisregelungen ist in einer Wettbewerbsordnung schwer begründbar. Der Allgemeinwohlgewinn, der sich nicht in wirtschaftlichen Interessen erschöpfen darf, muss konkret dargelegt werden; im Regelfall dürfte ein funktionierender Preiswettbewerb den Interessen der Verbraucher und auch der Allgemeinheit besser dienen. An die Voraussetzung der Rechtfertigung (Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit) sind strenge Anforderungen zu stellen, die von den Mitgliedstaaten nachgewiesen werden müssen.

6. Rechtsanwaltliche Gebührenordnungen sind wegen ihres Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit rechtfertigungsbedürftig. Ihr Gemeinwohlgewinn ist vor dem EuGH nicht zweifelsfrei nachgewiesen worden; wenngleich der EuGH keine abschließende Entscheidung getroffen hat, ist fraglich, ob die geltenden Regelungen in Italien und Deutschland geeignet und erforderlich sind, insb. die Qualität der Rechtsberatung und die Funktionsfähigkeit des Rechtssystems zu sichern.

7. Dagegen werden staatliche Preisregelungen nicht am Maßstab des Wettbewerbsrechts (Art. 81 i. V. m. Art. 10 EG) gemessen, weil ihnen jede kartelltypische Qualität fehlt.

Rechtsprechungsanalyse

Dr. Stephan Scherer/Diplomjuristin Lisa Schumacher*

Verfassungswidrigkeit der Erbschaftsteuer

Abstract

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichtes hat in seinem mit Spannung erwarteten Beschluss vom 7. November 2006 (NJW 2007, 573) § 19 Abs. 1 ErbStG für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt. Das Gericht hat den Gesetzgeber verpflichtet spätestens bis zum 31. Dezember 2008 eine Neuregelung zu treffen. Bis dahin ist das bisherige Recht weiter anwendbar.

Der Beitrag erläutert die Grundzüge des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichtes zur Erbschaftsteuer. Eingegangen wird hierbei auf den Grund der Verfassungswidrigkeit des geltenden Erbschaftsteuersystems sowie auf die Vorgaben, die das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber sowohl für eine Neuregelung gemacht hat als auch auf das, was für den Interimszeitraum gilt. Im Anschluss daran werden ausgewählte Auswirkungen der Bundesverfassungsgerichtsbeschlusses auf das künftige Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht analysiert und auf Punkte verwiesen, an denen eine Vereinfachung der Erbschaftsteuer ansetzen könnte, ohne dass damit den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts widersprochen werden würde.

* *Dr. Stephan Scherer* ist Rechtsanwalt und Partner der internationalen Sozietät Shearman & Sterling LLP. Er ist Fachanwalt für Erbrecht. Nähere Informationen vergleiche unter http://www.shearman.com/de/sscherer
Lisa Schumacher ist Mitarbeiterin der internationalen Sozietät Shearman & Sterling LLP, Mannheim.

I. Sachverhalt

Das Bundesverfassungsgericht hatte sich auf die Vorlage gem. Art. 100 Abs. 1 GG durch den Zweiten Senat des Bundesfinanzhofes vom 22. Mai 2002, II R 61/99[1] mit der Frage zu befassen, ob § 19 Abs. 1 ErbStG, der einheitliche Steuertarife für alle Erwerbsvorgänge vorsieht, wegen gleichheitswidriger Ausgestaltung der Bemessungsgrundlagen für unterschiedliche Vermögensarten einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG beinhaltet und somit verfassungswidrig ist.

Dem Ausgangsverfahren lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Erblasserin hinterließ ihrer Nichte und Alleinerbin einen auf die Verschaffung von Wohnungseigentum gerichteten Anspruch. Die Eigentumswohnung war bereits vollständig bezahlt sowie übergeben. Der Antrag, die Eigentumsänderung zugunsten der Erblasserin im Grundbuch zu vollziehen war bereits gestellt, aber die Erblasserin war zum Zeitpunkt ihres Todes noch nicht als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Die Eintragung der Erblasserin als Eigentümerin erfolgte erst nach dem Erbfall. Das zuständige Finanzamt sah sich wegen der fehlenden Eintragung der Erblasserin als Eigentümerin der Eigentumswohnung dazu verlasst, als Bemessungsgrundlage der Erbschaftsteuer nicht das bereits an die Erblasserin aufgelassene Wohnungseigentum, sondern den auf die Verschaffung des Eigentums gerichteten Anspruch heranzuziehen. Diesen Anspruch bewertete das Finanzamt mit dem Nennwert des Kaufpreises, hier also mit 343 000 DM, während der vom Lagefinanzamt festgestellte Grundbesitzwert dagegen nur 127 000 DM betrug. Die unterschiedliche Bewertung kam dadurch zustande, dass sich die Bemessungsgrundlage für die Erbschaft- und Schenkungsteuer nach dem Bewertungsgesetz richtet. Das Bewertungsgesetz geht zwar bei der Wertermittlung in der Regel vom Verkehrswert aus (vgl. § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 9 Abs. 1 BewG), sieht davon allerdings in vielen Fällen Ausnahmen vor, weshalb von einer einheitlichen Bewertung der einzelnen Vermögensgegenstände nicht gesprochen werden kann. Bei der Bewertung von Grundbesitz kommt zum Beispiel das Ertragswertverfahren zur Anwendung, während es bei dem Anspruch auf Verschaffung von Grundbesitz auf den Verkehrswert der Forderung ankommt. Die Unterschiede bei der Besteuerung sind beträchtlich, da natürlich die Erbschaftsteuer aus 127 000 DM deutlich geringer ist als eine Erbschaftsteuer aus einem Wert von 343 000 DM.

II. Die Grundsätze des Bundesverfassungsgerichtsbeschlusses

Was hat das Bundesverfassungsgericht in seinem am 31. Januar veröffentlichte Beschluss vom 7. November 2006 entschieden? Das Bundesverfassungsgericht erklärte das derzeitige Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrecht wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG für mit dem Grundgesetz unvereinbar. Den Verstoß gegen den

1 BFH, NJW 2002, 372.

Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG sieht das Bundesverfassungsgericht darin begründet, dass die § 19 Abs. 1 ErbStG zugrunde liegende Belastungsentscheidung des Gesetzgebers, nämlich der Besteuerung des durch den Erbfall oder Schenkung anfallenden Vermögenszuwachses mit einheitlichen Steuersätzen, wegen der derzeit geltenden und nicht am Verkehrswert orientierten Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage, nicht verwirklicht werde. Der Gesetzgeber muss, wenn er an der derzeitigen Belastungsentscheidung des Erbschaftsteuergesetzes festhält, bis spätestens Ende des Jahres 2008 eine neue Bewertungsgrundlage für die Erbschaft- und Schenkungsteuer schaffen. Bis dahin hat das Bundesverfassungsgericht die Weitergeltung des aktuellen Rechts angeordnet. Im Einzelnen:

1. Die Zulässigkeit der Vorlage

Richtervorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG sind an sich nur zulässig, wenn es bei der Entscheidung auf die Gültigkeit des Gesetzes ankommt. Nicht entscheidungserheblich ist daher die Frage der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, wenn von vornherein feststeht, dass es weiter anzuwenden ist, wie dies zum Beispiel im Falle einer Weitergeltungsanordnung durch das Bundesverfassungsgericht der Fall ist.[2] In den Fällen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG, in denen das Bundesverfassungsgericht in der Regel nur eine Unvereinbarkeitserklärung ausspricht, wäre daher nur in ganz selten Ausnahmen eine Vorlage gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zulässig, weshalb das Bundesverfassungsgericht sich wohl dazu veranlasst sah, die Vorlage des Bundesfinanzhofes trotz der zu erwartenden Unvereinbarkeitserklärung und Weitergeltungsanordnung zuzulassen.[3] Zur Folge hatte die Weitergeltungsrechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts allerdings, dass sich die Vorlage an das Bundesverfassungsgericht zwar für die Klägerin des Ausgangsverfahrens nicht gelohnt hat,[4] jedoch der Bundesfinanzhof durch den vom Verfassungsgericht vollzogenen Schritt von der Erheblichkeitsrechtsprechung zur Anlassrechtsprechung einen in der Verfassung nicht vorgesehenen Zugang zur abstrakten Normenkontrolle erhalten hat.[5]

2. Der Prinzip der Leistungsfähigkeit und Folgerichtigkeit

Der allgemeine Gleichheitssatz, der sich im Steuerrecht, insbesondere als Grundsatz der Steuergerechtigkeit ausdrückt, begrenzt die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Wahl des Steuergegenstandes und des Steuersatzes.[6] Nach dem Grundsatz der Steuergerechtigkeit hat die Besteuerung tatsächlich und rechtlich gleichmä-

2 *Daragan*, Der Erbschaftsteuerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts – Anmerkungen und Folgerungen für die Praxis, ZErb 2007, S. 92 (93).

3 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (574); *Daragan* (Fn. 3), S. 93.

4 *Riedel/von Hutter*, „Und so sehen wir betroffen den Vorhang zu und alle Fragen offen"?, ZErb 2007, S. 104 (105).

5 *Riedel/von Hutter* (Fn. 5), S. 106.

6 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (574).

ßig sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen zu erfolgen.[7] Eng mit dem Grundsatz der Leistungsfähigkeit ist der Grundsatz der Folgerichtigkeit verbunden.[8] Danach hat der Gesetzgeber die einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig in eine gleichmäßige Belastung umzusetzen.[9] Ausnahmen hiervon bedürfen einer besonderen Rechtfertigung.[10]

Auf der ersten Stufe erfordert der Grundsatz der Steuergerechtigkeit nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes wegen der vom Gesetzgeber getroffenen Entscheidung für eine einheitliche Besteuerung, dass eine Bemessungsgrundlage gefunden wird, die die Ermittlung des Wertes der Vermögensgegenstände ermöglicht, der der Realität am ehesten entspricht.[11] Das Bundesverfassungsgericht sieht dies nur dann als gewährleistet an, wenn eine Ermittlung nach dem Verkehrswert erfolgt.[12] Denn nur der Verkehrswert drückt nach der Ansicht des Gerichts den Zuwachs an Leistungsfähigkeit beim Steuerpflichtigen aus.[13] Auf welche Weise dieser ermittelt werde, spiele grundsätzlich keine Rolle und sei dem Gesetzgeber überlassen.[14] Als Anknüpfung für Verschonungsregelungen ist die Bewertungsebene aber aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht geeignet, weil sie ohne die Ermittlung des gemeinen Wertes zwangsläufig zu einer gleichheitswidrigen Ausgestaltung von Begünstigungen führe und daher zufällig und willkürlich sei.[15]

Um dies zu belegen geht das Gericht näher auf das derzeit geltende Bewertungssystem des Bewertungsgesetzes, dessen Vergünstigungen häufig bereits auf der Bewertungsebene greifen, ein. Zwar orientiere sich die Bewertung gem. § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 9 Abs. 1 BewG am Verkehrswert,[16] allerdings mache das Gesetz von diesem Grundsatz bei wesentlichen Gruppen von Vermögensgegenständen Ausnahmen, weshalb sie einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG beinhalte.[17] Da sich die Prüfung des geltend gemachten Gleichheitsverstoßes nicht auf den Vergleich mit einer bestimmten Vermögensgruppe beschränke, stehe der Einbeziehung von weiteren Gruppen von Vermögensgegenständen neben der den Ausgangsfall betreffenden Vermögensgruppen in die Betrachtung nichts entgegen.[18] Im Einzelnen führt das Bundesverfassungsgericht die vom Verkehrswert abweichende Bewertung für Betriebsvermögen, Grundvermögen, Anteilen an Kapitalgesellschaften und land- und forstwirtschaftliches Vermögen aus.[19] Mit dem Blick aus der Praxis kann gesagt wer-

7 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (574).
8 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (574).
9 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (575).
10 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (574).
11 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (575).
12 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (575).
13 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (576).
14 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (576).
15 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (576).
16 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (576).
17 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (576 f.).
18 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (574).
19 Vgl. *BVerfG*, NJW 2007, 573 (577 ff.).

den, dass beispielsweise Immobilienvermögen in der Regel nur mit 50 %–70 % des Verkehrswerts erfasst wird: Gem. § 146 Abs. 2 BewG werden steuerlich Immobilien mit dem sog. Bedarfswert bemessen, der sich – vereinfacht ausgedrückt – aus dem 12½-fachen Jahresmietwert ableitet. Bei land- und forstwirtschaftlichen Vermögen kommen die steuerlichen Bewertungen sogar nur auf einen Wert von in der Regel 10 % des Verkehrswerts. Ebenfalls stellen sich ähnlich günstige Bemessungsgrundlagen für die Anteile an Personengesellschaften (KG, OHG, GmbH & Co. KG) dar: Hier sind gem. § 12 Abs. 5 ErbStG i. V. m. §§ 95 ff., 109 BewG weitgehend die Steuerbilanzwerte maßgeblich. Nicht börsennotierte Kapitalgesellschaften wie eine GmbH oder AG werden – sofern sich der Wert nicht aus unterjährigen Anteilsverkäufen ableiten lässt – nach dem sog. Stuttgarter Verfahren (R 96 ff. Erbschaftsteuerrichtlinien) bewertet: Dabei handelt es sich um eine Mischung aus dem Ertragswert und den Steuerbilanzwerten (vgl. § 109 BewG), wobei das Ergebnis in der Regel unter dem tatsächlichen Wert der Kapitalgesellschaft liegt. Zudem gewährt das derzeitige Erbschaftsteuerrecht einen Sonderfreibetrag von € 225 000 und insbesondere einen 35 %igen Bewertungsabschlag auf Betriebsvermögen bzw. Anteile an Kapitalgesellschaften ab 25 % (§ 13a ErbStG), was nochmals zu einer deutlichen Begünstigung führt. Im Einzelnen wird hinsichtlich der großen Besteuerungsunterschiede auf die Ausführungen in der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung verwiesen, deren Lektüre vorausgesetzt wird.

Das Bundesverfassungsgericht geht danach von einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung des Grundsatzes der Leistungsfähigkeit und Folgerichtigkeit aus, weil § 19 Abs. 1 ErbStG eine Besteuerung nach einheitlichen Steuersätzen vorsieht, aber bei der Bemessung der Besteuerungsgrundlage an eine Wertermittlung anknüpft, die in vielen Fällen zu einer ungleichmäßigen Belastung der Steuerpflichtigen führt. Dadurch, dass das derzeitige Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz aber bereits auf der ersten Stufe ungleiche Belastungen enthalte, führt dies nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zu strukturellen Brüchen und Wertungswidersprüchen des gesamten Besteuerungssystems, weshalb es notwendigerweise einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG enthalte.[20]

3. Zulässigkeit der Verfolgung außerfiskalischer Förderungs- und Lenkungsziele

Zwar sieht das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber nicht daran gehindert, außerfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele zu verfolgen,[21] allerdings dürften diese erst auf einer zweiten Stufe, die der Verkehrswertermittlung folge, ansetzen.[22] Bei der Gestaltung der steuerlichen Verschonungsregelungen sei der Gesetzgeber weitgehend frei, bleibe aber an den Gleichheitssatz gebunden.[23] D. h. die Vergünstigung

20 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (576).
21 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (575).
22 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (576).
23 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (575).

darf nicht willkürlich sein, weil sie beispielsweise zufällig erfolgt, und sie muss stets auf eine Entscheidung des Gesetzgebers zurückgeführt werden können.[24] Die Verschonungsnormen müssen – so das Bundesverfassungsgericht – normenklar und zielgenau ausgestaltet sein.[25] Im Einzelfall hält das Bundesverfassungsgericht sogar eine gänzliche Ausnahme von der Besteuerung für zulässig.[26] Freibeträge und Verschonungsregelungen, die dagegen auf einer gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßenden Bewertungsgrundlage beruhen, verstoßen allerdings wie diese gegen die Verfassung, weil sich in ihnen der Gleichheitsverstoß fortsetze.[27] Das Gericht hätte also beispielsweise nichts dagegen, wenn der Gesetzgeber aufgrund klarer Förderungs- und Lenkungsziele vom ermittelten Verkehrswert beispielsweise von Immobilien einen Abschlag von 40 % oder 50 % zulässt. Gleiches gilt natürlich für Abschläge von anderen Vermögensgegenständen, beispielsweise von Unternehmen.

4. Vorgaben an den Gesetzgeber für eine Neuregelung

Das Bundesverfassungsgericht gibt mit seiner Entscheidung dem Gesetzgeber damit zugleich vor, wie einige wichtige Eckpfeiler einer Neuregelung des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts auszusehen haben, wenn der Gesetzgeber weiterhin diese Steuer erheben möchte.

Zunächst einmal muss auf der ersten Stufe der Besteuerung für alle Vermögensgruppen der Verkehrswert ermittelt werden.[28] In welchem Verfahren dieser ermittelt werde, stehe dem Gesetzgeber grundsätzlich frei, weshalb auch die Ermittlung der Verkehrswerte für die unterschiedlichen Vermögensgruppen anhand von unterschiedlichen Bewertungsmethoden erfolgen könne.[29] Beispielsweise schlägt das Bundesverfassungsgericht zur Bewertung von Betriebsvermögen sowie für die Bewertung an Anteilen an Kapitalgesellschaften das Ertragswertverfahren unter Berücksichtigung des Substanzwertes sowie die sogenannten Discounted Cash Flow-Verfahren vor.[30]

Erst dann, wenn der Verkehrswert ermittelt sei, sei es dem Gesetzgeber gestattet, auf einer zweiten Ebene Verschonungsregelungen vorzusehen, wenn diese sachlich gerechtfertigt sind.[31] Diese Verschonungsnormen müssen, – so das Bundesverfassungsgericht – um den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu entsprechen, zielgenau und normenklar ausgestaltet sein,[32] d. h. die Begünstigungen müssen innerhalb des Kreises der Begünstigten möglichst gleichmäßig eintreten und stets auf eine Entscheidung des Gesetzgebers zurückzuführen sein.[33] Zulässig sei unter den genannten

24 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (575).
25 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (575, 576).
26 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (575).
27 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (576).
28 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (575, 585).
29 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (576, 585).
30 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (577).
31 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (576, 585 f.).
32 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (576).
33 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (586).

Voraussetzungen aber auch eine Differenzierung beim Steuersatz.[34] Die beiden Ebenen der Besteuerung seien aber stets voneinander zu trennen, da ohne die Ermittlung des Verkehrwertes keine mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbare Begünstigung erfolgen könne.

5. Unvereinbarkeitserklärung und Weitergeltungsanordnung

Das Bundesverfassungsgericht hat § 19 Abs. 1 ErbStG nicht für nichtig, sondern mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärt[35] und den Gesetzgeber verpflichtet, spätestens bis zum 31. Dezember 2008 eine Neuregelung zu treffen.[36] Bis dahin ist das bisherige Recht weiter anwendbar.[37]

Für lediglich unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1 GG und nicht für nichtig erklärte das Bundesverfassungsgericht § 19 Abs. 1ErbStG, weil dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, wie er den verfassungswidrigen Zustand beseitigt.[38] Prima facie kennt das BVerfGG eine solche Tenorierung nicht,[39] insbesondere aus § 78 BVerfGG ist deren Zulässigkeit nicht ersichtlich.[40] Das Bundesverfassungsgericht hatte die bloße Unvereinbarkeitserklärung zunächst praeter legem entwickelt,[41] inzwischen ist der Gesetzgeber ihm allerdings in „nacheilendem Gehorsam" gefolgt und hat diesen Tenorierungsmodus in seine Gesetzgebung aufgenommen (vgl. §§ 31 Abs. 2 S. 2, 79 Abs. 1, 93c Abs. 1 S. 3 BVerfGG).[42] Die Unvereinbarkeitserklärung hat gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 BVerfGG Gesetzeskraft. Gemäß § 31 Abs. 2 S. 3 BVerfGG ist die Entscheidungsformel durch das Bundesministerium der Justiz im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Ihre Wirkung entfaltet sie ex tunc auf den Zeitpunkt des Verstoßes gegen höherrangiges Recht zurück.[43] Vereinzelt wird in diesem Zusammenhang die Vermutung angestellt, dass die ausschließliche Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG ohne auch nur einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG oder das Rechtstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 3 GG in Erwägung zu ziehen, erforderlich war, um das geltende Erbschaftsteuerrecht nicht für nichtig erklären zu müssen, sondern lediglich für mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklären zu können.[44]

---

34 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (586).
35 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (585).
36 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (586).
37 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (586).
38 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (585).
39 *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, München Stand März 2006, § 35 Rn. 43; *Ulsamer*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, München Stand März 2006, § 78 Rn. 29.
40 *Bethge* (Fn.40), § 35 Rn. 43.
41 *Bethge* (Fn. 40), § 35 Rn. 208.
42 *Bethge* (Fn. 40), § 31 Rn. 209.
43 *Ulsamer* (Fn. 40), § 78 Rn. 31.
44 *Daragan* (Fn. 3), S. 93.

Die Unvereinbarkeitserklärung hat grundsätzlich eine Anwendungssperre sowie ein Vollstreckungsverbot zur Folge.[45] Dies folgt bereits aus Art. 1 Abs. 3 GG, Art. 20 Abs. 3 GG, § 31 Abs. 1 und 2 BVerfGG.[46] Grundsätzlich ist also nach einer Unvereinbarkeitserklärung eine Norm in dem sich aus dem Tenor ergebenden Umfang nicht mehr anzuwenden, ausnahmsweise ist es jedoch geboten, deren weitere Geltung bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber zuzulassen.[47] Um den Übergang von einer verfassungswidrigen zu einer verfassungsgemäßen Gesetzeslage zu erleichtern, kann das Bundesverfassungsgericht daher die Weitergeltung des bisherigen Rechtes anordnen.[48] Erforderlich ist eine Weitergeltungsanordnung insbesondere dann, wenn es um die Vermeidung eines Zustandes geht, der der Verfassung noch weniger entspräche als der bisherige Zustand.[49] Dies hat das Bundesverfassungsgericht unter anderem in Fällen angenommen, in denen es die Gefahr eines zur Rechtsunsicherheit führenden rechtlichen Vakuums gesehen hat, das durch die mit der Unvereinbarkeitserklärung verbundene Anwendungssperre verursacht werden würde.[50] Geboten sei im Falle der Erbschaft- und Schenkungsteuer eine Geltung der Norm für die Vergangenheit wegen des Erfordernisses einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung sowie eines gleichmäßigen Verwaltungsvollzuges für Zeiträume einer weitgehend abgeschlossenen Veranlagung und bis zu einer Neuregelung zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit in der Übergangszeit, die insbesondere die Regelung der lebzeitigen Vermögensnachfolge in der Übergangszeit erschweren könnte.[51] Bei der Weitergeltungsanordnung handelt es sich um eine Vollstreckungsmaßnahme im Sinne von § 35 BVerfGG.[52] Erst die Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts hebt die Anwendungssperre auf und bildet die Rechtsgrundlage für die Durchführung des mit dem verfassungswidrigen Gesetz verfolgen Zieles.[53] Legitimationsgrundlage ist daher nicht das mit der Verfassung für unvereinbar erklärte Gesetz, sondern allein die Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts.[54] Die Weitergeltungsanordnung beseitigt außerdem die Vollstreckungssperre des § 79 Abs. 2 S. 2 BVerfGG.[55] Eine Weitergeltungsanordnung verliert erst durch Ablauf der vom Bundesverfassungsgericht gesetzten Frist oder durch eine gesetzliche Neuregelung ihre Geltung.[56] Im Falle des Erbschaftsteuergesetzes ist dies der

---

45 *BVerfG*, NJW 1974, 1609 (1613); *Bethge* (Fn. 40), § 31 Rn. 219 ff. und § 35 Rn. 44; *Ulsamer* (Fn. 40), § 78 Rn. 33.

46 *Ulsamer* (Fn. 40), § 78 Rn. 33.

47 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (586); 1992, 3153 (3156); NJW 1986, 2487 (2494); *BVerfG*, BVerfGE 55, 100 (110); 61, 319 (356); *Bethge* (Fn. 40), § 31 Rn. 221 und § 35 Rn. 44;

48 Vgl. *Bethge* (Fn. 40), § 31 Rn. 206 und 226 ff. mwN und § 35 Rn. 45 ff. mwN.

49 *Bethge* (Fn. 40), § 35 Rn. 46.

50 *BVerfG*, NJW 1974, 1609 (1613 f.); *BVerfG*, BVerfGE 61, 319 (356); 92, 53 (73 f.); ähnlich *BVerfG*, NJW 2003, 737 (739).

51 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (586).

52 *Bethge* (Fn. 40), § 31 Rn. 226 f.

53 *Bethge* (Fn. 40), § 31 Rn. 227 und § 35 Rn. 46.

54 *Bethge* (Fn. 40), § 31 Rn. 227 und § 15 Rn. 46.

55 *Bethge* (Fn. 40), § 31 Rn. 234.

56 *Bethge* (Fn. 40), § 35 Rn. 59.

31. 12. 2008. Eine Rückwirkung der Neureglung des Erbschaftsteuergesetzes wird daher aufgrund der vom Bundesverfassungsgericht ausgesprochenen Weitergeltungsanordnung allgemein als unzulässig angesehen, weil das Bundesverfassungsgericht mit ihr eine ausreichend schutzwürdige Vertrauensgrundlage in die bestehende Erbschaftsteuerregelung geschaffen habe und eine Rückwirkung daher nicht mehr mit dem fehlenden schutzwürdigem Vertrauen begründet werden könne.[57]

III. Auswirkungen der Entscheidung

Die konkreten Auswirkungen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lassen sich noch nicht absehen und es bleibt abzuwarten, wie der Gesetzgeber die Vorgaben des Gerichts bei der Reform des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes umsetzen wird. Erkennen lassen sich allerdings bereits zum jetzigen Zeitpunkt Tendenzen, die es in die Überlegungen zur Nachfolgeplanung einzubeziehen gilt.

1. Steuererhöhung aufgrund von Höherbewertungen einzelner Vermögensgegenstände bei fehlenden Verschonungsnormen

Sollte der Gesetzgeber an der Grundentscheidung des derzeitigen Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes festhalten, wird das neu zu schaffende Bewertungsrecht in weiten Bereichen zwangsläufig zu einer deutlich höheren Bewertung des der Erbschaft- und Schenkungsteuer unterliegenden Vermögens führen.[58] Grund dafür ist, dass die Vorgabe des Bundesverfassungsgerichtes an den Gesetzgeber, die Bewertung einheitlich für alle Gruppen von Vermögensgegenständen am gemeinen Wert als dem maßgeblichen Bewertungsziel zu orientieren, in allen Bereichen, in denen die Bewertung zum jetzigen Zeitpunkt unter dem gemeinen Wert beziehungsweise unter dem Verkehrswert liegt, es auf der Bewertungsebene zu einer höheren Bewertung kommen wird.

Zu einer höheren Belastung führt die Bewertung nach dem Verkehrswert auch dadurch, dass einkommensteuerlich verstrickte stille Reserven künftig sowohl bei der Einkommensteuer als auch bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer erfasst werden, was zu einer Mehrbelastung des Erwerbers mit zumindest latenten Ertragsteuern führt, die durch den Steuerbilanzwertansatz gerade vermieden wird.[59] Zu Recht kri-

57 *Daragan* (Fn. 3), S. 92.

58 *Landsittel*, Geklärte Fragen und neue Probleme bei der Erbschft- und Schenkungsteuer – Auswirkungen auf das Gesetz zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge, ZErb 2007, S. 95 (100, 101); *Riedel/von Hutter* (Fn. 5), S. 109; für Betriebsvermögen: *Wachter*, Paukenschlag aus Karlsruhe – Verfassungswidrigkeit des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts, DNotZ 2007, S. 173 (180).

59 *Crezelius*, Die Erbschaft- und Schenkungsteuer nach der Entscheidung des Bundesverfassunsgerichts vom 7. 11. 2006, DStR 2007, S. 415 (416 f.); *Seer*, Der Beschluss des BVerfG zur Erbschaftsteuer vom 7. 11. 2006 – Analyse und Kritik, ZEV 2007, S. 101 (102 f.); *Wachter* (Fn. 59), S. 181.

tisiert wird daher, dass sich das Bundesverfassungsgericht mit diesem Argument nicht auseinandergesetzt hat.[60] Bei der Vermeidung einer Doppelbesteuerung durch zwei kumulierende Steuern handelt es sich auch nicht um eine Verschonungsregelung auf der zweiten Stufe, sondern um eine Frage der Steuerbemessungsgrundlage auf der ersten Stufe.[61] Denn bereits der gemeine Wert eines einkommensteuerlich verstrickten Vermögensgegenstandes ist mit latenten Ertragsteuern behaftet, weshalb diese bereits bei der Bemessungsgrundlage als Nachlassverbindlichkeit zu berücksichtigen sind.[62] Auch dass der Ansatz der Schulden bei dem Steuerbilanzansatz mit dem Nennwert erfolgt, ist Folge dessen, dass eine Doppelbesteuerung nur auf Seiten der Aktiva droht.[63] Festzuhalten aber bleibt, dass bei einem Ansetzen des Verkehrswertes ohne Kompensation der dadurch verursachten Doppelbesteuerung, es auch insoweit zu einer höheren Besteuerung kommen wird.

Inwieweit diese Höherbewertungen auf einer zweiten Ebene durch entsprechende Verschonungsnormen kompensiert werden, ist noch völlig offen und bleibt abzuwarten.[64] Die geplante Reform des Erbschaftsteuerrechts durch das Gesetz zur Erleichterung zur Unternehmensnachfolge, das auf dem alten Bewertungsrecht aufbaut, vermag dies in seiner jetzigen Fassung wohl nicht zu leisten. Dieses Gesetz sieht ohnehin nur Reduktionen der Besteuerung bei Unternehmen vor. Derzeit ist im Rahmen dieses Gesetzes geplant, dass die Erbschaftsteuer für sogenanntes produktives Betriebsvermögen dann nicht erhoben wird, wenn der Unternehmensfortführer (Beschenkter oder Erbe) das erworbene Unternehmen 10 Jahre lang fortführt und in dieser Zeit Auftragseingang, Umsatzvolumen, Arbeitnehmerzahl und Produktionsmittel auf etwa gleichem Niveau hält. Es ist jedoch nicht anzunehmen, dass dieses Gesetz umgesetzt wird, da es auf dem alten Bewertungsrecht aufbaut und auch im Übrigen eine Vielzahl von Ungereimtheiten birgt. Zu dem würde dieses Recht nur eine Vermögensgruppe – nämlich Unternehmen – begünstigen, über eine Begünstigung von anderen Vermögensgruppen ist durch dieses Gesetz noch nichts gesagt. Ohne eine Kompensation der höheren Bewertung durch die entsprechende Verschonungsregelung hätte der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls eine deutliche Erhöhung der Erbschaft- und Schenkungsteuer zur Folge.[65] Dies ist politisch derzeit nicht gewollt. Vielmehr soll das Steueraufkommen aus der Erbschaftsteuer (rund 4 Mrd. €) im Wesentlichen gleich bleiben.[66]

---

60 *Crezelius* (Fn. 60), S. 417; *Seer* (Fn. 60), S. 102.

61 *Seer* (Fn. 60), S. 103.

62 *Crezelius* (Fn. 60), S. 417; *Wachter* (Fn. 59), S. 181.

63 *Seer* (Fn. 60), S. 103.

64 *Wälzholz*, Verfassungswidrigkeit der Erbschaftsteuer – Kritik und Golgerungen zum BVerfG-Beschluss vom 7. 11. 2006, ZErb 2007, S. 111 (118 f.).

65 *Landsittel* (Fn. 59), S. 100.

66 Vgl. zum Aufkommen der Erbschaftsteuer – das Aufkommen steht ausschließlich den Bundesländern zu, wobei die Gesetzgebungskompetenz für das Erbrecht auch dem Bund (mit Zustimmung der Bundesländer) zusteht – *Lehmann / Treptow*, Zusammensetzung und Diskrepanz der Erbschaft- und Schenkungsteuer 2002, ZErb Verlag.

2. Gesteigerter Verwaltungsaufwand aufgrund der Verkehrswertermittlung

Unabhängig davon, inwieweit das neue Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz eine Höherbewertung in weiten Bereichen von Vermögensgegenständen neutralisiert, ist die Ermittlung der Verkehrwertes auf der ersten Stufe der Besteuerung nur mit erheblichen Schwierigkeiten und unter unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich ist.[67] Ihre Rechtfertigung wirft daher Fragen auf, auch wenn man sie durchaus als verfassungsrechtsdogmatisch schlüssig bezeichnen kann.[68]

Größte Schwierigkeiten sind bei der Unternehmensbewertung zum Verkehrswert zu erwarten, denn der Verkehrswert eines Unternehmens steht zuverlässig erst fest, wenn das Unternehmen verkauft und die Kaufpreisforderung beglichen ist.[69] Zwar sei der Gesetzgeber bei der Wahl der Bewertungsmethode weitgehend frei,[70] allerdings führen selbst die vom Bundesverfassungsgericht ins Auge gefassten Bewertungsverfahren, das Ertragswertverfahren unter Berücksichtigung des Substanzwertes und die sog. Discounted Cash Flow-Verfahren, allenfalls zu einem dem Verkehrswert angenäherten Unternehmenswert.[71] Der anhand dieser Verfahren ermittelte Unternehmenswert ist zum einen höchst streitanfällig und enthält zum anderen unsichere Ertragsprognosen, die, sofern sie sich nicht realisieren, zu einer Überbewertung und damit zu einer Übermaßbesteuerung führen.[72] Aus diesem Grund wird teilweise ein Unsicherheitsabschlag auf der ersten Stufe der Besteuerung gefordert[73] oder zumindest in Erwägung gezogen.[74] Gleichwohl wird man bei der Verkehrswertermittlung von Unternehmen mit erheblichen Bewertungsdifferenzen zwischen der Finanzverwaltung und dem Steuerpflichtigen rechnen müssen.[75] Denn „die praktische Erfahrung lehrt, dass die Zahl der nach den genannten Methoden erstellten Bewertungsgutachten über das identische Unternehmen zu identischen Bewertungsstichtagen derjenigen der unterschiedlichen Ergebnisse entspricht".[76]

Der mit einer nach den Vorgaben den Bundesverfassungsgerichtes erlassenen Neuregelung verbundene hohe Aufwand ist auch darin begründet, dass die Bewertung von Vermögen und seine Besteuerung künftig streng voneinander zu trennen sind und der Gesetzgeber eine Begünstigung erst dann einräumen darf, wenn er vorher für eine systematische und gleichmäßige Bewertung gesorgt hat.[77] Zurzeit können steu-

---

67 *Wachter* (Fn. 59), S. 177, 180.

68 *Crezelius* (Fn. 60), S. 420; *Landsittel*, Land- und fortwirtschaftliches Vermögen vor einem Paradigmenwechsel bei der Nachfolge? Ausblicke und Gestaltungsmöglichkeiten, ZErb 2007, S. 180.

69 *Landsittel* (Fn. 59), S. 98.

70 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (576).

71 *Seer* (Fn. 60), S. 103; vgl. zu den vom BVerfG in Betracht gezogenen Bewertungsmethoden *Landsittel* (Fn. 59), S. 98 f.

72 *Seer* (Fn. 60), S. 103.

73 *Seer* (Fn. 60), S. 103.

74 *Crezelius* (Fn. 60), S. 417, 419.

75 *Landsittel* (Fn. 59), S. 98; *Wälzholz* (Fn. 65), S. 114; *Wachter* (Fn. 59), S. 181.

76 *Landsittel* (Fn. 59), S. 99.

77 *Crezelius* (Fn. 60), S. 420.

erpflichtige Nachlässe aufgrund des einfachen Bewertungsrechts noch sehr einfach aus der Gesamtzahl der Todesfälle ausgesondert werden, so dass es derzeit bei jährlich etwa 850 000 Todesfällen in Deutschland es nur ca. 60 000 steuerpflichtige Nachlässe gibt.[78] Es bleibt abzuwarten, wie die Finanzverwaltung in Zukunft mit der hohen Zahl zu bewertender Nachlasse administrativ umgehen wird. Aber nicht nur für die Finanzverwaltung, sondern auch für Unternehmer oder Immobilienbesitzer bedeutet die Verkehrswertermittlung eine erhebliche Zunahme des Aufwandes. Abgesehen davon, dass die wesentlich einfachere Bewertung anhand der Steuerbilanzwerte bzw. bei Immobilien des 12,5 fachen Jahresmietwertes einer schwierigeren und mit einem höheren Aufwand verbundene Verkehrswertermittlung weichen muss, werden Unternehmen mit einer Vielzahl von Gesellschaftern überproportional belastet. Personengesellschaften mit mehr als 100 Gesellschaftern sind keine Ausnahme. Statisch verstirbt bei diesen Gesellschaften jedes Jahr ein Gesellschafter, weshalb die aufwendige Bewertung des Unternehmens statistisch gesehen, jedes Jahr durchgeführt werden müsste. Finden daneben noch lebzeitige Übertragungen statt, ist eine Bewertung sogar noch öfter notwendig. Die künftig steigende Zahl an Bewertungen wird somit zwangsläufig zu höheren Verwaltungskosten führen.

IV. Fazit

Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber die Vermeidung der drohenden Doppelbesteuerung der einkommensteuerlich verstricken stillen Reserven angeht.[79] Wesentlich einfacher könnte der Gesetzgeber allerdings die Erbschaft- und Schenkungsteuer gestalten, indem er zunächst bestimmte Vorgänge aus der Besteuerung nach dem Erbschaftsteuergesetz ganz oder teilweise ausnimmt, wie z. B. Schenkungen oder Erbschaften an Ehegatten.[80] Davon geht auch das Bundesverfassungsgericht aus, wenn es dem Gesetzgeber die Freiheit zugesteht, zu bestimmen, welche Erwerbe überhaupt besteuert werden sollen.[81] Darüber hinaus könnte das neue Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht sachliche Befreiungen unabhängig vom Wert des Gegenstandes vorsehen, womit aufwendige Vermögensbewertungen zu einem großen Teil entbehrlich werden würden.[82] Komplizierter sind dagegen persönliche und sachliche Freistellungen auf der zweiten Stufe der Besteuerung.[83] Nicht zuletzt wegen Zusammenrechnungsvorschriften (vgl. § 14 ErbStG) wird bei dieser Art von Steuervorschonungen immer eine möglichst genaue Bewertung von Vermögensgegenständen notwenig sein und daher einen größeren Aufwand verursachen als die beiden vorstehend genannten Möglichkeiten. Insbesondere bei zeitabhängigen Steuerfreistellungen wie z. B. der

78 *Crezelius* (Fn. 60), S. 420; *Scherer*, Auswirkungen der BVerfG-Entscheidung zur Erbschaftsteuer auf die Nachfolgeplanung von Familienunternehmen, BB 2007, Heft 11, S. 1.

79 *Crezelius* (Fn. 60); zu den Lösungsmöglichkeiten vgl. *Seer* (Fn. 60), S. 103 f.

80 *Halaczinsky*, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 7.11.2007, ZErb 2007, S. 88 (89).

81 *BVerfG*, NJW 2007, 573 (574).

82 *Halaczinsky* (Fn. 81), S. 89.

83 *Halaczinsky* (Fn. 81), S. 89.

angedachten „Abschmelzung" der Erbschaftsteuer bei 10-jähriger Weiterführung von Unternehmen kommt neben der erforderlichen Bewertung noch eine über viele Jahre erforderliche Überwachung des steuerbaren Vorganges hinzu.[84]

Mit Spannung zu erwarten sind auch die Auswirkungen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Erbschaftsteuer auf andere Steuerarten. Denn spätestens seit dem 7. November 2006 scheint das Gericht von dem Grundsatz auszugehen, dass ein einheitlicher Steuertarif eine gleichmäßige Bewertung der Steuerbemessungsgrundlage voraussetzt.[85] Von großem Interesse ist hier die Beurteilung des Einkommensteuergesetzes, das ebenfalls wie das Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz von einem einheitlichen Tarif, aber von unterschiedlichen Bemessungsgrundlagen ausgeht.[86]

Es bleibt somit nur zu hoffen, dass, worauf *Papier* bereits hingewiesen hat, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht als eine Steuererhöhungsentscheidung verstanden wird und der Gesetzgeber, die mit einer Höherbewertung verbundene Bedrohung einer steigenden Steuerbelastung durch geeignete Gestaltungsmaßnahmen zum Ausgleich bringt.[87] Am sinnvollsten erscheint den Verfassern ein völlig geändertes Steuersystem, das die Erbschaftsteuersätze drastisch nach unten senkt, dafür aber die Bemessungsgrundlage verbreitert. Folge wäre, dass nicht wie heute nur jede Zehnte Nachlass besteuert würde, sondern wesentlich mehr Nachlässe, jedoch zu deutlich geringeren Tarifen. Das Erbschaftsteueraufkommen würde so vermutlich steigen, ohne dass die Belastung für den einzelnen höher würde. Härten, insbesondere bei der Vererbung von illiquidem Vermögen (Immobilien, Kunst und insbesondere Unternehmen) könnte man dadurch abfedern, dass jeder Steuerpflichtige das Recht bekommt, Erbschaftsteuerschuld gestundet zu bekommen, und sie dann in bestimmten Raten – natürlich verzinst – zahlen kann. Damit wäre der Druck auf Steuerpflichtige genommen, unter dem Einfluss der Erbschaftsteuerlast Unternehmen, Immobilien oder andere illiquide Vermögensgegenstände wie Kunstbesitz zur Finanzierung der Erbschaftsteuer ggf. zur Unzeit und rasch verkaufen zu müssen.

84 *Halaczinsky* (Fn. 81), S. 89.
85 *Daragan* (Fn. 3), S. 93.
86 *Daragan* (Fn. 3), S. 93; *Wälzholz* (Fn. 65), S. 112.
87 *Papier*, Steuerrecht im Wandel – verfassungsrechtliche Grenzen der Steuerpolitik, S. 973 (976).

Nimm den Repetitor mit nach Hause!

- **Grundkurs Online** Das Basiswissen – Mach Dich fit für die Zwischenprüfung
- **Examenskurs Online** Das komplette Examenskursprogramm zur Vorbereitung auf die erste staatliche Pflichtfachprüfung
- **Klausurenkurs Online** Das Klausurenkursprogramm für die erste staatliche Pflichtfachprüfung. Jede Woche ein neues Klausurenthema aus Zivil-, Straf- oder Öffentlichem Recht, jede Woche die Musterlösung für die Klausur der Woche.

Einstieg jederzeit möglich!

Wiss. Mitarb. David Bittmann*

Schadensersatzanspruch des Verbrauchers bei nicht ordnungsgemäß erfolgter Widerrufsbelehrung im Rahmen eines kreditfinanzierten Immobilienerwerbs

Anmerkung zu OLG Bremen, Urteil v. 2. 03. 2006 (2 U 20/02); NJW 2006, 1210.

Abstract

Die hier besprochene Entscheidung des OLG Bremen befasst sich mit dem nach wie vor aktuellen und viel diskutierten Problem der Haftung in den sog. „Schrottimmobilien"-Fällen. Das OLG Bremen stand bei seiner Entscheidung vor der Aufgabe, die Vorgaben des EuGH,[1] dem das OLG die Sache zur Vorabentscheidung vorgelegt hatte, zu berücksichtigen. Die Parteien streiten nun darüber, wie das Urteil des Gerichtshofs in das nationale Recht umzusetzen ist. Insbesondere geht es dabei um die Frage, ob der Verbraucher einen Schadenersatzanspruch wegen mangelhafter Widerrufsbelehrung gegen die finanzierende Bank hat.

* *David Bittmann* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, Lehrstuhl Prof. Dr. *Burkhard Hess*.

1 *EuGH*, 25. 10. 2005, Rs C-229/04, Crailsheimer Volksbank/Conrads, Slg. 2005 I-9273.

A. Sachverhalt

Der Beklagte wurde im Jahre 1992 von einem für die T-GmbH tätigen Anlagevermittler geworben, zwecks Steuerersparnis ohne Eigenkapital ein Appartement in einer noch zu errichtenden Wohnanlage zu erwerben. In dem für den Vertrieb der Appartements erstellten Prospekt war die klagende Bank als diejenige benannt, die die Objektfinanzierung übernommen hatte. Am 8. September 1992 unterbreitete der Beklagte der T-GmbH ein notariell beurkundetes Angebot zum Abschluss eines Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages zum Erwerb des Appartements. Am 29. September 1992 schloss die T-GmbH namens des Beklagten mit der Bauträgerin den notariell beurkundeten Kaufvertrag über das Appartement. Zur Finanzierung des Kaufpreises schloss der Beklagte persönlich am 6. Oktober 1992 mit der Klägerin einen Vertrag über ein Darlehen in Höhe von 143 697,10 DM, das vereinbarungsgemäß durch Grundschulden abgesichert wurde. Der Betrag wurde dem Beklagten gutgeschrieben und zur Finanzierung des Erwerbs eingesetzt. Im Februar 1993 wurde die Anlage fertiggestellt. Im Herbst 1995 fiel die Bauträgerin in Konkurs. Die Pachteinnahmen aus dem Betrieb des Objekts blieben erheblich hinter den Erwartungen zurück. Nachdem die Klägerin den Beklagten mehrmals ohne Erfolg zur Zahlung rückständiger Zins- und Tilgungsleistungen aufgefordert hatte, kündigte sie das Darlehen zum 4. Februar 1998. Mit der Klage begehrt die Klägerin die Rückzahlung des Darlehens. Der Beklagte ist der Auffassung, zu Zahlungen nicht verpflichtet zu sein, weil ihm gegen die Klägerin Schadensersatzansprüche wegen Aufklärungspflichtverletzungen zustünden. So enthielt die Belehrung der Bank keinen Hinweis auf ein Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufsgesetz (HwiG)[2]. Mit Schriftsatz vom 25. September 2001 hat er ferner den Darlehensvertrag nach dem Haustürwiderrufsgesetz widerrufen, da er zum Abschluss aller Verträge aufgrund eines Besuchs des Vermittlers in der Wohnung seiner Eltern veranlasst worden war.

B. Die Vorgaben des EuGH

Der EuGH machte in seinen beiden Entscheidungen vom 25. 10. 2005 konkrete Vorgaben, die es für das OLG bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen gilt.

1. Die Rechtssache Schulte/Badenia[3]

Der Gerichtshof legt Art. 3 II lit. a) HwiRiL[4] dahingehend aus, dass vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie Verträge über den Verkauf von Immobilien ausge-

2 Vor der Schuldrechtsreform befanden sich die Regelungen zu den Haustürgeschäften im HwiG. Diese Vorschriften fanden mit der Schuldrechtsmodernisierung 2002 Eingang in das BGB. Zentrale Vorschrift ist heute § 312 BGB.

3 *EuGH*, 25. 10. 2005, Rs. C-350/03, Schulte/Badenia, Slg. 2005 I-9213, Rn. 72 ff.

4 Richtlinie des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (85/577/EWG), ABl. EG L 372 vom 31. 12. 1985, S. 31 33.

nommen sind, die lediglich Bestandteil eines kreditfinanzierten Kapitalanlagemodells sind, auch wenn die Vertragsverhandlungen sowohl hinsichtlich des Immobilienkaufvertrags als auch des ausschließlich der Finanzierung dienenden Darlehensvertrags in einer Haustürsituation erfolgen. Die HWiRiL steht außerdem nationalen Vorschriften nicht entgegen, die die Rechtsfolgen des Widerrufs eines Darlehensvertrags auch im Rahmen von Kapitalanlagemodellen auf die Rückabwicklung des Darlehensvertrags beschränken. Nach der Rechtsprechung des EuGH verbietet es die HWiRiL zudem nicht, dass ein Verbraucher, der von seinem Widerrufsrecht nach der Richtlinie Gebrauch gemacht hat, die Darlehensvaluta an den Darlehensgeber zurückzahlen muss, obwohl das Darlehen nach dem für die Kapitalanlage entwickelten Konzept ausschließlich zur Finanzierung des Erwerbs der Immobilie dient und unmittelbar an deren Verkäufer ausbezahlt wird. Es sei richtlinienkonform, wenn der Verbraucher das Darlehen sofort zurückzahlen und zusätzlich zu dem Darlehensbetrag die marktüblichen Zinsen zahlen müsse.

Wurde der Verbraucher jedoch nicht hinreichend über sein Widerrufsrecht informiert, fordert der Gerichtshof, ausgehend von Art. 4 HWiRiL, von den Mitgliedstaaten, dass diese dafür sorgen, dass ihre Rechtsvorschriften die Verbraucher schützen, die es nicht vermeiden konnten, sich solchen Risiken auszusetzen, die mit einer Kapitalanlage zusammen hängen, indem sie Maßnahmen treffen, die verhindern, dass die Verbraucher die Folgen der Verwirklichung dieser Risiken tragen.

2. Die Rechtssache Crailsheimer Volksbank/Conrads[5]

Eigenständige Bedeutung neben der Rechtssache *Schulte/Badenia* hat diese Entscheidung nur hinsichtlich der vom OLG Bremen vorgelegten Frage, ob es zulässig sei, das Vorliegen einer Haustürsituation nach Art. 1 I HWiRiL von zusätzlichen Zurechnungskriterien wie der von § 123 II BGB abhängig zu machen. Der EuGH beantwortete die Frage dahingehend, dass, „wenn ein Dritter im Namen oder für Rechnung eines Gewerbetreibenden in die Aushandlung oder den Abschluss eines Vertrages eingeschaltet wird, die Anwendung der Art. 1 und 2 HWiRiL nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass der Gewerbetreibende wusste oder hätte wissen müssen, dass der Vertrag in einer Haustürsituation im Sinne von Art. 1 der Richtlinie geschlossen wurde". Im Übrigen verwies der EuGH auf seine Ausführungen im Parallelverfahren.

C. Die Entscheidung des OLG Bremen

Das OLG Bremen stand vor der Aufgabe, die eben dargestellten Vorgaben des EuGH im konkreten Fall über die Grundsätze des deutschen Zivilrechts umzusetzen. Dabei ging es einmal um die Möglichkeit des Beklagten, den Darlehensvertrag nach §§ 355 I, 312 I BGB zu widerrufen, außerdem um die Rückabwicklung des Ge-

5 *EuGH*, 25. 10. 2005, Rs C-229/04, Crailsheimer Volksbank/Conrads, Slg. 2005 I-9273, Rn. 41 ff.

schäfts (I.). Der Schwerpunkt der Entscheidung liegt auf der Frage, ob die Beklagte eine Rückabwicklung des Geschäfts allein mit der Bank mithilfe eines Schadensersatzanspruchs nach §§ 311 II, 241 II BGB erreichen kann (II.).

I. Widerruf des Darlehensvertrages

1. Voraussetzungen der §§ 355 I, 312 I BGB

a) Für das OLG stellte sich die Frage, ob für das Vorliegen einer Haustürsituation nach § 312 I BGB zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, wenn der Anlagevermittler, der das Geschäft auf den Weg bringt, nicht im Auftrag der Bank tätig wird. Nach früherer Rechtsprechung des BGH war eine Zurechnung über § 123 II BGB analog Voraussetzung für einen Widerruf, da der Vermittler für die Bank Dritter war. Damit war erforderlich, dass die Bank von dessen Auftreten wusste oder hätte wissen müssen.[6] Diese Rechtsprechung wurde jedoch, wie oben dargelegt, vom EuGH missbilligt, der hierin einen Verstoß gegen Art. 1 I HWiRiL sah, da dieser solche zusätzlichen Voraussetzungen nicht statuiert.[7] Der BGH hat sich in seinen jüngeren Entscheidungen dieser Rechtsprechung „gebeugt". Danach soll nun das objektive Vorliegen einer Haustürsituation für die Ausübung des Widerrufsrechts genügen.[8]

Dieser Rechtsprechung ist beizupflichten, da der europarechtliche Grundsatz des *effet-utile* verlangt, dass europäisches Sekundärrecht von den Mitgliedstaaten so umgesetzt wird, dass dessen Wirksamkeit nicht beeinträchtigt ist.[9] Das wäre jedoch der Fall, wenn das nationale Recht höhere Anforderungen an das Vorliegen einer Haustürsituation stellen würde als die Richtlinie.[10]

b) Aufgrund einer richtlinienkonformen Auslegung von § 5 II HWiG, wie sie seit der *Heininger*-Entscheidung des EuGH[11] von der h. M.[12] vertreten wird, besteht ein Widerrufsrecht nach Art. 2 I HWiG auch dann, wenn das VerbrKreditG einschlägig ist. Da es hier an einer Belehrung des Beklagten über sein Widerrufsrecht nach § 2 I HWiG fehlte, war dessen Widerruf, der mit Schriftsatz vom 25. 9. 2001 erfolgte, auch nicht verfristet (§ 355 III S. 3 BGB n. F.), wie das OLG Bremen zutreffend ausführt.[13]

---

6 *BGH*, NJW 2005, 2545; ZIP 2005, 1314; ZIP 2003, 22 (25).

7 *EuGH*, 25. 10. 2005, Rs C-229/04, Crailsheimer Volksbank/Conrads, Slg. 2005 I-9273, Rn. 41 ff.

8 *BGH*, NJW 2006, 497 (498).

9 Vgl. *Geiger*, EUV/EGV, 4. Auflage (2004), Art. 10 EGV, Rn. 44.

10 So i. E. auch *Habersack*, Anmerkung zum Urteil des OLG Bremen v. 2. 03. 2006, JZ 2006, S. 91, 94; *Hoffmann*, Die EuGH-Entscheidungen „Schulte" und „Crailsheimer Volksbank": Ein Meilenstein für den Verbraucherschutz beim kreditfinanzierten Immobilienerwerb?, ZIP 2005, S. 1985, 1987 f.

11 *EuGH*, 13. 12. 2001, Rs. C-481/99, Heininger, Slg. 2001 I-9945.

12 *BGH*, NJW 2006, 497; NJW 2004, 2731; *Woitkewitsch*, Schrottimmobilien – Haftung des Kreditinstituts bei Verstoß gegen Widerrufsbelehrungspflichten, MDR 2006, 241 f.

13 *OLG Bremen*, NJW 2006, 1210 (1211).

2. Ausschluss des Widerrufsrechts

Das OLG wirft die Frage auf, ob die notarielle Beurkundung des Treuhandvertrages, den der Beklagte mit der T-GmbH geschlossen hatte, nicht dazu führt, dass das Widerrufsrecht nach § 312 III Nr. 3 BGB ausgeschlossen ist.[14] § 312 III Nr. 3 BGB schließt ein Widerrufsrecht jedoch nur aus, wenn sich die notarielle Beurkundung gerade auf die in der Haustürsituation abgegebene Willenserklärung bezieht.[15] Hier wurde jedoch nicht der Darlehensvertrag notariell beurkundet, sondern der Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen der Beklagten und dem für sie tätigen Treuhänder. Die Tatbestände des § 312 III BGB sind als Ausnahmevorschriften eng auszulegen. Die Beurkundung und damit verbunden die Aufklärung des Notars beschränken sich auf das Verhältnis der Beklagten und des Treuhänders. Eine Belehrung über die Rechtslage hinsichtlich des Darlehensvertrags mit der Bank erfolgt gerade nicht.[16]

3. Rückabwicklung des Darlehensvertrags

a) Hinter der Vorlagefrage an den EuGH stand das Problem, dass bei einer Rückabwicklung nach den allgemeinen Vorschriften der Verbraucher verpflichtet ist, das Darlehen sofort im Ganzen an die Bank zurückzuzahlen. Damit stünde er aber schlechter, als wenn er den Darlehensvertrag nicht widerriefe, da er dann nur die Darlehensraten zurückzahlen müsste. Hinzu kommt, dass den Verbraucher bei Anwendung der allgemeinen Vorschriften eine Pflicht zur marktüblichen Verzinsung träfe. Dies alles lässt es wünschenswert erscheinen, dem Verbraucher das Recht zuzubilligen, die bereits bezahlten Darlehensraten von der Bank zurückzuverlangen im Gegenzug zur Übereignung der Immobilie.[17] Dies ließe sich erreichen, wenn es sich um verbundene Verträge i. S. v. § 9 Abs. 1 VerbrKreditG (heute: § 358 III BGB) handelte.

Eine Anwendung von § 9 VerbrKreditG verneint das OLG Bremen jedoch in Übereinstimmung mit dem BGH[18] mit der Begründung, dass es sich bei dem dem Beklagten gewährten Kredit um einen Realkredit gem. § 3 II Nr. 2 VerbrKreditG handele, bei dem die Grundsätze über verbundene Verträge keine Anwendung finden. Die Bank hat sich nur bereit erklärt, das Immobiliengeschäft zu finanzieren. Sie ist jedoch am Vertrieb des Objekts nicht beteiligt. Aufgrund des eng gefassten Wortlauts der Vorschrift müsse daher eine Anwendung von § 9 VerbrKreditG ausscheiden.[19]

Der EuGH hat in seiner Entscheidung deutlich gemacht, dass auch die VerbrKredit-RiL nach deren Art. 2 I lit. a) auf Realkredite nicht anwendbar ist. Die HWiRiL

---

14 *OLG Bremen*, NJW 2006, 1210 (1211).

15 *Knops/Kulke*, Die Umsetzung der EuGH-Urteile Crailsheimer Volksbank und Schulte für die Abwicklung an der Haustür vermittelter Finanzierungen von Anlagen in Immobilien und Immobilienfonds, VuR 2006, S. 127, 129.

16 *Knops/Kulke* (Fn. 13), S. 127, 129; a. A. *OLG Jena*, OLG-Report 2005, 238.

17 *Fischer*, Der EuGH als Schlichter im „Krieg der Senate"?, VuR 2006, 53, 56; *Hoffmann* (Fn. 8), S. 1985.

18 *BGH*, NJW 2004, 1376.

19 *OLG Bremen*, NJW 2006, 1210 (1212).

ihrerseits enthält keine Regelung bzgl. verbundener Verträge.[20] Zwar betont der Gerichtshof auch, dass die HWiRiL nicht ausschließe, dass der Widerruf des Darlehensvertrags Auswirkungen auf den Immobilienkaufvertrag habe, wenn die beiden Verträge als verbunden angesehen werden könnten. Daher ließe sich erwägen, die Vorschriften über verbundene Geschäfte entsprechend anzuwenden.[21] Gegen diese Lösung spricht jedoch, dass damit der Schutz des falsch belehrten Verbrauchers davon abhinge, dass es sich bei den Verträgen um verbundene Verträge handelt. Der EuGH stellt jedoch vielmehr darauf ab, ob es dem Verbraucher bei korrekter Belehrung möglich gewesen wäre, sich von den mit dem Geschäft verbundenen Risiken zu lösen. Dabei handelt es sich um Kausalitätserwägungen, die nicht in die Dogmatik der verbundenen Verträge passen, sondern sich besser i. R. eines Schadensersatzanspruches behandeln lassen.[22]

II. Schadensersatzanspruch der Beklagten wegen fehlerhafter Belehrung über das Widerrufsrecht (§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB n. F.)

1. Widerrufsbelehrung als Rechtspflicht

Zunächst müsste die Bank mit der fehlerhaften Widerrufsbelehrung eine Pflicht verletzt haben. Die Widerrufsbelehrung wurde bislang von der h. M. und Rechtsprechung als eine bloße Obliegenheit angesehen.[23] Der Nachteil, der dem Unternehmer im Falle einer mangelhaften Belehrung drohe, liege nach § 355 III 3 BGB n. F. allein darin, dass das Widerrufsrecht des Verbrauchers nicht erlösche.

Gegen dieses Dogma wendet sich das OLG Bremen im Anschluss an den EuGH: Art. 4 HWiRiL spreche davon, dass der Unternehmer den Verbraucher über sein Widerrufsrecht zu belehren habe. Die Belehrung über den Widerruf habe den Sinn, dem Verbraucher die Möglichkeit zu eröffnen, sich von dem Vertrag zu lösen. Insoweit könne nicht von einer Obliegenheit gesprochen werden.[24]

Demgegenüber argumentiert eine Ansicht in der Literatur dahingehend, dass die Funktion der Widerrufsbelehrung nicht darin liege, den Widerruf eines Geschäfts zu ermöglichen oder den Verbraucher auf die Risiken, die mit dem finanzierten Objekt verbunden seien, hinzuweisen. Die Widerrufsbelehrung sei vielmehr „verhaltensneutral".[25]

Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen. Das Widerrufsrecht ist das zentrale Instrument des Schuldnerschutzes im Verbraucherrecht. Dieser Bedeutung wird es aber nicht gerecht, wenn man die Belehrung über den Widerruf als bloße Obliegenheit

---

20 *EuGH*, 25. 10. 2005, Rs. C-350/03, Schulte/Badenia, Slg. 2005 I-9213, Rn. 74 ff.

21 So *Fischer* (Fn. 15), S. 53, 57; *Staudinger*, Die Zukunft der „Schrottimmobilien" nach den EuGH-Entscheidungen vom 25. 10. 2005, NJW 2005, S. 3521, 3524.

22 So auch *BGH*, NJW 2006, 2099 (2101).

23 MüKo-*Ulmer*, § 355, Rn. 44; *BGH*, NJW 1990, 181.

24 *OLG Bremen*, NJW 2006, 1210 (1213).

25 *Sauer*, Schadensersatzanspruch wegen nicht ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung?, NZM 2006, S. 333, 335.

charakterisiert. Die effektive Umsetzung des europarechtlich vorgegebenen Widerrufsrechts verlangt daher eine wirksame Belehrung darüber, da es ansonsten entwertet würde.[26] Die Charakterisierung als Obliegenheit ist eine Eigenheit des deutschen Rechts, die nicht mit Art. 4 HWiRiL vereinbar ist, nach der der „Verbraucher über sein Widerrufsrecht zu belehren ist".[27]

2. Verschulden der Bank

a) Ein weiterer kritischer Punkt ist die Frage, ob die Bank ein Verschulden an der mangelhaften Belehrung trifft. Daran könnte im vorliegenden Fall zu zweifeln sein, weil die Bank damit nicht nur von der Haustürsituation hätte wissen müssen, sondern auch von ihrer Pflicht zur Belehrung des Verbrauchers. Das Bestehen einer solchen Belehrungspflicht nach dem HWiG bei Darlehensverträgen wurde von der früheren Rechtsprechung und h. L. durchweg abgelehnt.[28] Lediglich eine Meinung in der Literatur forderte eine richtlinienkonforme Auslegung von Art. 5 II HWiG, aus der sich ein solches Widerrufsrecht ergibt.[29] Sichere Kenntnis bzgl. der Belehrungspflicht kann erst mit der *Heininger*-Rechtsprechung des EuGH aus dem Jahr 2001 angenommen werden.

Das OLG lässt die Diskussion in der Literatur jedoch ausreichen, um einen unverschuldeten Rechtsirrtum der Banken abzulehnen.[30] Diese Ansicht erscheint jedoch höchst zweifelhaft. Man würde den Banken zu viel zumuten, würde man verlangen, dass diese aufgrund einer Diskussion in der Literatur ihre Widerrufsbelehrungen überdächten. Es handelte sich dabei – wie das OLG einräumt – um die Ansicht einer Minderheit. In der Rechtsprechung wurde eine solche Pflicht durchweg verneint. Es erscheint jedoch allenfalls zumutbar, dass sich die Banken über die höchstrichterliche Rechtsprechung informieren und daran orientieren.[31]

b) Diese Diskussion kann jedoch dahinstehen, wenn die Bank bereits verschuldensunabhängig haften würde. Eine solche Garantiehaftung entnimmt das OLG dem Passus in § 276 I S. 1 BGB, wonach der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, „sofern nicht ein anderes bestimmt ist". Eine solche andere Bestimmung liege in der Rechtsprechung des EuGH vom 25. 10. 2005.[32]

Die Gegenansicht in der Literatur sieht hierin eine Überschreitung der erlaubten Rechtsfortbildung. Eine andere Bestimmung i. S. v. § 276 I S. 1 BGB erfordere eine

---

26 So i. E. auch *Artz/Kessens*, Anmerkung zum Urteil des OLG Bremen v. 2. 03. 2006, VuR 2006, S. 153; vgl. auch Palandt-*Grüneberg*, BGB, § 355, Rn. 13.

27 *Knops/Kulke* (Fn. 13), S. 127, 132.

28 Vgl. die Nachweise bei *BGH*, NJW 2006, 2099 (2103).

29 *Staudinger* (Fn. 19), S. 3521, 3524 f.

30 *OLG Bremen*, NJW 2006, 1210 (1213).

31 So auch *BGH*, NJW 2006, 2099 (2103); *Artz/Kessens* (Fn. 24), S. 153, 154; *Habersack* (Fn. 8), S. 91, 93; *Freitag*, Neuer Wein in alten Schläuchen: Die Haftung von Kreditinstituten wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung nach Art. 4 Satz 3 der Haustürwiderrufsrichtlinie, S. 61, 69; a. A. *Knops/Kulke* (Fn. 13), S. 127, 133.

32 *OLG Bremen*, NJW 2006, 1210 (1213 f.).

Regelung des nationalen Rechts. Etwas anderes lasse sich weder durch eine Analogie noch durch eine richtlinienkonforme Auslegung erreichen.[33] Das Verschuldensprinzip sei eine Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, die auch nicht durch Europarecht umgangen werden könne. Zum anderen fehle es bereits an einem Anknüpfungspunkt in der Richtlinie.[34]

Diese Ansicht ist europarechtlich jedoch bedenklich. Der EuGH hat unmissverständlich klar gemacht, dass der Schuldner die Möglichkeit haben muss, sich von dem finanzierten Geschäft und den ihm daraus erwachsenden Konsequenzen zu lösen. Dabei haben die Gerichte alle Möglichkeiten des nationalen Rechts auszuschöpfen. § 276 I S. 1 BGB eröffnet die Möglichkeit einer verschuldensunabhängigen Haftung. Das Argument, dass eine andere Bestimmung i. S. v. § 276 I S. 1 BGB aus dem nationalen Recht stammen muss, kann nicht greifen, wenn das europäische Recht eine verschuldensunabhängige Haftung erfordert. Ein solches Erfordernis ergibt sich aus der für die Gerichte bindenden Entscheidung des EuGH. Dieser verlangt eine Lösung auf dem Boden des deutschen Rechts. Eine Gesetzesänderung mag für die Zukunft wünschenswert sein, doch gilt es zunächst, die Altfälle einer Lösung i. S. des EuGH zuzuführen.[35] Darüber hinaus verlangt der bereits angesprochene *effet-utile*-Gedanke, dass der Schuldner durch den Widerruf nicht nur das eigentliche Kaufgeschäft, sondern alle damit zusammenhängenden Folgen abwehren kann. Denn oftmals ergeben sich die schwersten Folgen nicht aus dem Kaufvertrag, sondern aus der Finanzierung des Geschäfts.[36]

3. Kausalität und Beweislastverteilung

Erforderlich für eine Schadensersatzhaftung ist weiterhin, dass die Pflichtverletzung kausal für den eingetretenen Schaden ist. Vorliegend ist jedoch ungewiss, wie sich der Beklagte verhalten hätte, wenn er ordnungsgemäß belehrt worden wäre. Insbesondere gilt es zu berücksichtigen, dass der Darlehensvertrag nach dem Kaufvertrag geschlossen wurde. Daher vertritt die wohl h. M., dass es an einem Kausalzusammenhang fehlt, da es dem Verbraucher nicht mehr möglich war, durch einen Widerruf des Darlehensvertrags aufgrund von § 312 I BGB den Kaufvertrag zu verhindern oder rückgängig zu machen.[37]

Das OLG Bremen übergeht diese Bedenken, indem es den Kaufvertrag nach § 134 BGB für nichtig erklärt, da der Treuhandvertrag und die Vollmacht der T-GmbH gegen das Rechtsberatungsgesetz verstoße.[38] Das OLG vermutet widerlegbar, dass der Verbraucher bei ordnungsgemäßer Belehrung von dem Anlagegeschäft Abstand ge-

33 *Artz/Kessens* (Fn. 24), S. 153, 154.
34 MüKo-*Grundmann*, § 276, Rn. 171; *Sauer* (Fn. 23), S. 333, 335 f.; *Freitag* (Fn. 30), S. 61, 69.
35 So i. E. auch *Knops/Kulke* (Fn. 13), S. 127, 133; *Hoffmann* (Fn. 8), S. 1985, 1991.
36 So i. E. auch *Habersack* (Fn. 8), S. 91, 93.
37 *Habersack* (Fn. 8), S. 91, 93; *Sauer* (Fn. 23), S. 333, 336; *Artz/Kessens* (Fn. 24), S. 153, 154; so wohl auch *BGH*, NJW 2006, 2099 (2103).
38 *OLG Bremen*, NJW 2006, 1210 (1214).

nommen hätte.[39] Diese Auslegung entspricht im Kern der Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens. Nach diesem Grundsatz trägt derjenige die Beweislast, der eine Aufklärungs- oder Beratungspflicht verletzt hat.[40]

Hier setzt wiederum die Kritik an: Die Widerrufsbelehrung sei verhaltensneutral. Sie kläre nicht über den Inhalt des finanzierten Geschäfts auf. Daraus müsse dann aber folgen, dass es ein aufklärungsgerechtes Verhalten nicht geben kann. Die Beweislast läge danach beim Verbraucher.[41] Diese Ansicht ignoriert jedoch die Vorgaben des EuGH und ist daher abzulehnen. Auf die Reihenfolge des Abschlusses der Verträge kann es nicht ankommen, da diese oftmals nur vom Zufall abhängig ist.[42] Die Vorgaben des EuGH lassen noch eine andere Interpretation zu: Der Gerichtshof spricht in seiner Entscheidung von der bloßen „Möglichkeit" der Abstandnahme von dem finanzierten Geschäft, der Anspruch ist demnach nicht an einen Kausalitätsnachweis geknüpft. Es genügt der Verlust der Widerrufsmöglichkeit. Stellt man aber nur auf die Möglichkeit eines Verzichts auf das Geschäft ab, kann es nicht darauf ankommen, wie sich der Verbraucher hypothetisch entschieden hätte. Daher geht eine Ansicht von einer unwiderlegbaren Vermutung der Kausalität aus.[43]

Gegen eine unwiderlegbare Vermutung spricht jedoch, dass der EuGH selbst Kausalitätserwägungen anstellt: So spricht der Gerichtshof davon, dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen treffen müssten, wenn der Verbraucher bei ordnungsgemäßer Belehrung die Möglichkeit gehabt hätte, die Risiken eines Kapitalanlagegeschäfts zu vermeiden.[44] Aus dieser Formulierung folgt, dass dem Kreditinstitut die Möglichkeit des Gegenbeweises verbleiben muss. Es ist daher von einer widerlegbaren Vermutung zugunsten des Verbrauchers auszugehen.[45]

4. Rechtsfolgen des Schadensersatzanspruches

In seiner Entscheidung statuiert das OLG Bremen, in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH, eine Freistellung des Verbrauchers von allen mit dem Anlagegeschäft verbundenen Risiken. Die klagende Bank soll nicht die sofortige Rückzahlung des Darlehens samt marktüblicher Zinsen verlangen können. Das OLG verweist somit die Bank auf die Immobilie, die der Beklagte statt der Zahlung der Darlehensvaluta an die Bank zu übereignen hat.[46]

---

39 *OLG Bremen*, NJW 2006, 1210 (1214).

40 Ebenso *Habersack* (Fn. 8), S. 91, 93; *Derleder*, Anwendbarkeit der Haustürwiderrufsrichtlinie bei Verträgen über Immobilien, BKR 2005, S. 441, 449.

41 *Thume/Edelmann*, Keine Pflicht zur systemwidrigen richtlinienkonformen Rechtsfortbildung, BKR 2005, S. 477, 483; *Sauer* (Fn. 23), S. 333, 337.

42 *Knops*, Der Widerruf von Krediten zum Immobilienerwerb nach der Richtlinie 85/577/EWG und dem Haustürwiderrufsgesetz, WM 2006, S. 70, 74; *Lang/Rösler*, Schadensersatz nach fehlerhafter Widerrufsbelehrung?, WM 2006, S. 513, 518.

43 So *Hoffmann* (Fn. 8), S. 1985, 1992.

44 *EuGH*, 25. 10. 2005, Rs. C-350/03, Schulte/Badenia, Slg. 2005 I-9213, Rn. 101.

45 Ebenso *Freitag* (Fn. 29), S. 61, 67; *Staudinger* (Fn. 19), S. 3521, 3523; *Knops/Kulke* (Fn. 13), S. 127, 133; *Woitkewitsch* (Fn. 10), S. 241, 242.

46 *OLG Bremen*, NJW 2006, 1210 (1216 f.).

Gegen diese Art der Rückabwicklung lässt sich mit Teilen der Literatur einwenden, dass auf diesem Wege die Grundsätze über die verbundenen Verträge zur Anwendung kommen, obwohl diese, wie oben geschildert, in Situationen wie der vorliegenden ausgeschlossen sind.[47]

Der Grundsatz der Naturalrestitution, wie er in § 249 I BGB zum Ausdruck kommt, verlangt jedoch, dass der Verbraucher so zu stellen ist, als wäre er nicht fehlerhaft belehrt worden.[48] Danach ist der Verbraucher von den Folgen des Anlagegeschäfts freizustellen. Dieses Ergebnis ist die Konsequenz aus der Rechtsprechung des EuGH. Daraus folgt, dass der Verbraucher von der Pflicht zur Rückzahlung des Darlehens zu befreien ist, und er sich von der unrentablen Immobilie trennen kann.[49] Die Rechtsfolge mag zwar i. E. dieselbe sein wie bei den verbundenen Verträgen nach § 358 BGB, doch der Weg dorthin führt über die hier aufgezeigten „Klippen" der Voraussetzungen eines solchen Anspruchs. Gerade die Problematik des Verschuldens und der Kausalität haben gezeigt, dass für eine Rückabwicklung über den Schadensersatz besondere Anforderungen erfüllt sein müssen, die bei einer Lösung über § 358 BGB entbehrlich wären.[50]

5. Verjährung

Das letzte Problem, mit dem sich das OLG Bremen auseinanderzusetzen hatte, lag in der Frage der Verjährung des Anspruchs. Nach altem Recht verjährte ein Anspruch aus c. i. c. nach 30 Jahren ab Entstehung des Anspruchs (§ 195 BGB a. F.), also gerechnet ab der fehlerhaften Belehrung aus dem Jahre 1992. Nach § 199 I BGB n. F. gilt die allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren ab Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entsteht und in dem der Gläubiger Kenntnis des Anspruchs erlangt. Bei der Frage der Verjährung muss hier Art. 229 § 6 IV S. 1 EGBGB berücksichtigt werden: Da die Verjährungsfrist nach dem alten Recht am 1. 1. 2002 noch nicht abgelaufen war und die Frist nach dem neuen Recht kürzer ist, gilt diese kürzere Verjährungsfrist.

Das OLG Bremen verneinte das Vorliegen einer Verjährung. Zweifelhaft sei bereits, ob vor Erlass der Entscheidung des EuGH im Jahr 2005 davon ausgegangen werden könne, dass der Beklagte Kenntnis i. S. v. § 199 I Nr. 2 BGB bzgl. eines Anspruchs auf Schadensersatz gegen die Bank hatte. Aber auch wenn man mit der Begründung der Bank annähme, der Beklagte habe spätestens seit seiner anwaltlichen Beratung im Jahr 2001 von seinem Widerrufsrecht Kenntnis erlangt, so würde doch das Verteidigungsvorbringen des Beklagten innerhalb der Verjährungsfrist zu einer Hemmung der Verjährung nach § 203 BGB führen.[51]

---

47 *Piekenbrock*, Haustürwiderruf und Vertragstreue, WM 2006, S. 466, 477; *Freitag* (Fn. 29), S. 61, 68.

48 *Fischer* (Fn. 15), S. 53, 58.

49 So auch *Hoffmann* (Fn. 8), S. 1985, 1992; *Staudinger* (Fn. 19), S. 3521, 3523; *Fischer* (Fn. 15), S. 53, 58.

50 So wohl auch *Habersack* (Fn. 8), S. 91, 92.

51 *OLG Bremen*, NJW 2006, 1210 (1217).

Die vom OLG gefundene Begründung überzeugt i. E. Auch bei der Frage der Verjährung sind die Vorgaben des deutschen Rechts europarechtskonform auszulegen. Zwar lässt sich die Argumentation hören, der Anspruch aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB sei nicht durch die Entscheidung des EuGH am 25. 10. 2005 i. S. v. § 199 I Nr. 1 BGB entstanden, sondern hätte bereits mit der fehlerhaften Belehrung existiert. Der EuGH habe den Anspruch nicht geschaffen, sondern nur eine Auslegung der Richtlinie vorgenommen.[52] Wie die Entscheidung des OLG Bremen jedoch zeigt, wird die nationale Rechtsprechung Schadensersatzansprüche wegen mangelhafter Widerrufsbelehrung erst aufgrund der Vorgaben des EuGH zulassen. Ein solcher Anspruch ist anhand der konkreten Vorgaben des Gerichtshofs dem nationalen Recht zu entnehmen. Wie die vorangegangene Analyse gezeigt hat, müssen dazu bestehende Rechtsinstrumente des nationalen Rechts erst den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen angepasst werden. Insoweit lässt sich von einer Entstehung des Anspruchs erst mit der Entscheidung des EuGH im Jahr 2005 sprechen.[53] Würde man hier eine Verjährung annehmen, würde dies außerdem dazu führen, dass die vielen Altfälle nicht mehr i. S. d. EuGH gelöst werden könnten, was nicht sachgerecht wäre.[54]

D. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das OLG Bremen in nicht zu beanstandender Weise die Vorgaben des EuGH umgesetzt hat. Dass das deutsche Zivilrecht in einigen Punkten den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts erst von der Rechtsprechung angepasst werden muss, ist unbedenklich. Der Anspruch aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB eröffnet genug interpretatorischen Spielraum für die Gerichte, eine europarechtskonforme Auslegung vorzunehmen. In Zeiten eines Europäischen Justizraums mutet es merkwürdig an, wenn argumentiert wird, dass gewisse Institute des nationalen Rechts „gemeinschaftsrechtsresistent" seien. Diese Aussage steht im Gegensatz zu dem seit langem anerkannten Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und der Methode der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts.

Ob der BGH, der über die Revision gegen die Entscheidung des OLG zu entscheiden hat, dessen Rechtsprechung folgen wird, erscheint indes fraglich. Der 11. Senat hat in einer Entscheidung vom Mai 2006[55] bereits angedeutet, dass ein Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Belehrung des Verbrauchers nach deutschem Recht zweifelhaft sei, hat die Frage i. E. jedoch offen gelassen hat. Das Thema Schrottimmobilien ist daher wohl noch lange nicht vom Tisch.

---

52 *Hoffmann* (Fn. 8), S. 1985, 1993.
53 Ebenso *Woitkewitsch* (Fn. 10), S. 241, 243; *Piekenbrock* (Fn. 45), S. 466, 478.
54 *Hoffmann* (Fn. 8), S. 1985, 1993.
55 *BGH*, NJW 2006, 2099 (2102 ff.).

Die wirtschaftsrechtlichen
••• Schwerpunkte

Wettbewerbsrecht
Von Wiss. Ass. Dr. Katharina Vera Boesche, Berlin.
2., neu bearbeitete Auflage 2007.
XXIV, 366 Seiten. € 24,-
ISBN 978-3-8114-9212-7 (Bd. 23)

Klausurenkurs im Wettbewerbs- und Kartellrecht
Ein Fall- und Repetitionsbuch
Von Prof. Dr. Günther Hönn, Saarbrücken.
4., neu bearbeitete Auflage 2007.
X, 188 Seiten. € 18,-
ISBN 978-3-8114-9210-3
(Schwerpunkte Klausurenkurs)

NEU Kapitalmarktrecht
Von Prof. Dr. Petra Buck-Heeb, Hannover.
2., völlig neu bearbeitete Auflage 2007. XX, 267 Seiten. € 22,50
ISBN 978-3-8114-8055-1 (Bd. 24)

Konzern- und Umwandlungsrecht
Von RA Dr. Jens Kuhlmann und RA Dr. Erik Ahnis, Berlin.
2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2007.
XX, 439 Seiten. € 26,-
ISBN 978-3-8114-8037-7 (Bd. 25)

Steuerrecht
Von Prof. Dr. Dieter Birk, Münster.
10., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2007.
XXXV, 467 Seiten. € 27,-
ISBN 978-3-8114-9211-0 (Bd. 17/3)

Internationales und Europäisches Steuerrecht
Von RA Dr. Florian Haase, Hamburg.
2007. XXVIII, 320 Seiten. € 25,-
ISBN 978-3-8114-3464-6 (Bd. 17/5)

Bilanzrecht
Handelsbilanz, Steuerbilanz
Von Prof. Dr. Jochen Thiel und Alexander Lüdtke-Handjery, Köln.
5., völlig neu bearbeitete Auflage 2005. XXV, 383 Seiten. € 24,-
ISBN 978-3-8114-7309-6 (Bd. 17/4)

Klausurenkurs im Steuerrecht
Ein Fall- und Repetitionsbuch
Von Prof. Dr. Dieter Birk, Münster und Prof. Dr. Rainer Wernsmann, Hamburg.
2006. XXI, 203 Seiten. € 18,50
ISBN 978-3-8114-7312-6
(Schwerpunkte Klausurenkurs)

Klausurenkurs im Handelsrecht
Ein Fallbuch
Von Prof. Dr. Karl-Heinz Fezer, Konstanz.
4., neu bearbeitete Auflage 2006.
XIX, 279 Seiten. € 18,-
ISBN 978-3-8114-8024-7
(Schwerpunkte Klausurenkurs)

Arbeitsrecht
Von Prof. Dr. Manfred Lieb, Köln, und Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg.
9., neu bearbeitete Auflage 2006.
XV, 359 Seiten. € 22,-
ISBN 978-3-8114-8006-3 (Bd. 10/1)

Sozialrecht
Von Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn.
6., neu bearbeitete Auflage 2006.
XXIII, 300 Seiten. € 21,50
ISBN 978-3-8114-8034-6 (Bd. 10/2)

NEU Klausurenkurs im Sozialrecht
Ein Fallbuch
Von Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer und Dr. Constanze Abig, Jena.
6., neu bearbeitete Auflage 2008.
XVIII, 191 Seiten. € 19,50
ISBN 978-3-8114-8106-0
(Schwerpunkte Klausurenkurs)

80113018

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

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

Daniel Möritz*

Grenzen der Scheingesellschafterhaftung

Besprechung von OLG Saarbrücken, NJW 2006, S. 2862 ff.

Abstract

Kaum eine Materie des deutschen Gesellschaftsrechts hat in den letzten Jahren solche Bewegung erfahren wie die Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts[1]: In einer Grundsatzentscheidung vom 29. 1. 2001[2] erkannte der II. Zivilsenat des *BGH* die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR an und brachte damit den Stein ins Rollen. Diese Entwicklung hat zu einer Angleichung der Haftungsverfassung von GbR und oHG geführt.[3] Das *OLG Saarbrücken* setzt in einer Entscheidung vom 22. 12. 2005[4] dieser Entwicklung zumindest scheinbar eine Grenze für den Fall der Haftung eines Scheinsozius für Altverbindlichkeiten analog § 130 I HGB.

Die Entscheidung des *OLG Saarbrücken* verdient besondere Beachtung: Sie ist Anlass, sich die Haftungsverfassung der GbR ebenso zu vergegenwärtigen wie die Struktur der allgemeinen Rechtsscheinshaftung, und berührt damit Fragen, die weit über das Personengesellschaftsrecht hinausgehen.

* Daniel Möritz ist Doktorand bei Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. *Werner F. Ebke*, LL.M. am Institut für Deutsches und Europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

1 Im Folgenden GbR oder BGB-Gesellschaft.
2 *BGHZ* 146, 341 ff.
3 *Palandt – Sprau*, § 714, Rn. 11–18 m. w. N.
4 *OLG Saarbrücken*, NJW 2006, 2862 ff.

I. Sachverhalt

Der Sachverhalt lässt sich für die hier interessierenden Zwecke in wenigen Worten zusammenfassen: Der Kläger hatte aus einem Beratungsvertrag mit einer Anwaltssozietät eine Forderung aus den Jahren 1993–1996. Diese Forderung machte er nicht nur gegen die als GbR organisierte Sozietät (Beklagte zu 1) und deren Sozien (Beklagte zu 2 und 3), sondern auch gegen einen angestellten Anwalt (Beklagter zu 4) geltend, der seit Ende 1998 auf dem Briefkopf der Sozietät erschien.

Allein die Haftung des Beklagten zu 4 war unter zweierlei Gesichtspunkten problematisch: Zum einen war er nicht Gesellschafter der Sozietät, zum anderen bestand erst nach dem Entstehen der Forderung des Klägers überhaupt eine Verbindung zur Sozietät, die eine Gesellschafterstellung hätte nahe legen können.

II. Einordnung in die Haftungsverfassung der GbR

1. Noch vor wenigen Jahren wäre die Lösung des Falls relativ leicht von der Hand gegangen: Die Rechtsfähigkeit einer GbR i. S. v. §§ 705 ff. BGB wurde verneint.[5] Die Gesellschafterhaftung konnte nicht von der Haftung der Gesellschaft abhängig gemacht werden, da diese mangels Rechtsfähigkeit nicht Schuldnerin eines Anspruchs sein konnte. Die Lösung erfolgte über das Vertretungsrecht. Soweit ein Sozius im Rahmen seiner Vertretungsmacht für die Gesellschaft handelte, verpflichtete er nicht nur sich selbst, sondern schlüssig auch alle anderen Gesellschafter (sog. Doppelverpflichtungslehre).[6] Mangels Gesellschafterstellung des Beklagten zu 4 konnte dieser nicht wirksam vertreten werden. Auch unter dem Gesichtspunkt einer Anscheinsvollmacht scheidet eine Vertretung des Beklagten zu 4 aus: Zwar wird gegenüber einem Dritten durch den Briefkopf einer Sozietät zurechenbar der Eindruck erweckt, die aufgeführten Personen seien, sofern ein Zusatz fehlt, Teilhaber der Sozietät,[7] jedoch kam dieser Schein erst zu einem Zeitpunkt auf, zu dem die in Rede stehende Forderung längst begründet war.[8] Es fehlte also bei dem Vertragsschluss zwischen Kläger und den Beklagten zu 2 und 3 an den Voraussetzungen für eine Anscheinsvollmacht, auch den Beklagten zu 4 zu vertreten. Eine vertragliche Schuldübernahme des Beklagten zu 4 musste ebenfalls ausscheiden: Erstens war dieser gar kein Gesell-

5 *BGHZ* 80, 222 (227).

6 So noch *BGHZ* 136, 254 (258 f.); *BGHZ* 74, 240 (241 f.).

7 St. Rspr., etwa *BGH*, NJW 2001, 165 (166); ausführlich *Peres/Depping*, Scheinsozietät und Scheinsozius – Gesellschafts-, berufs- und steuerrechtliche Fragen, DStR 2006, S. 2261, 2262.

8 Das war im Originalfall unter den Parteien umstritten. Die letzte Forderung wurde im Februar 2003 begründet, das *OLG Saarbrücken* sah allerdings einen Rechtsschein gegenüber dem Kl. erst ab September 2003 als bewiesen an. Grund dafür war, dass der Kl. einen an ihn gerichteten Brief mit dem Beklagten zu 4 auf dem Briefkopf erst aus dem September 2003 vorlegen konnte, *OLG Saarbrücken*, NJW 2006, 2862 (2863); hierzu kritisch *Feit/Giedinghagen*, Anmerkung zu *OLG Saarbrücken*, VersR 2007, 361 f., VersR 2007, S. 362, 362 f.

schafter geworden, und zweitens müssten zu dem Eintritt in die Gesellschaft zusätzliche Gesichtspunkte hinzutreten.[9] Nach der traditionellen Haftungsverfassung scheidet eine Haftung des Beklagten zu 4 damit eindeutig aus.

Für diese eigenständige Haftungsverfassung der GbR spricht ein Umkehrschluss aus §§ 124 I, 128 S. 1 HGB: Wenn nämlich für die oHG, die als Handelspersonengesellschaft eine Spezialform der BGB-Gesellschaft darstellt, Rechtsfähigkeit und akzessorische Haftung ausdrücklich angeordnet werden und bei der BGB-Gesellschaft entsprechende Normen fehlen, liegt es nahe, dass letztere nicht für die GbR gelten sollen.[10] Diese Unterscheidung wurde mit den höheren Anforderungen des Rechtsverkehrs an Handelsgesellschaften (insbesondere angesichts des Betriebs eines Handelsgewerbes, § 1 I HGB) begründet.[11]

2. Gleichwohl hat sich der *BGH* von der traditionellen Haftungsverfassung verabschiedet.[12] Hintergrund ist eine Anpassung an praktische Erfordernisse. So gibt es BGB-Gesellschaften, die in erheblichem Umfang am Rechtsverkehr teilnehmen. Wenn stets ein Vorgehen gegen alle Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit erforderlich ist und zudem der Gesellschafterbestand wechselhaft und mangels Eintragung im Handelsregister unübersichtlich sein kann, kommt es zu erheblichen Beschwerlichkeiten. Zudem kann der Übergang von einer BGB-Gesellschaft zur oHG schwer erkennbar sein: Eine BGB-Gesellschaft wird, wenn das von ihr betriebene Geschäft wächst und die Grenzen des Kleingewerbes (§ 1 II HGB) überschreitet, gem. §§ 105 I, 123 II HGB automatisch zur oHG, ohne dass eine Handelsregistereintragung erforderlich wäre. Behandelte man die GbR weiterhin als rechtsunfähig, so wäre für den Außenstehenden bisweilen gar nicht ersichtlich, ob die ihm gegenüber stehende Gesellschaft rechtsfähig ist oder nicht: Den Umfang des von ihr betriebenen Gewerbes wird man im Grenzfall kaum einschätzen können. Als Stichwort in diesem Zusammenhang wird regelmäßig das Erfordernis der Identität der Personengesellschaften genannt.[13] Zudem ist nicht ersichtlich, dass die Behandlung der GbR als rechtsfähig zu nicht gerechtfertigten Nachteilen etwa für die Gesellschafter führt: Indem sie es zulassen, dass die GbR nach außen auftritt, sind sie es selbst, die die GbR zum Träger von Rechten und Pflichten machen; so müssen sie sich Vor- wie Nachteile zurechnen lassen.[14]

Der grundlegende Wandel vollzog sich binnen weniger Jahre: Im Zuge der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR hat sich der *BGH* auch von der Doppelverpflichtungslehre verabschiedet und die Haftung der Gesellschafter nach der Akzessorie-

9 *OLG Saarbrücken*, NJW 2006, 2862 (2863) m. w. N.: Ein solcher zusätzlicher Gesichtspunkt könnte etwa die Einbeziehung in ein noch laufendes Mandat sein. *Roth*, Zur Haftung des Scheingesellschafters einer GbR für Gesellschaftsschulden, DB 2007, S. 616, 619 weist zu Recht darauf hin, dass unter der Ägide der Akzessorietätstheorie, vgl. sogleich Abschnitt II.2., ein Schuldbeitritt ohnehin fast immer ausscheiden dürfte.

10 *BGHZ* 74, 240 (242 f.).

11 *BGHZ* 74, 240 (243).

12 *BGHZ* 146, 341 ff.

13 *BGHZ* 146, 341 (345 f.).

14 Etwa *BGHZ* 154, 370 (375).

tätstheorie behandelt.[15] Daraufhin erkannte er diese akzessorische Haftung – der Sache nach analog § 128 S. 1 HGB – auch für Verbindlichkeiten aus gesetzlichen Schuldverhältnissen, etwa aus unerlaubter Handlung, an.[16] Soweit eine Gesellschafterstellung erst nach Entstehen einer Forderung begründet wird, soll sich die Haftung entsprechend § 130 I HGB ergeben.[17]

Das allein vermag in unserem Fall dem Kläger aber noch nicht weiterzuhelfen: Mangels Gesellschafterstellung des Beklagten zu 4 kommen diese Haftungsnormen nicht zur Anwendung. Es bedarf eines Rückgriffs auf den Rechtsschein, der durch den ab Ende 1998 verwendeten Briefkopf der Sozietät gesetzt wurde. Für die oHG ist nach der Lehre vom sog. Scheingesellschafter anerkannt, dass derjenige, der zurechenbar den Eindruck erweckt, Sozius zu sein, auch nach § 128 S. 1 HGB für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet.[18] Nun fragt sich, ob erstens die Lehre vom Scheingesellschafter auch bei der GbR Anwendung findet und zweitens, ob das auch zur Haftung für Altverbindlichkeiten analog § 130 I HGB führt.

III. Die Entscheidung des *OLG Saarbrücken*

Das *OLG Saarbrücken* greift für seine Entscheidung auf die Erwägungen des *BGH* zurück, mit denen die analoge Anwendung des § 130 I HGB auf die GbR begründet wurde. Danach sei die Haftung für Altverbindlichkeiten das konsequente „Zu-Ende-Denken" der akzessorischen Gesellschafterhaftung. Diese wurzele in der Eigenart einer Personengesellschaft: Es fehle an jeder Form von gebundenem Haftungskapital. Somit sei die persönliche Haftung auch für Altverbindlichkeiten notwendiges Korrelat zu dem fehlenden Gläubigerschutz durch Kapitalerhaltung. Da die Gesellschafter jederzeit Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen nehmen und somit den Gläubigern die Haftungsgrundlage entziehen könnten, sei eine persönliche Haftung gegenüber sämtlichen Gläubigern der Gesellschaft ebenso gerechtfertigt wie erforderlich.[19]

---

15 *BGHZ* 146, 341 (358).

16 *BGH*, NJW 2003, 1445 (1446 f.). Der *BGH* stützt die akzessorische Gesellschafterhaftung anscheinend auf ein allgemeines Rechtsprinzip; die Begründungsansätze im Einzelnen variieren, dazu näher *Ulmer*, in MüKo-BGB, § 714, Rn. 35 f. Im Folgenden wird schon der Einfachheit halber von einer analogen Anwendung der Vorschriften zur oHG ausgegangen.

17 *BGHZ* 154, 370 (373 ff.); diese Haftung für Altverbindlichkeiten war auch unter den Anhängern der Akzessorietätstheorie umstritten, vgl. *Ulmer*, in: MüKo-BGB, § 714, Rn. 72 f. m. w. N. Zum Ganzen *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 6. Auflage (2005), S. 50 ff.
Völlig zu Recht weisen *Feit/Giedinghagen* (Fn. 8), S. 364 darauf hin, dass § 130 I HGB auch auf die Anwalts-GbR analog Anwendung finden muss. Daran vermag auch das – bisweilen anzutreffende – besondere persönliche Vertrauen zwischen dem Mandanten und dem von ihm konkret beauftragten Rechtsanwalt nichts zu ändern, wie ein Rückschluss aus § 8 I 2, II PartGG ergibt.

18 *BGHZ* 17, 13 (13); *K. Schmidt*, Handelsrecht, 5. Auflage (1999), S. 325.

19 *OLG Saarbrücken*, NJW 2006, 2862 (2863 f.) unter Bezugnahme auf *BGHZ* 154, 370 (373 ff.).

Auf dieser Grundlage stellt das *OLG Saarbrücken* fest, dass genannte Erwägungen die Haftung eines Scheingesellschafters gerade nicht zu rechtfertigen vermögen. Schließlich habe ein Scheingesellschafter gerade keinen Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen und erziele gerade nicht die Vorteile aus der Gesellschafterstellung, die seine persönliche Haftung begründen. Aus diesem Grunde verneint das *OLG Saarbrücken* eine Haftung des Beklagten zu 4 aus § 130 I HGB analog i. V. m. der Lehre vom Scheingesellschafter.[20]

IV. Kritik

Das Urteil des *OLG Saarbrücken* ist teilweise auf Zustimmung gestoßen,[21] hat aber auch deutliche Kritik erfahren:[22] So wurde vorgebracht, die Entscheidung missachte die Einheitlichkeit der Haftungsverfassung von GbR und oHG.[23] Soweit sich die Kritik auf die Gedankenführung des Urteils stützt, möchte ich mich dem anschließen. Analysiert man die Argumentation des *OLG Saarbrücken* genauer, so dürfte sie nicht nur zu einer Ablehnung der Haftung des Scheingesellschafters für Altverbindlichkeiten, sondern der akzessorischen Haftung des Scheingesellschafters insgesamt führen. Mehr noch: Sie dürfte die Lehre vom Scheingesellschafter nicht nur für die GbR, sondern auch für die oHG verwerfen, denn sie setzt bei den Gedanken an, die die gesamte Haftungsverfassung der §§ 128 ff. HGB tragen:[24] Ein Scheingesellschafter ist gerade kein Gesellschafter, wird daher stets über keine Gesellschafterrechte verfügen. Wenn ihm aber allein deshalb, weil er die Vorteile eines Gesellschafters nicht wahrzunehmen vermag, auch die Nachteile nicht zugerechnet werden könnten, entfiele jede akzessorische Haftung eines Scheingesellschafters.

Damit bleiben nur zwei Möglichkeiten mit genanntem Gedankengang zu verfahren: Entweder ihn als inkonsequent zu verwerfen oder konsequent die Axt zu legen an die Figur des Scheingesellschafters. Letzteres widerspräche nicht nur langjähriger Rechtspraxis, es wäre auch unbillig: Gerade bei einer Personengesellschaft ist es von außerordentlicher Bedeutung für einen Geschäftspartner, wer als persönlich haftender Gesellschafter als Personalsicherheit zur Verfügung steht. Ein Gläubiger geht von einer – für oHG und GbR gleichermaßen geltenden – bestimmten Haftungsverfassung aus und richtet sein Verhalten daran aus.[25] In einem solchen Fall vermag es nicht zu überzeugen, die Interessen des Gläubigers hinter denen des Scheingesell-

20 *OLG Saarbrücken*, NJW 2006, 2862, (2864).

21 *Peres/Depping* (Fn. 7), S. 2263, im Ergebnis zustimmend auch *Roth* (Fn. 10), 620.

22 *Lepczyk*, Haftung des GbR-Scheingesellschafters für Altverbindlichkeiten, NJW 2006, S. 3391, 3392; *Feit/Giedinghagen* (Fn. 8), S. 363 f.

23 *Lepczyk* (Fn. 22), S. 3392; *Feit/Giedinghagen* (Fn. 8), S. 363.

24 In die gleiche Richtung geht *Lepczyk* (Fn. 22), 3392, der zu Recht anmerkt, dass die Überlegungen des *OLG Saarbrücken* konsequent zu Ende gedacht „*die gesamte Rechtsscheinshaftung ins Wanken*" bringen würde.

25 *Feit/Giedinghagen* (Fn. 8), S. 363.

schafters zurücktreten zu lassen, soweit der Rechtsschein dem Scheingesellschafter zurechenbar ist.

V. Grundsätze der Rechtsscheinshaftung als geeigneter Lösungsansatz

1. Einen geeigneten Zugang verspricht hingegen eine Orientierung an den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsscheinshaftung. Danach bedarf es für eine Haftung der zurechenbaren Setzung eines Rechtsscheins, des schutzwürdigen Vertrauens auf diesen Rechtsschein und einer Betätigung eben dieses Vertrauens, das die Haftung zu rechtfertigen vermag.[26] Wie bereits dargestellt, vermögen diese Gedanken in aller Regel eine Haftung für Verbindlichkeiten zu begründen, die nach dem Entstehen des Rechtsscheins entstanden sind. Allerdings lässt sich bezweifeln, ob diejenigen Gesichtspunkte, die eine Rechtsscheinshaftung begründen, bei Altverbindlichkeiten zum Tragen kommen. Worin soll die für eine Rechtsscheinshaftung konstitutive Betätigung des Vertrauens liegen? Auch ohne den späteren Rechtsschein hätte der Gläubiger seine Forderung gegen die übrigen Gesellschafter realisieren müssen, ohne dass er eine Wahl gehabt hätte. Auf dieser Grundlage liegt es durchaus nahe, eine Haftung eines Scheingesellschafters für Altverbindlichkeiten abzulehnen. Das dürfte dann wiederum gleichermaßen für GbR wie für oHG – und KG – gelten. Mit dieser – zugegebenermaßen von Grund auf veränderten – Argumentation ließe sich die Entscheidung des *OLG Saarbrücken* im Ergebnis halten. Die These, die Voraussetzungen einer Rechtsscheinshaftung seien in Bezug auf § 130 I HGB nicht gegeben, lässt sich durchaus hören.[27]

2. Unangreifbar ist sie aber nicht: Man stelle sich nur vor, ein Gläubiger verzichtet vorübergehend auf die Geltendmachung eines Anspruchs, da er der Überzeugung ist, eine bestimmte Person hafte ihm persönlich und daher bestehe auch für die Zukunft hinreichende Sicherheit.[28] Liegt in diesem Zuwarten nicht etwa eine Betätigung des Vertrauens auf die Gesellschafterstellung dieser Person, gleichviel ob der Rechtsschein vor oder erst nach Entstehen der eigentlichen Verbindlichkeit begründet wurde? Zwar führt ein Zuwarten nicht zu einem Entstehen, aber zu einem Bestehen-Lassen der Verbindlichkeit. Das dürfte dann eine die Haftung des Scheingesellschafters rechtfertigende Vermögensdisposition des Gläubigers darstellen, wenn die Forderung ursprünglich noch realisierbar[29] war.[30] So sind also durchaus Konstellationen

26 *Roth*, in: MüKo-BGB, § 242, Rn. 277 m. w. N.

27 In diese Richtung *Peres/Depping* (Fn. 7), S. 2263. Insofern unverständlich ist die Kritik von *Lepczyk* (Fn. 22), S. 3392, die Entscheidung des *OLG Saarbrücken* missachte die allgemeinen Grundsätze der Vertrauenshaftung.

28 *Vetter*, Altschuldenhaftung auf fehlerhafter Vertragsgrundlage, 1995, S. 35; *Canaris*, Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, 1971, S. 176; *Roth* (Fn. 9), S. 617.

29 Besonders schwierig dürfte es werden, wenn die Forderung zu Beginn des Zuwartens nur noch teilweise realisierbar war. Denken ließe sich an eine lediglich partielle Haftung. Richtigerweise dürfte es aber wohl zu einer vollständigen Haftung des Scheingesellschafters für die

denkbar, in denen die allgemeinen Voraussetzungen einer Rechtsscheinshaftung vorliegen. Allerdings dürfte es sich dabei um einen Ausnahmefall handeln, nicht um die Regel. Für diesen Ausnahmefall erscheint es aber durchaus konsequent, den Scheingesellschafter – gleich ob bei einer oHG, KG oder bei einer GbR – für Altverbindlichkeiten haften zu lassen.[31]

3. Zu einer weitergehenden Haftung kann nur gelangen, wer bei der Haftung des Scheingesellschafters von den allgemeinen Regeln der Rechtsscheinshaftung abweichen will. Immerhin gibt es Fälle von Rechtsscheinshaftung, die von dem geschilderten Prototyp abweichen: So ist für die Haftung aus § 15 I HGB konkretes Vertrauen ebenso wenig erforderlich wie ein Handeln gerade im Hinblick auf dieses Vertrauen. Es reicht allein die Möglichkeit.[32] Diese bestünde nun aber, wie gesehen, auch bei Altverbindlichkeiten. Verstünde man die Haftung des Scheingesellschafters als abstrakte Rechtsscheinshaftung, so läge eine allgemeine Haftung des Scheingesellschafters analog § 130 I HGB zumindest nahe.[33]

Hiergegen sprechen jedoch gewichtige Gesichtspunkte: Anders als bei der Haftung nach § 15 HGB fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung. § 15 HGB konstituiert das Handelsregister als besonders gewichtigen Rechtsscheinsträger. Demgegenüber kann für eine Haftung als Scheingesellschafter jeder mögliche Rechtsschein genügen, soweit ein darauf gestütztes Vertrauen noch als schutzwürdig eingeordnet werden kann.

Hinzu tritt, dass der Verzicht auf konkretes Vertrauen und eine darauf gestützte Betätigung die Abwägung der Interessen zwischen Gläubiger und Scheingesellschafter

---

Altverbindlichkeiten kommen: Zum einen dürfte eine exakte Berechnung des durch das Zuwarten bedingten Ausfalls kaum möglich sein, zum anderen geht es bei der Rechtsscheinshaftung analog § 130 I HGB gerade nicht um eine Haftung auf den Vertrauensschaden, sondern um einen Erfüllungshaftungstatbestand. Dieser sog. positive Vertrauensschutz ist zumindest für das Handelsrecht fast allgemein anerkannt, dazu *Vetter* (Fn. 28), S. 36 m. w. N. Sobald also zumindest noch eine partielle Realisierungschance bestand hat, kommt es zur vollständigen Mithaftung des Scheingesellschafters.

30 So auch *Roth* (Fn. 9), S. 617 unter Berufung auf *Canaris* (Fn. 28), S. 176.

31 *Roth* (Fn. 9), S. 617 erwägt, ob nicht auch § 128 S. 1 HGB analog zur Haftungsbegründung in Betracht kommt: Immerhin liegt die haftungsbegründende Vertrauensbetätigung nach der Begründung der Altverbindlichkeit und wird einer Vertrauensbetätigung in Form des Eingehens einer Neuverbindlichkeit gleichgestellt. Diesen Gedanken verwirft *Roth* aber zu Recht, da § 130 I HGB nur darauf abstellt, ob die Verbindlichkeit vor dem (scheinbaren) Beitritt eines Gesellschafters begründet wurde. Die spätere Vertrauensbetätigung spielt lediglich für die Begründung der Rechtsscheinshaftung eine Rolle.

32 *K. Schmidt* (Fn. 18), S. 395, 410 m. w. N.

33 So für § 15 III HGB etwa *Beyerle*, Fragwürdige Rechtsscheinhaftung in § 15 III HGB n. F., BB 1971, S. 1482, 1489, der für ausreichend erachtet, dass Altgläubiger nach Bekanntmachung über ihre Förderung hätten disponieren können. Nicht verschwiegen werden soll, dass eine allgemeine Haftung für Altverbindlichkeiten aus abstrakten Vertrauenstatbeständen im Schrifttum z. T. abgelehnt wird. Da typischerweise in Bezug auf Altverbindlichkeiten keine Vertrauensdisposition vorliege, müsse etwa § 15 HGB dahingehend teleologisch reduziert werden, dass eine konkrete Vermögensdisposition nachgewiesen werden müsse, so etwa *Vetter* (Fn. 28), S. 26 ff. m. w. N.

in ein neues Licht rückt: Schließlich wird – insofern sei an die Argumente des *OLG Saarbrücken* erinnert – dem Scheingesellschafter viel zugemutet: Ohne die Vorteile eines Gesellschafters muss er haften wie ein Gesellschafter – und zwar mit dem Risiko, mit einem Rückgriff bei Insolvenz von Gesellschaft und deren Gesellschaftern auszufallen. Die Haftung des Scheingesellschafters muss als Ausnahmetatbestand konzipiert werden und greift lediglich, soweit konkreter Vertrauensschutz es erfordert. Auf dieser Linie liegt auch die Rspr. des *BGH*. So heißt es in *BGHZ* 17, 13: *„Wer durch sein Auftreten im Geschäftsverkehr den Anschein erweckt, er sei persönlich haftender Gesellschafter einer Handelsgesellschaft, haftet für deren Verbindlichkeiten aus Geschäften, die ein Dritter im Vertrauen auf diesen Rechtsschein abschließt.“* Nicht verschwiegen werden soll, dass sich in der Rspr. durchaus Tendenzen zu einer sehr großzügigen Handhabung dieser Kriterien finden.[34] K. Schmidt versucht zusammenzufassen, dass der Rspr. genüge, wenn der Gläubiger davon ausgehe, *„es sei alles in Ordnung und wenn bei Kenntnis des wahren Sachverhalts typischerweise mit einer anderen Entscheidung zu rechnen wäre.“*[35] Damit mag eine Brücke gebaut sein, für neu begründete rechtsgeschäftliche[36] Verbindlichkeiten zu einer Haftung nach § 128 S. 1 HGB (analog) zu gelangen, ohne ein Handeln im Vertrauen auf die Gesellschaftereigenschaft eines Scheinsozius im Einzelfall nachweisen zu müssen. Für die Haftung für Altverbindlichkeiten trifft das nicht zu: Wie gesehen, fehlt es in aller Regel an einer Betätigung des Vertrauens. Das Gegenteil muss im Einzelfall nachgewiesen werden, will man doch zu einer Haftung des Scheingesellschafters kommen.

4. Da nicht ersichtlich ist, dass der Kl. im Hinblick auf eine mögliche Gesellschafterstellung des Beklagten zu 4 ab dem Jahre 1998 auf eine sofortige Geltendmachung seiner Forderung verzichtet oder sein diesbezügliches Vertrauen sonstwie in relevanter Weise betätigt hat, dürfte eine Haftung des Beklagten zu 4 analog § 130 I HGB iVm der Lehre vom Scheingesellschafter ausscheiden. Das Urteil des OLG Saarbrücken erweist sich also als im Ergebnis richtig.[37]

---

34 So schon in *BGHZ* 17, 13 (18).

35 *K. Schmidt* (Fn. 18), S. 337.

36 Wegen fehlender Vertrauensbetätigung dürfte eine Scheingesellschafterhaftung für Ansprüche aus unerlaubter Handlung ausscheiden, *Roth* (Fn. 9), S. 617.

37 Das Urteil könnte sich noch unter einem weiteren Aspekt als im Ergebnis richtig darstellen: In der Entscheidung *BGHZ* 154, 370 (377 f.) hat der *BGH* nämlich nicht nur § 130 I HGB für analog anwendbar auf die GbR erklärt, sondern diese Haftung für Altverbindlichkeiten aus Gründen des Vertrauensschutzes zugleich beschränkt auf Eintrittsfälle nach Änderung der Rspr. Da der scheinbare Eintritt des Beklagten zu 4 mit Aufnahme auf den Briefkopf Anfang 1998 beginnt, hätte man also durchaus daran denken können, diese Vertrauensschutzregelung auf unseren Fall anzuwenden. Dagegen spricht allerdings dreierlei: Erstens mag man hinterfragen, ob dieser Vertrauensschutzgedanke auch auf einen Scheinsozius passt. Zweitens könnte man als für den Vertrauensschutz maßgeblichen Zeitpunkt auch das Auftreten des Rechtsscheins gerade gegenüber dem Kläger ansehen; das war im Originalfall des *OLG Saarbrücken* erst im September 2003 (vgl. Fn. 27), also nach der Änderung der Rspr. der Fall. Und drittens – das dürfte entscheidend sein – hat der *BGH* kurz vor der Entscheidung des *OLG Saarbrücken* seine Vertrauensschutzregelung für Altfälle erheblich abgeschwächt:

VI. Hinweise für eine Falllösung und Gliederungsvorschlag

Der Fall verbindet verschiedene Probleme mitten aus dem examensrelevanten Bereich. Er eignet sich daher sehr gut für einen Klausursachverhalt. Zunächst mag man klarstellen, dass für eine vertragliche Schuldübernahme des Beklagten zu 4 nichts ersichtlich ist, zumal er schon rein tatsächlich nicht Gesellschafter geworden ist. Im Folgenden empfiehlt es sich getrennt nach Doppelverpflichtungslehre und Akzessorietätstheorie die Haftung des Beklagten zu 4 zu prüfen. Nach der Doppelverpflichtungslehre kann eine Haftung aus den unter Abschnitt II.1. dargestellten Gründen recht unproblematisch abgelehnt werden. Bei der Akzessorietätstheorie, deren Begründung im Zusammenhang mit der neueren Entwicklung der Rspr. kurz dargestellt werden sollte, empfiehlt es sich, systematisch die in Betracht kommenden Normen wie unter Abschnitt II.2. abzuarbeiten: Bei der Anspruchsgrundlage des § 130 I HGB analog i. V. m. der Lehre vom Scheingesellschafter sollte die Argumentation des OLG Saarbrücken dargestellt und sodann auf die Kritik an dieser Argumentation eingegangen werden. Wen der hier favorisierte Lösungsweg überzeugt hat, mag nun in seiner Stellungnahme eine Lösung nach den Grundsätzen der allgemeinen Rechtsscheinshaftung vorschlagen, was im Ergebnis zur Ablehnung der Haftung des Beklagten zu 4 führt. Das hat den weiteren Vorteil, dass dem Klausurbearbeiter zweierlei weitere Stellungnahmen erspart bleiben: Zum einen muss er sich nicht entscheiden, ob der neueren Akzessorietätstheorie überhaupt zu folgen ist, zum anderen, ob neben § 128 S. 1 HGB auch § 130 I HGB analog auf die GbR angewendet werden soll.

So dürfte sich etwa folgende Gliederung für eine Falllösung anbieten:

A. Haftung wegen Schuldübernahme
B. Haftung als (Schein-)Gesellschafter nach der Doppelverpflichtungslehre
C. Haftung als (Schein-)Gesellschafter nach der Akzessorietätstheorie
  I. Haftung analog § 128 S. 1 HGB
  II. Haftung analog § 130 I HGB
  III. Haftung analog § 130 I HGB i. V. m. der Lehre vom Scheingesellschafter
    1. Argumentation des OLG Saarbrücken
    2. Kritik und bejahende Ansicht
    3. Stellungnahme: Grundsätze der allgemeinen Rechtsscheinshaftung
D. Ergebnis

VII. Ergebnis

Ein Scheinsozius haftet für die Verbindlichkeiten einer Personengesellschaft, soweit die Voraussetzungen der Rechtsscheinshaftung vorliegen. Dazu bedarf es insbeson-

---

Vertrauensschutz genießt nach *BGH*, NJW 2006, 765 (766) nicht, wer bei seinem Eintritt die in Rede stehende Altverbindlichkeit bei auch nur geringer Aufmerksamkeit hätte erkennen können. Das aber wird fast immer der Fall sein.

dere der Betätigung des auf dem Rechtsschein beruhenden Vertrauens. Bei der Haftung für neu entstehende Verbindlichkeiten ist das der Regelfall, bei der Haftung für Altverbindlichkeiten die Ausnahme. Zu einem Auseinanderfallen der Haftungsverfassung von GbR und oHG kommt es richtigerweise nicht, die Identität der Personengesellschaften bleibt gewahrt.