Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

ein Projekt lebt immer durch die Personen und mit den Personen, die es gestalten. Sie sind der Garant dafür, dass ein Konzept mit Leben gefüllt wird. Ihre Ideen und Fähigkeiten sind Triebfeder und Basis jeder Weiterentwicklung. Diese Verbindung besteht auch gerade bei der StudZR: Sie wird in hohem Maße von den Mitgliedern der Redaktion getragen und geprägt. Dies gilt natürlich ganz besonders für die Chefredakteure, die ein solches Projekt in eine bestimmte Richtung lenken und durch ihre Ideen formen.

Diese treibende Kraft war bis zur vergangenen Ausgabe *Caspar Behme*. Er hat die StudZR als Chefredakteur drei Jahre lang geleitet. Auch er hat – ganz im Sinne des oben Gesagten – die StudZR maßgeblich geprägt und weiterentwickelt. Ich möchte ihm an dieser Stelle auch im Namen der gesamten Redaktion für seinen Einsatz und für seine bleibenden, positiven Veränderungen und Anstöße danken. Er hat als Chefredakteur nicht nur seinen Nachfolgern eindrücklich gezeigt, welches Entwicklungspotential ein solches Projekt besitzt, sondern auch maßgeblich dazu beigetragen, dass die StudZR ihr heutiges wissenschaftliches Renommée erreichen konnte. Es ist mir Ehre und Ansporn zugleich, seine Arbeit als Chefredakteur fortführen und zum künftigen Erfolg eines so einzigartigen und herausragenden Projekts wie der StudZR beitragen zu dürfen.

Daher freue ich mich, dass ich mich bei Ihnen mit dieser, der nunmehr 18. Ausgabe, als neuer Chefredakteur vorstellen darf. Ich werde dieses Amt zusammen mit *Anna-Katharina Hübler* bekleiden, die diesen Posten schon eine Zeit lang neben *Caspar Behme* inne hatte. Trotz wechselnder Verantwortlicher und Mitarbeiter in der Vergangenheit hat die Zeitschrift ihr Profil bewahrt und ihren Erfolgskurs – insbesondere auch dank Ihnen, liebe Leserinnen und Leser – fortgesetzt. Ich freue mich, diese Kontinuität fortführen zu dürfen und gleichzeitig nunmehr auch selbst die weitere Entwicklung der StudZR prägen zu können

Ich möchte Ihnen außerdem *Cornelius Alders* als neuen stellvertretenden Chefredakteur vorstellen, der dieses Amt in Zukunft zusammen mit Louisa Hansen ausüben wird. Eine motivierte Redaktion, der ausgezeichnete wissenschaftliche Beirat und der Verlag C.F.Müller sind Garant dafür, um Ihnen auch weiterhin eine Zeitschrift mit hohem wissenschaftlichen Anspruch bieten zu können.

Johann Wolfgang von Goethe riet: „Was immer Du tun kannst oder träumst es zu können, fang damit an." Ich möchte diesen Rat gerne befolgen und freue mich auf die anstehenden Aufgaben. In meinen Vorgängern habe ich für diesen Auftrag hervorragende Vorbilder. An den durch sie gesetzten hohen Maßstäben möchte und muss ich mich messen lassen.

Till Wansleben

Geleitwort

Das Engagement, mit dem Heidelberger Jurastudenten vor fünf Jahren mit der StudZR an den Start gegangen sind, verdient Anerkennung und Respekt. Die StudZR schließt eine Lücke auf dem an Publikationen gewiss nicht armen Markt juristischer Fachliteratur: Eine von Studenten herausgegebene Fachzeitschrift mit vielen studentischen Beiträgen auf hohem, durch einen wissenschaftlichen Beirat gesichertem Niveau. Gerade für Studierende bietet dieses Konzept viele Vorteile: Als Autorin oder Autor können sie erste Erfahrungen auf dem Gebiet wissenschaftlicher Veröffentlichungen sammeln und auf sich aufmerksam machen. Als Leserin oder Leser können sie Kenntnisse erwerben, die sich an studentischen Bedürfnissen und Fragestellungen orientieren. Mit ihrer hohen Qualität und mit ihrer Ausrichtung an den Bedürfnissen des studentischen Marktes leistet die StudZR einen wichtigen Beitrag zur juristischen Ausbildung.

Qualität und die Ausrichtung an den Bedürfnissen des Marktes sind nicht nur die Parameter einer erfolgreichen Studentenzeitschrift, sondern Richtschnur für die gesamte Juristenausbildung. Mit ihrem Weg über das Staatsexamen wird die deutsche Juristenausbildung diesen Anforderungen gerecht. Das Staatsexamen bietet genügend Flexibilität, um auf die sich wandelnden Anforderungen des juristischen Arbeitsmarktes zu reagieren. Es ermöglicht den gleichberechtigten Zugang zu öffentlichen Ämtern nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Und es ist die Grundlage für einen Rechtsraum, in dem sich die Mitglieder unterschiedlicher juristischer Berufe auf der Basis einer einheitlichen Ausbildung und mit Kenntnissen über die Tätigkeit des jeweils anderen auf Augenhöhe gegenüber treten. Ich bin und bleibe daher mehr als skeptisch, ob wir die Juristenausbildung zu einem Bachelor- und Masterstudium umbauen sollten. Wer einen juristischen Bachelor fordert, muss zunächst die Frage beantworten, welches Berufsbild ihm dafür vorschwebt. In Deutschland gibt es aus gutem Grund keine echte Rechtsdienstleistung unterhalb der Anwaltschaft. Auch die Erfahrungen aus anderen Studiengängen, in denen Bachelor und Master bereits eingeführt sind, bestätigen die Zweifel: Studienzeiten haben sich verlängert, Abbruchquoten sind gestiegen und die erhoffte Mobilität hat sich nicht eingestellt. Ein ähnliches Bild bietet sich beim Blick über die Grenzen. Die Italiener haben beispielsweise die Einführung von Bachelor und Master in der Juristenausbildung gerade wieder zurückgenommen. Wir sollten uns daher auf die Frage konzentrieren, wie die deutsche Juristenausbildung *unabhängig* vom Bolognaprozess noch besser werden kann. Hier zeigen die Reformen aus dem Jahr 2003 bereits erste Erfolge, insbesondere bei der Internationalisierung und bei den Schwerpunktbereichen. Ich würde mich freuen, wenn sich die StudZR – auf der Seite der Leser wie der Autoren – intensiv an diesem Diskurs beteiligt.

Brigitte Zypries
Bundesministerin der Justiz

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Christina Dörfler
Sterbehilfe im Spannungsfeld von Selbstbestimmung und Schutz des Lebens 217

Ina Gätzschmann
Die Meistbegünstigungsklausel in der WTO und im völkerrechtlichen Investitionsschutz 241

Leonard Ghione
Rückwirkung und Vertrauensschutz gegenüber europäischen Kartellgeldbußen – Die rückwirkende Anwendung der Leitlinien zur Bußgeldberechung in Kartellsachen vom 1. September 2006 267

Jonas Steinle
A selective comparison of the reforms on the British Limited and the German *GmbH* as a consequence of competitive constraints in the European Union 293

Methodik

Dr. Daniela Winkler
Subjektives Recht für alle?
Der Anspruch auf saubere Luft nach § 47 II BImSchG 313

Florian Schorn/Prof. Dr. Ekkehart Reimer
Übungsfall: „Verwirrung im Jagdrevier“ 325

Rechtsprechungsanalyse

Dr. Katharina Hilbig
Neue Vorgaben für die richtlinienkonforme Auslegung
– Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05 – 353

Till Wansleben
Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 16.12.2008, Rs C-210/06 („Cartesio“) 365

Rezensionen

Laura Vásárhelyi-Nagy
Buchrezension zu Insiderdossier Großkanzlei 385

Anna-Katharina Hübler
Buchrezension zu *Martina Peucker*, Staatsorganisationsrecht 389

Elisa Freiburg
Buchrezension zu *Katharina Vera Boesche*, Wettbewerbsrecht 393

Aufsätze

Christina Dörfler*

Sterbehilfe im Spannungsfeld von Selbstbestimmung und Schutz des Lebens

Abstract

Selbstbestimmung umfasst Eigenverantwortlichkeit und Selbststeuerung. Jeder Mensch hat das Recht, seine Angelegenheiten frei und ohne die Einmischung von anderen – insbesondere von staatlichen Stellen – zu regeln. Insbesondere kann er über den eigenen Körper bestimmen – bis hin zum Selbstmord. Fraglich ist dabei, wo die Grenzen des Selbstbestimmungsrechts verlaufen. Darf ein Patient ohne realistische Aussichten auf Genesung sein Leben durch aktive Mithilfe einer dritten Person beenden?
In diesem Beitrag soll versucht werden, das bei der Sterbehilfe auftretende Spannungsverhältnis zwischen dem Selbstbestimmungsrecht und der Lebenserhaltungspflicht seitens des Staates beziehungsweise der Ärzte in einen verhältnismäßigen Ausgleich zu bringen. Rechtsvergleichende Berücksichtigung findet dabei vor allem die gesetzliche Regelung aktiver Sterbehilfe in den Niederlanden.

* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft im 8. Semester an der Universität Bayreuth. Sie war bis Februar 2009 studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht an der Universität Bayreuth (Prof. Dr. Wolfgang Kahl, M. A.). Der Beitrag basiert auf einer im Sommersemester 2008 im Rahmen eines Seminars bei *Prof. Dr. Jens Kersten* und *Prof. Dr. Nikolaus Bosch* an der Universität Bayreuth verfassten Seminararbeit.

I. Einleitung

Der Gedanke der autonomen Selbstbestimmung des Lebens erfasst zunehmend auch den Sterbevorgang als letzte Lebensphase.[1] Mit wachsender Manipulierbarkeit des Todes durch die moderne Medizin und mit dementsprechend steigendem Selbstbestimmungsinteresse über das eigene Leben und Sterben stellt sich die Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen von Sterbehilfe in neuer Dringlichkeit. Es geht dabei nicht nur um Hilfe **im** Sterben in Form von Schmerzbeseitigung, sondern auch um Hilfe **zum** Sterben durch gezielte Tötung.[2]

Die Problematik der Sterbehilfe ist jüngst wieder in das aktuelle Bewusstsein gerückt. Am 9. Februar 2009 starb die Komapatientin Eluana Englaro in Italien. Nach jahrelangen Bemühungen des Vaters hatte das oberste italienische Berufungsgericht im vergangenen November in letzter Instanz eine Anordnung des Mailänder Berufungsgerichts bestätigt, wonach die künstliche Ernährung der Patientin eingestellt werden könne.[3] Um einem neuen derartigen Fall vorzubeugen, hat die italienische Regierung im Senat einen Gesetzesentwurf **gegen** Sterbehilfe, Beihilfe zum Suizid und den Abbruch der künstlichen Ernährung bei Sterbenskranken eingebracht. Im Gegensatz dazu trat in Luxemburg – nach den Niederlanden und Belgien – am 17. März 2009 das **Gesetz über Sterbehilfe und assistierten Suizid**[4] in Kraft. Danach darf ein Arzt im Großherzogtum künftig einem unheilbar Kranken, der seinen Wunsch zum Sterben ausdrücklich geäußert hat, helfen. Vorangegangen war ein Disput mit dem Großherzog Henri, der angekündigt hatte, das Gesetz nicht in Kraft setzen zu wollen. Deshalb kam es zu einer Verfassungsänderung,[5] wonach der Großherzog ab sofort Gesetze nur noch unterzeichnen, aber nicht mehr billigen muss.[6]

In Deutschland ist die Sterbehilfe dagegen nicht gesetzlich geregelt. Der Bundesrat hat einen Gesetzentwurf[7] von fünf Bundesländern gegen organisierte Sterbehilfe zurückgestellt. Er verabschiedete stattdessen lediglich einen Entschließungsantrag. Darin wird als Ziel der spätere Beschluss eines entsprechenden Gesetzes gegen gewerbliche Suizidhilfe formuliert. Damit ist aber ausschließlich die Bestrafung von Organisationen beabsichtigt. Einzelpersonen, die eine Selbsttötung begleiten – wie im Fall des Hamburger Justizsenators Roger Kusch[8] – würden davon nicht erfasst.

---

1 *Schneider* in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch III, 2003, Vorb. §§ 211 ff., Rn. 88.

2 *Eser* in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Auflage (2006), Vorb. §§ 211 ff., Rn. 21.

3 *O. V.*, Komapatientin Englaro darf sterben, spiegel online v. 03.02.2009, http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/0,1518,605164,00.html.

4 Loi sur l'euthanasie et l'assistance au suicide; vgl. Mémorial A N° 46 v. 16. März 2009, S. 615.

5 Mémorial A N° 43 v. 12. März 2009, S. 586.

6 *O. V.*, Luxemburg setzt Sterbehilfe-Gesetz in Kraft, Deutsches Ärzteblatt v. 16. März 2009, http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/35837/Luxemburg_setzt_Sterbehilfe-Gesetz_in_Kraft.htm.

7 BR-Drs. 230/06, BR-Drs. 436/08.

8 *VG Hamburg*, Beschluss v. 06.02.2009, Az.: 8 E 3301/08.

Ziel dieses Beitrages ist es, nach einer terminologischen Abgrenzung (II.) die geltende Rechtslage in Deutschland (III.) darzustellen und diese mit dem niederländischen Modell (IV.) zu vergleichen. Schließlich sollen die rechtspolitischen Alternativen (V.) ausgelotet werden.

II. Terminologische Abgrenzung

Problematisch ist unter der geltenden Rechtslage von vornherein nur die vor Eintritt des Hirntodes geleistete Sterbehilfe. Denn da mit dem Hirntod das Menschsein i. S. der Lebensschutztatbestände endet, ist nach diesem Zeitpunkt nicht nur der Verzicht auf weitere Beatmungsmaßnahmen zulässig, sondern unter Umständen sogar die aktive Beendigung einer möglicherweise noch spontan funktionierenden Kreislauftätigkeit.[9] Unter dem Begriff der Sterbehilfe im weiteren Sinn werden alle ärztlichen Handlungen und Unterlassungen am Ende des Lebens des Patienten verstanden, auch wenn damit keinerlei Beschleunigung oder Herbeiführung des Todeseintritts verbunden ist. Begrifflich unterscheidet man die aktive und die passive, die direkte und die indirekte Sterbehilfe sowie die Hilfe im Sterben.[10]

1. Direkte aktive Sterbehilfe

Unter dem Begriff der direkten aktiven Sterbehilfe versteht man das gezielte Töten auf Wunsch des leidenden Menschen oder auf Drängen der Angehörigen.[11] Sie ist rechtswidrig und strafbar (§§ 211, 212 StGB).[12] Auch das Töten eines Kranken, um ihn bei aussichtsloser Prognose von einem schweren Leiden zu erlösen (Mitleidstötung) oder das Töten auf „ausdrückliches und ernstliches Verlangen" (§ 216 StGB) sind wegen der klaren gesetzgeberischen Vorgabe strafbare, aktive Sterbehilfe.[13] Verlangen ist dabei mehr als das bloße Einverständnis des Getöteten, er muss darüber hinaus auf den Willen des Täters eingewirkt haben.[14] Aktive Sterbehilfe ist unumkehrbar und nimmt dem Patienten die Chance, eine in diesem Fall objektiv mögliche Besserung seines Zustandes noch zu erleben.[15]

---

9 *Landau* Heiligkeit des Lebens und Selbstbestimmung im Sterben, ZRP 2005, S. 50; *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), Vorb. §§ 211 ff., Rn. 22.

10 *Erlinger/Bock* in: Widmaier (Hrsg.), Münchner Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2006, Teil I, § 49, Rn. 98.

11 *Coeppicus* Aktive und passive Sterbehilfe – Abbruch von Behandlung und Ernährung aus vormundschaftsgerichtlicher Sicht, FPR 2007, S. 63; *Erlinger/Bock* in: Widmaier (Fn. 10), Teil I, § 49, Rn. 99.

12 *Eser* in: Schönke/Schröder (Fn. 2), Vorb. §§ 211 ff., Rn. 24; *Coeppicus* (Fn. 11), S. 63.

13 *BGH*, NJW 1991, 2357 (2359).

14 *Leitner* Sterbehilfe im deutsch-spanischen Rechtsvergleich, Diss. München 2006, S. 66 f.

15 *Höfling* Forum: „Sterbehilfe" zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, JuS 2000, S. 111 (113).

2. Passive Sterbehilfe

Dagegen erfasst der Begriff der passiven Sterbehilfe den Fall, dass der Sterbevorgang unumkehrbar eingesetzt hat, der Patient also Sterbender ist, und entsprechend dem Willen des Patienten lebensverlängernde Maßnahmen unterlassen werden. Ein Patient ist Sterbender, wenn eine oder mehrere vitale Funktionen (z. B. Herz, Kreislauf und Atmung) versagen und der Tod innerhalb kurzer Zeit zu erwarten ist. „Passiv" bedeutet, dass man den natürlichen Krankheitsverlauf und Sterbeprozess geschehen lässt und keine Maßnahmen ergreift, durch die der Eintritt des Todes hinausgezögert werden könnte.[16] Weitere ärztliche Maßnahmen wären angesichts des eingesetzten Sterbevorgangs medizinisch sinnlos, d. h. es fehlt die medizinische Indikation. Der Arzt darf eine medizinisch nicht indizierte Behandlung verweigern und abbrechen.[17]

3. Indirekte Sterbehilfe

Die indirekte Sterbehilfe ist die ärztlich gebotene Medikation eines Kranken gemäß seinem erklärten oder mutmaßlichen Willen, wenn bei unerträglichen Schmerzen das Schmerzmittel als unbeabsichtigte, aber in Kauf genommene unvermeidbare Nebenfolge den Todeseintritt beschleunigen kann.[18] Damit stellt sie dogmatisch einen Unterfall der aktiven Sterbehilfe dar. Im Vordergrund steht dabei jedoch die Bekämpfung von Schmerzen oder anderen Leiden des Patienten.[19] Sie ist nicht nach §§ 211, 212 StGB strafbar.[20]

4. Hilfe im Sterben

Unbestritten ist schließlich die Aufgabe des Arztes und der Pflegekräfte, dem Patienten Hilfe im Sterben zu gewähren. Dies bedeutet, für eine Basisbetreuung zu sorgen, zu der menschenwürdige Unterbringung, Zuwendung, Körperpflege, Lindern von Schmerzen, Atemnot und Übelkeit gehören, sowie das Stillen von Hunger und Durst.[21]

III. Aktive Sterbehilfe in Deutschland

1. Die aktive Sterbehilfe aus strafrechtlicher Sicht

Die strafrechtliche Erörterung der Problematik der Tötung auf Verlangen bewegt sich zwischen den Polen des Schutzes des Lebens und der Selbstbestimmung des

16 *Coeppicus* (Fn. 11), S. 63 f.
17 *BGH* FPR 2003, 443 (446); *BGH* NJW 2003, 1588 (1592 f.).
18 *Coeppicus* (Fn. 11), S. 64.
19 *Erlinger/Bock* in: Widmaier (Fn. 10), Teil I, § 49, Rn. 100.
20 BGHSt 37, 376.
21 Präambel der Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt v. 7. Mai 2004.

Patienten. Während das Argument des Lebensschutzes eher dazu veranlasst, das Interesse des individuellen Rechtsgutsträgers aus dem Blick zu verlieren, birgt der Aspekt der Selbstbestimmung die Gefahr, die kollektive Wertschätzung des Rechtsguts Leben zu schwächen. Auf dieses Dilemma reagiert das Gesetz in § 216 StGB mit einer Formulierung, die beiden Gesichtspunkten Rechnung tragen soll.[22] Selbstbestimmung bedeutet dabei auch Selbstverantwortung. Selbstverantwortung kann aber zu einer untragbaren Bürde werden. Der Spagat zwischen dem Recht zur **Selbstbestimmung** (mit der Gefahr der Selbstschädigung) einerseits und dem Schutz und der Fürsorge für den Betroffenen mit der Gefahr der **Fremdbestimmung** andererseits beeinflusst die strafrechtliche Beurteilung.[23]

Nach geltendem Recht ist die aktive direkte Sterbehilfe i. S. einer Tötung schwer kranker oder sterbender Menschen auf ihr Verlangen hin unzulässig und strafbar (§ 216 StGB), auch dann, wenn die Behandlung vergebens ist.[24] § 216 StGB bedroht die vom Patienten ausdrücklich und ernstlich verlangte Tötung, etwa durch eine Infusion, Injektion oder sonstige Medikation, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.[25] Sie unterstreicht, dass aktive und gezielte Mitleidstötungen von todkranken Menschen auch im Falle der Unmöglichkeit weiterer Schmerzlinderung nicht gerechtfertigt werden können.[26] Da das Rechtsgut Leben nicht disponibel ist, hat die Einwilligung des Patienten in die eigene Tötung keine rechtfertigende Kraft.[27] Auch für Notwehr bleibt kein Raum. Die Unverfügbarkeit des Lebens lässt sich sowohl mit Tabuisierungsgründen als auch mit der Missbrauchsabwehr begründen.[28]

Diskutiert wird aber, ob eine einverständliche Fremdtötung nach den Grundsätzen des rechtfertigenden Notstandes gemäß § 34 StGB legitimiert werden kann. Die Notstandslage bestünde darin, dass der Sterbewillige furchtbare körperliche und seelische Qualen erleidet, die nur durch den Tod abzuwenden sind. Das vernichtete Leben würde weniger schwer wiegen als die Erlösung des Patienten von seinen Qualen.[29] Aktive Fremdtötungen auf Verlangen sollen nach dieser Auffassung nur in Ausnahmefällen mit Hilfe des § 34 StGB gerechtfertigt werden, sofern das Weiterleben für den Sterbewilligen nach objektivierbaren Kriterien unerträglich wird. Erforderlich sind dafür insoweit eindeutige Sachverhalte der Unerträglichkeit, die

22 *Kargl* Aktive Sterbehilfe im Zugriff der volkspädagogischen Deutung des § 216 StGB, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (Hrsg.): Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2007, S. 380.

23 *Lilie* in: Wienke/Lippert (Hrsg.), Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben – Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, 2001, S. 75.

24 *Oduncu* In Würde sterben, Diss. München 2007, S. 40; *Kusch* Tabu Sterbehilfe, NJW 2006, S. 261.

25 *Kutzer* Patientenautonomie und Strafrecht – aktive und passive Sterbehilfe, FPR 2007, S. 59 (60).

26 *Herzberg* Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand? NJW 1996, S. 3043 (3047 f.); *Schneider* in: Joecks/Miebach (Fn. 1), Vorb. §§ 211 ff., Rn. 91.

27 *Oduncu* (Fn. 24), S. 40.

28 *Eser* in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 216, Rn. 13.

29 *Antoine* Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, Diss. Berlin 2004, S. 69.

nicht nur nach der Selbsteinschätzung des Opfers, sondern auch von außen betrachtet keinen sinnvollen Zweifel mehr erlauben.[30] Darüber hinaus sollte aber die notstandsspezifische Rechtfertigung von Taten nach § 216 StGB im Hinblick auf die Vagheit des Maßstabes zur Bewertung der Interessen an der Lebensbeendigung auf extrem gelagerte Ausnahmefälle beschränkt bleiben.[31] Von der h. M. im Schrifttum wird auf das anerkannte Institut des übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes[32] zurückgegriffen.[33] Ein übergesetzlicher Notstand analog § 35 StGB kann angenommen werden, wenn die verlangte Tötung ultima ratio bei einem fortwährend schwerste Qualen erleidenden Patienten ist, dem keine herkömmlichen Mittel mehr helfen.[34] Dagegen erlaubt eine verbreitete Auffassung unter keinen Umständen eine derartige Mitleidstötung.[35] Zur Begründung wird neben dem absoluten Verbot der Verfügung über fremdes Leben die angeblich unzweifelhafte Priorität des Lebensschutzes gegenüber der Abkürzung der Qualen angeführt. Letztendlich kommt dem Patientenwillen bei der strafrechtlichen Bewertung von Entscheidungen und Handlungen von Ärzten und Angehörigen eine entscheidende Bedeutung zu.[36]

2. Die aktive Sterbehilfe aus verfassungsrechtlicher Sicht

So sehr es schon aus historischen Gründen angebracht ist, gerade die schwer wiegenden Probleme des Lebensschutzes in Deutschland mit Behutsamkeit anzugehen,[37] und so wichtig die ethische Kontrolle des technisch Machbaren und des individuell Gewollten gerade im Umgang mit den höchsten Rechtsgütern der Gemeinschaft ist, so deutlich wird doch der Bedarf an der rationalisierenden und konfliktlösenden Kraft der Verfassung.[38] Da ein Recht auf den eigenen Tod in Form der aktiven Sterbehilfe auf die Verfügung des Menschen über das eigene Leben zielt, muss die Begründung hierfür im Verfassungsrecht gesucht werden.[39] Als verfassungsrechtliche Grundlage für ein derartiges Recht kommen sowohl das Recht auf Leben gemäß Art. 2 II S. 1 GG und das aus Art. 2 I GG[40] oder Art. 2 II S. 1 GG[41] hergeleitete Recht auf freie Selbstbestimmung als auch die Menschenwürde gemäß Art. 1 I GG in Betracht.

---

30 *Merkel* Früheuthanasie, Habil. Frankfurt a. M. 2001, S. 422; *Otto* Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, NJW 2006, S. 2217 (2222); *Kutzer* (Fn. 25), S. 61.

31 *Schneider* in: Joecks/Miebach (Fn. 1), § 216, Rn. 57.

32 *Lenckner* in: Schönke/Schröder (Fn. 2), Vor §§ 32 ff., Rn. 115 ff.

33 *Fischer* Strafgesetzbuch, 55. Auflage (2008), Vor § 211, Rn. 16 ff.

34 *Antoine* (Fn. 29), S. 70.

35 *Jähnke* in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Auflage (2005), Vor § 211, Rn. 14; *Dölling* Zulässigkeit und Grenzen der Sterbehilfe, MedR 1987, S. 6 (11 f.).

36 *Lilie* in: Wienke/Lippert (Fn. 23), S. 84.

37 *Steffen* Noch einmal: Selbstverantwortetes Sterben? NJW 1996, S. 1581.

38 *Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschlands, 20. Auflage (1999), Rn. 354.

39 *Wassermann* Das Recht auf den eigenen Tod, DRiZ 1986, S. 291 (292).

40 BVerfGE 52, 131 (168).

41 BVerfGE 52, 131 (168) abw. Meinung der Richter Hirsch, Niebler und Steinberger.

a) Formen der aktiven Sterbehilfe

Im Rahmen der aktiven Sterbehilfe sind verschiedene Varianten denkbar, wobei eine Unterscheidung zwischen freiwilliger, nichtfreiwilliger und unfreiwilliger aktiver Sterbehilfe zu erfolgen hat.[42] Geschieht die aktive Sterbehilfe auf Wunsch des entscheidungsfähigen Patienten, spricht man von der so genannten freiwilligen aktiven Sterbehilfe.[43] Bei der unfreiwilligen Sterbehilfe handelt man gegen den Willen des Patienten.[44] Des Weiteren besteht die Möglichkeit der nichtfreiwilligen aktiven Sterbehilfe an einer nicht entscheidungsfähigen Person ohne Lebensaussichten, sofern deren Vertreter die erforderliche Einwilligung abgegeben hat.[45]

aa) Freiwillige aktive Sterbehilfe

Die freiwillige aktive Sterbehilfe bezeichnet Handlungen, die den Tod sterbenskranker und schwer leidender Patienten herbeiführen, die nach reiflicher Überlegung erklärt oder klar zu erkennen gegeben haben, sterben zu wollen.[46] Die Pönalisierung der freiwilligen aktiven Sterbehilfe gemäß § 216 StGB hindert nicht daran, die Frage nach dem Recht auf den eigenen Tod auf normativ höherer Ebene zu stellen, weil sich aus der Interpretation des Grundgesetzes auch andere zentrale, außerhalb des Strafrechts stehende Wertungsmaßstäbe und -kriterien gewinnen lassen. Würde lediglich auf § 216 StGB verwiesen, so hieße das, die Verfassung unzulässigerweise „von unten her" auszulegen und ihre Rechtsgutautonomie innerhalb der Normenpyramide durch das einfache Recht bestimmen zu wollen.[47]

bb) Unfreiwillige Sterbehilfe

Bei der unfreiwilligen aktiven Sterbehilfe geht es um Handlungen, die den Tod des Patienten herbeiführen, der jedoch entscheidungsfähig ist und seinen Willen zu erkennen gibt, den eigenen Tod so lange wie möglich hinauszuzögern. In einem solchen Fall stellt sich die Frage des Rechts auf den eigenen Tod schon aus dem Grund nicht, als dass der Patient sich im Rahmen einer unfreiwilligen aktiven Sterbehilfe gar nicht die Herbeiführung des Todes wünscht.[48] Es ist daher sehr zweifelhaft, ob man in diesem Fall überhaupt noch von Sterbehilfe sprechen kann.

---

42 *Antoine* (Fn. 29), S. 281.

43 *Giesen* Ethische und rechtliche Probleme am Ende des Lebens, JZ 1990, S. 929 (933).

44 *Antoine* (Fn. 29), S. 281.

45 *Giesen* (Fn. 43), S. 933; *Koller* Personen, Rechte und Entscheidungen über Leben und Tod, in: Bernat, Erwin (Hrsg.): Ethik und Recht an der Grenze zwischen Leben und Tod, 1993, S. 71 (87).

46 *Koller* (Fn. 45), S. 90.

47 *Czerner* Aktive Sterbehilfe auch gegenüber Kindern? Zur Übertragbarkeit der aktuellen Diskussion in den Niederlanden auf die Bundesrepublik Deutschland unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, MedR 2001, S. 354 (355).

48 *Hohenstein* Die Einführung der aktiven Sterbehilfe in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Kiel 2003, S. 85.

cc) Nichtfreiwillige aktive Sterbehilfe

Die nichtfreiwillige aktive Sterbehilfe meint die Herbeiführung des Todes schwer leidender und sterbenskranker Menschen, die mit Sicherheit keine Aussicht auf Besserung haben und die selbst nicht oder nicht mehr fähig sind zu entscheiden, wie sie in dieser Situation behandelt werden möchten.[49] Problematisch ist, ob sich bei nichtentscheidungsfähigen todkranken Patienten die Frage des Bestehens eines Rechts auf den eigenen Tod überhaupt stellt oder ob diese nicht vielmehr aufgrund der Einwilligungsunfähigkeit des Patienten von vornherein ausgeschlossen ist. Die Faktoren, welche die rechtliche Einwilligungsfähigkeit hervorrufen, wie zum Beispiel dauerhafte Bewusstlosigkeit oder Geisteskrankheit, schließen jedoch das Selbstbestimmungsrecht eines Menschen nicht aus, denn bewusstlose oder geisteskranke Menschen werden gleichermaßen wie einwilligungsfähige Menschen durch das Prinzip der Autonomie und die Menschenwürde geschützt.[50] Deshalb ist es erforderlich, einen Vertreter zu bestimmen, der anstelle der betroffenen Personen deren Rechte und Interessen wahrnimmt und für den einwilligungsunfähigen Patienten die erforderliche Einwilligung abgibt.[51] Dabei ist fraglich, ob ein Vertreter überhaupt in rechtlich zulässiger Weise in die Tötung eines anderen Menschen einwilligen dürfte.

(1) Von vornherein einwilligungsunfähige Personen

Wenn eine von vornherein einwilligungsunfähige Person an einer unheilbaren, schmerzhaften Krankheit leidet, erscheint es zweifelhaft, ohne die Annahme eines entsprechenden Willens der betreffenden Person die Vornahme der aktiven Sterbehilfe aufgrund der Einwilligung des Vertreters in die Tötung des Patienten als zulässig zu erachten. Da der wahre Wille nicht zu ermitteln ist, wäre eine Entscheidung des Vertreters für die Vornahme der aktiven Sterbehilfe grundsätzlich mit dem Risiko verbunden, das Recht auf Leben der betroffenen Person, das jedem Menschen gemäß Art. 2 II S. 1 GG zusteht, zu verletzen.[52]

Aufgrund der unmittelbaren Entscheidung durch einen Dritten findet keine Selbstbestimmung statt. Es besteht außerdem eine Missbrauchsgefahr in Form von möglichen Interessenkollisionen aufgrund des Einfließens sachfremder Motive in die Entscheidung wie das Vermeiden finanzieller Lasten, aufopfernder Pflege oder physischer und psychischer Betreuung. Die Ersetzung des eigenen Willens einer von vornherein einwilligungsunfähigen Person durch die Entscheidung Dritter in eine aktive Tötung kann folglich nicht in Betracht kommen.

(2) Einwilligungsunfähig gewordene Personen

Die rechtliche Lage scheint sich anders darzustellen, wenn ein Patient zunächst im Besitz seiner Einwilligungsfähigkeit war, diese jedoch aufgrund von Bewusstlosig-

---

49 *Koller* (Fn. 45), S. 92.

50 *Giesen* (Fn. 43), S. 938.

51 *Laber* Die rechtlichen Probleme der Früheuthanasie, MedR 1990, S. 182 (185).

52 *Kutzer* Sterbehilfeproblematik in Deutschland: Rechtsprechung und Folgen für die klinische Praxis, MedR 2001, S. 77; *Giesen* (Fn. 43), S. 937 f.

keit, Geistesbehinderung oder sonstiger Umstände verloren hat. Ein Unterschied ist zumindest darin zu sehen, dass es unter Umständen möglich ist, den mutmaßlichen Willen der betroffenen Person mit Hilfe von Äußerungen, Stellungnahmen, Haltungen oder Patientenverfügungen zu ermitteln.[53] Im Zeitpunkt der Abgabe der ausschlaggebenden Einwilligungserklärung durch den zuständigen Vertreter jedoch entscheidet wie bei einer schon immer einwilligungsunfähigen Person unmittelbar ein Dritter darüber, ob der Patient leben oder sterben wird. Überdies ist zu beachten, dass ein Patient, der im Zeitpunkt der Entscheidungsfähigkeit den Todeswunsch geäußert hat, unter Umständen, insbesondere angesichts seiner Einwilligungsunfähigkeit, nicht mehr die Möglichkeit besitzt, seine Erklärung zu widerrufen.[54] Die Gefahr einer möglichen Interessenkollision ist daher kaum geringer als im Falle einer von vornherein entscheidungsunfähigen Person. Daher darf die Entscheidung einer dritten Person über Leben und Tod eines schwerstkranken Patienten trotz gewisser Anhaltspunkte, die auf den mutmaßlichen Willen des Patienten schließen lassen, keine Geltung erlangen.

b) Das Recht auf den eigenen Tod in Form der aktiven Sterbehilfe

Bei der Frage der aktiven Sterbehilfe geht es um die Abwägung zwischen dem Schutz des Lebens als objektivem Prinzip einerseits und dem Respekt vor der freiverantwortlichen Entscheidung des todkranken Menschen andererseits.[55] Nach Art. 2 II S. 1 GG hat jeder Mensch das Recht auf Leben. Dieses Grundrecht bindet den Gesetzgeber[56] und darf in seinem Wesensgehalt nicht angetastet werden (Art. 19 II GG). Der Gesetzgeber muss jedoch auch das Grundrecht der Selbstbestimmung des Patienten achten und schützen. Kein Grundrecht kann dabei – abgesehen von der Menschenwürde – von vornherein absoluten Vorrang beanspruchen.[57] Wenn sich nun aus den Grundrechten ein Recht auf den eigenen Tod herleiten lässt, wäre der Gesetzgeber zu einer Freigabe der aktiven Sterbehilfe berechtigt, vielleicht sogar verpflichtet.[58] Als Grundlage für ein solches Recht kommen das Recht auf Leben, das Recht auf Selbstbestimmung und die Menschenwürde in Betracht.

aa) Recht auf Leben

Art. 2 II S. 1 GG gewährleistet das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Aus dieser Norm fließt die Pflicht des Staates und seiner Organe, das Leben aktiv zu schützen.[59] Fraglich ist jedoch, ob das Recht auf Leben auch ein Grundrecht auf Ver-

---

53 *Laber* (Fn. 51), S. 185.

54 *Hohenstein* (Fn. 48), S. 83 f.

55 *Birkner* Assistierter Suizid und aktive Sterbehilfe – Gesetzgeberischer Handlungsbedarf?, ZRP 2006, S. 52 (54).

56 Vgl. *Lorenz, Aktuelle Verfassungsfragen der Euthanasie, JZ* 2009, 57 (59).

57 *Hufen* In dubio pro dignitate – Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, NJW 2001, S. 849 (850).

58 *Hohenstein* (Fn. 48), S. 86.

59 *Dieterich* in: Dieterich/Müller-Glöge/Preis/Schaub (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Auflage (2008), Art. 2 GG, Rn. 107.

fügung über das eigene Leben beinhaltet. Dem **Wortlaut** nach gewährt Art. 2 II S. 1 GG kein Recht auf den Tod.[60]

Eine Betrachtung des Art. 2 II S. 1 GG unter **systematischen Gesichtspunkten** könnte allerdings zu einem anderen Ergebnis führen. Das Grundgesetz statuiert zwar keine Grundpflichten, kennt jedoch Inpflichtnahmen. Dazu gehört auch das Recht auf Leben (Art. 2 II S. 1 GG).[61] Um ein Recht auf den eigenen Tod herleiten zu können, müsste sich unter Berücksichtigung des Rechtes auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II S. 1 GG) und der Garantie der Menschenwürde (Art. 1 I GG) ein entsprechender Zusammenhang herstellen lassen. Trotz der Erwähnung des Rechtes auf Leben und des Rechtes auf körperliche Unversehrtheit in einem Absatz ist eine Gleichbehandlung beider Rechte aber nicht zu rechtfertigen, da das menschliche Leben im Gegensatz zur körperlichen Unversehrtheit einen Höchstwert innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung darstellt.[62] Auch die Garantie der Menschenwürde enthält im Vergleich zum Recht auf Leben einen eigenständigen Inhalt. Deshalb ist kein systematischer Zusammenhang im Hinblick auf die Frage eines Rechtes auf aktive Sterbehilfe feststellbar.[63] Wenn man dem Bürger das Recht zugestehen würde, über sein Leben in Form der aktiven Sterbehilfe verfügen und sich im Zweifelsfall von einem Dritten vernichten lassen zu dürfen, so würde dies der Inpflichtnahme des Grundgesetzes widersprechen und wäre mit der Gesamtheit des Regelungswerkes unvereinbar.[64] Außerdem tabuisiert das Grundgesetz den Tod durch die Abschaffung der Todesstrafe (Art. 102 GG). Somit schließt es die Systematik des Grundgesetzes im Hinblick auf die Gesamtheit des Regelungswerkes aus, Art. 2 II S. 1 GG als Recht auszulegen, über das eigene Leben zu verfügen.

Aus der **Entstehungsgeschichte** des Lebensschutzes wird überdies deutlich, dass der Verfassungsgeber nicht die Absicht hatte, das Recht auf Leben in irgendeiner Form disponibel zu gestalten, auch nicht für den Grundrechtsträger selbst.[65]

Sinn und Zweck des Art. 2 II S. 1 GG schließlich sind in dem Schutz des Einzelnen vor der Vernichtung seiner biologisch-physischen Existenz zu sehen.[66] Danach wird dem Einzelnen verboten, über sein grundgesetzlich verankertes Recht auf Leben zu verfügen. Das Recht auf Leben umfasst damit nicht gleichsam als Kehrseite das Recht auf den gewählten eigenen Tod.[67]

bb) Recht auf Selbstbestimmung

Die Entscheidung über Leben und Tod könnte aber als Teil des Selbstbestimmungsrechts des Menschen zu betrachten sein. Einigkeit besteht dabei zunächst darin, dass

60 *Hohenstein* (Fn. 48), S. 89 f.
61 *Roellecke* Gibt es ein „Recht auf den Tod"? in: Eser (Hrsg.): Suizid und Euthanasie, 1976, S. 336 (338).
62 BVerfGE 39, 1 (42).
63 *Hohenstein* (Fn. 48), S. 92 ff.
64 *Roellecke* (Fn. 61), S. 338.
65 *Hohenstein* (Fn. 48), S. 96 f.
66 *Murswiek* in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 5. Auflage (2009), Art. 2, Rn. 180.
67 *Schreiber* Das ungelöste Problem der Sterbehilfe – Zu den neuen Entwürfen und Vorschlägen, NStZ 2006, S. 473 (475).

gerade im Kernbereich des menschlichen Lebens die Selbstbestimmung grundrechtlich geschützt ist. Unterschiedlich ist nur die Zuordnung zu den einzelnen Grundrechten: Während das *BVerfG* Art. 2 II S. 1 GG auch als Grundrecht der Selbstbestimmung über den eigenen Körper interpretiert,[68] also das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit als lex specialis zu Art. 2 I GG betrachtet, rückt die zivilrechtliche Diskussion das allgemeine Persönlichkeitsrecht in den Mittelpunkt.[69] Beide Konzeptionen haben den Nachteil, dass sie die Selbstbestimmung nicht als eigenständiges Grundrecht schützen, sondern jeweils mit einem anderen Grundrecht verbinden. Im Ergebnis aber kommt es auf die exakte Zuordnung zu einem der beiden in Art. 2 GG enthaltenen Grundrechte nicht an. Das Recht zur Selbstbestimmung über den eigenen Körper gehört in den Kernbereich der durch Art. 1 und 2 GG insgesamt geschützten menschlichen Würde und Freiheit.[70]

Lebensschutz und Selbstbestimmung stellen einen kaum auflösbaren Gegensatz dar. Der Absolutheit des Lebens steht die Absolutheit des „Ichs" gegenüber, das die volle Selbstbestimmung bis hin zur eigenen Auslöschung beansprucht.[71] Der Patient ist nicht Objekt der ärztlichen Heilkunst, sondern selbstbestimmter und selbst bestimmender Partner des Arztes. Sein erklärter Wille geht dem ärztlichen Heilauftrag vor, und es ist grundsätzlich ausgeschlossen, dem subjektiven Willen einen objektivierten „eigentlichen Willen" zur medizinischen Indikation entgegenzusetzen, der durch den Arzt, einen Betreuer oder weitere Personen definiert und durchgesetzt werden könnte.[72]

Die Frage ist nur, ob man aus dem Selbstbestimmungsrecht ein Recht auf den eigenen Tod i. S. einer vom Staat verliehenen Kompetenz oder von ihm begrüßten Handlungsweise herleiten kann.[73] Schon die Beratungen zum Grundgesetz zeigen,[74] dass niemand einen grundrechtlich geschützten Anspruch darauf besitzen sollte, mit Billigung der Rechtsordnung getötet zu werden. Der Staat hat vielmehr gerade die Pflicht, Leben zu bewahren und zu schützen.[75] Dem steht aber der Anspruch des Einzelnen auf Selbstbestimmung gegenüber. Gemeint ist damit die Entscheidung eines Individuums, in Kenntnis beispielsweise einer tödlichen Krankheit und im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte, sich zu töten oder sich töten zu lassen.[76] Im Vordergrund steht hier die **Freiverantwortlichkeit** einer Entscheidung. Der Entscheidungsprozess ist aber in der Praxis von einem sehr komplexen Zusammenspiel aus familiären und gesellschaftlichen Reaktionen auf Krankheit, Leistungsfähigkeit, Be-

68 BVerfGE 52, 131 (171).
69 *Damm* Persönlichkeitsschutz und medizintechnische Entwicklung, JZ 1998, S. 926 (928 f.).
70 *Hufen* (Fn. 57), S. 851.
71 *Lüttig* „Begleiteter Suizid" durch Sterbehilfevereine: Die Notwendigkeit eines strafrechtlichen Verbots, ZRP 2008, S. 57 (58).
72 *Hufen* (Fn. 57), S. 851; *Lipp/Klein* Patientenautonomie und „Sterbehilfe" – Stand der aktuellen Debatte, FPR 2007, S. 56.
73 *Dreier* Grenzen des Tötungsverbotes, JZ 2007, S. 318 (319 ff.).
74 Parlamentarischer Rat 1948–1949 V/2, S. 921 f.
75 BVerfGE 46, 164; 77, 214.
76 *Birkner* (Fn. 55), S. 53.

hinderung und Alter beeinflusst.[77] Die möglichen sozialen Folgen der Zulassung aktiver Sterbehilfe sind durchaus ernst zu nehmen.[78] Nicht übersehen werden darf außerdem, dass vermeintlich selbstbestimmtes Handeln oftmals solches gar nicht ist, beziehungsweise dass aus selbstbestimmtem Handeln fremdbestimmtes Handeln werden kann. Angesichts vielfältiger möglicher Drucksituationen kann eine generelle Freigabe aktiver Sterbehilfe das Selbstbestimmungsrecht beeinträchtigen.[79] Auch durch die Existenz von Suizidbeihilfeorganisationen kann ein Erwartungsdruck auf schwer kranke Menschen entstehen, den Suizid als vermeintlich übliche Lösung zu wählen.[80]

Selbstbestimmung muss daher durch Begrenzung der Selbstbestimmung geschützt werden.[81] Dabei kann nicht geleugnet werden, dass Sterben und Tod eine ökonomische Komponente aufweisen. Alte und kranke Menschen können sich zum Tode gedrängt fühlen, aus vermeintlicher Rücksicht oder aus dem Gefühl heraus, zur Last zu fallen. Zum Anstoß der Selbstbestimmung kann in diesen Fällen leicht die innere Verpflichtung zum sozialverträglichen Frühversterben als letzter Dienst an den Angehörigen bzw. der Gesellschaft werden.[82] Es stellt aber einen Widerspruch zur verfassungsrechtlichen Werteordnung dar, wenn sich Sterbende und Schwerstkranke nur noch als Last für die Gemeinschaft empfinden.[83]

Der Konflikt zwischen Selbst- und Fremdbestimmung muss eine rechtliche Lösung dergestalt erfahren, dass Selbstbestimmung und Selbstverantwortung jeweils den Rang erhalten, der diesen Werten in einer freiheitlichen rechtsstaatlichen Gesellschaft zukommt und der gesellschaftlich akzeptabel ist.[84] Durch die Erlaubtheit der aktiven Sterbehilfe würde hingenommen, dass ein Mensch über das Leben eines anderen Menschen verfügt.[85] Für das Verfassungsrecht gilt der Schutz des Menschen vor Fremdbestimmung aber und gerade auch in den Grenzsituationen des Lebens und am Lebensende.[86]

Anzufügen ist schließlich das Argument des drohenden „Dammbruchs"[87]: Je stärker dem absoluten Recht auf Selbstbestimmung Raum gegeben wird, desto mehr relativiert sich der Schutz des Lebens. Wer die aktive Tötung in Konfliktsituationen zum Thema macht, öffnet die Tür für die Ausübung missbräuchlichen Drucks auf den Patienten.[88] Schließlich verbietet das Erfordernis, eine dritte Person zur Durchfüh-

77 *Lüttig* (Fn. 71), S. 58.
78 *Schreiber* (Fn. 67), S. 476.
79 *Hohenstein* (Fn. 48), S. 111.
80 *Goll/Saliger* Verbot organisierter Sterbehilfe, ZRP 2008, 199.
81 *Schreiber* (Fn. 67), S. 476.
82 *Lüttig* (Fn. 71), S. 58; *Lorenz* (Fn. 56), S. 66.
83 *Wagner* Schaffung eines Rechtsrahmens im Spannungsverhältnis Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmungsrecht, ZRP 2005, S. 63.
84 *Otto* (Fn. 30), S. 2218.
85 *Birkner* (Fn. 55), S. 54.
86 *Hufen* (Fn. 57), S. 851.
87 *Wagner* (Fn. 83), S. 63; *Lorenz* (Fn. 56), S. 64.
88 *Antoine* (Fn. 29), S. 191.

rung der aktiven Sterbehilfe heranziehen zu müssen, ein Recht auf den eigenen Tod in Form der aktiven Sterbehilfe dem Schutzbereich des jedem Individuum von der Verfassung zugestandenen Rechts auf Selbstbestimmung zu entnehmen.[89]

cc) Menschenwürde

Ein Recht auf den eigenen Tod in Form der aktiven Sterbehilfe könnte jedoch aus der Menschenwürde gemäß Art. 1 I GG folgen. Die Würde des Menschen stellt den obersten Wert des Grundgesetzes dar.[90] Dabei verkörpert Art. 1 I GG auch ein Grundrecht.[91] Die Garantie dieser Norm fungiert als „tragendes Konstitutionsprinzip",[92] also als die wichtigste Wertentscheidung des Grundgesetzes.[93]

Der Mensch soll nicht nur davor bewahrt werden, Objekt staatlicher Gewalt zu sein. Seine Würde ist auch verletzt, wenn er zum willenlosen, passiven Objekt der Intensivmedizin gemacht wird, ohne dass der Fortsetzung der Behandlung noch irgendein seinerseits durch Lebensschutz und Menschenwürde gerechtfertigter Sinn abzugewinnen ist.[94] Art. 1 I GG umfasst somit auch ein Recht auf würdevolles Sterben.[95] Die Möglichkeit einer freien Entscheidung über den Zeitpunkt des eigenen Todes kann unter Umständen auch der Erfüllung eines würdigen Sterbens dienen.[96] Nun kann aber nach überwiegender Auffassung der Betroffene in die Verletzung seiner Menschenwürde nicht wirksam einwilligen,[97] da Art. 1 I GG ein seiner Disposition entzogenes Konstitutionselement des Rechtsstaates bildet.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob der Schutzbereich der Sicherung der grundlegenden Freiheitsbedingungen nicht auch dem Betroffenen selbst überlässt, seinen eingeräumten Freiheitsraum gegen sich selbst, bis hin zur vollständigen Selbstaufgabe, zu nutzen. Der Schutzbereich des Art. 1 I GG ginge dann nicht weiter, als der Betroffene in freier Selbstdefinition hiervon Gebrauch machen will.[98] Selbstbestimmung macht somit den Kern der Menschenwürde aus.[99] Menschenwürde ist als der jedem Menschen mit seinem Dasein gegebene Anspruch auf Achtung zu verstehen. Diese Achtung kommt im Respekt vor der Selbstbestimmung des betroffenen Patienten zum Ausdruck.[100] Menschenwürde beinhaltet auch das Recht, bei schweren

89 *Hohenstein* (Fn. 48), S. 118.
90 BVerfGE 5, 85 (204).
91 *Pieroth/Schlink* Grundrechte, 24. Auflage (2008), Rn. 350.
92 BVerfGE 87, 209 (228).
93 *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 10. Auflage (2009), Art. 1, Rn. 2.
94 *Hufen* (Fn. 57), S. 850 f.
95 *Holzhauer* Von Verfassungs wegen: Straffreiheit für passive Sterbehilfe, ZRP 2004, S. 41 (43).
96 *Hohenstein* (Fn. 48), S. 128.
97 BVerfGE 45, 187 (229).
98 *Antoine* (Fn. 29), S. 142.
99 *Fink* Der Schutz des menschlichen Lebens im Grundgesetz – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des Lebensrechts zur Menschenwürdegarantie, Jura 2000, S. 210; *Hufen* (Fn. 57), S. 851 f.
100 *Härle* Patienten„autonomie" aus ethischer Sicht – Zur Aufhebung des Widerspruchs zwischen Selbstbestimmung und Fürsorge, FPR 2007, S. 47 (51).

Leiden, körperlichem oder geistigem Verfall über ein Sterben in Würde zu entscheiden.[101] Insbesondere umfasst das Recht auch, den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen zu verlangen. Es gilt hier der Grundsatz „in dubio pro dignitate".[102]

Ein **Anspruch** auf aktive Sterbehilfe überspannt jedoch den Würdeanspruch.[103] Denn die Formulierung von Art. 1 I GG spricht in der Tat für die Unveräußerlichkeit bestimmter höchstpersönlicher Rechtsgüter, und dazu gehört in erster Linie das menschliche Leben.[104] Das Recht auf ein menschenwürdiges Sterben umfasst daher nicht die Durchführung der aktiven Sterbehilfe.

IV. Aktive Sterbehilfe in den Niederlanden

Die Niederlande haben 2001 als erstes Land der Welt ein „Gesetz zur Überprüfung von Lebensbeendigung auf Verlangen und Beihilfe zur Selbsttötung" *(Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding)*[105] verabschiedet, das festlegt, unter welchen Bedingungen ein euthanasierender Arzt straffrei bleibt.[106] Im Gegensatz zum internationalen Sprachgebrauch wird Euthanasie in den Niederlanden folgendermaßen definiert: Euthanasie ist ein absichtlich lebensbeendendes Handeln durch eine andere als die betroffene Person auf deren ausdrückliche Bitte hin.[107]

1. Rechtslage

Im Sommer 1999 wurde ein Gesetzentwurf in den Niederlanden ausgearbeitet, der vorsah, einen besonderen Strafausschlussgrund in das Strafgesetzbuch aufzunehmen, um Straffreiheit des Arztes bei Euthanasie zu gewährleisten. Am 28. November 2000 billigte die Zweite Kammer *(Tweede Kamer)* des Parlaments den Entwurf mit 104 zu 40 Stimmen. Nachdem der Senat *(Eerste Kamer)* das Gesetz verabschiedet hatte (2001), trat es am 1. April 2002 in Kraft.[108] Faktisch ist das Gesetz das Schlussstück einer langen Entwicklung, innerhalb derer sich nicht nur die ärztliche Praxis, sondern auch die Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Sterbehilfe entscheidend gewandelt und ärztliche Interventionen zur direkten Beendigung des Lebens in Ausnahme-

101 *Landau* (Fn. 9), S. 51.
102 *Hufen* (Fn. 57), S. 849.
103 *Herdegen* in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, Stand: Oktober 2008, Art. 1, Rn. 85.
104 *Landau* (Fn. 9), S. 51.
105 *Janssen* Die Regelung der aktiven Sterbehilfe in den Niederlanden – Ein Novum, ZRP 2001, S. 179.
106 *O. V.*, Euthanasie-Gesetze nun in allen Benelux-Ländern, Neue Zürcher Zeitung v. 22. Februar 2008, S. 5.
107 *Reuter* Die gesetzliche Reglung der aktiven ärztlichen Sterbehilfe des Königreichs der Niederlande – ein Modell für die Bundesrepublik Deutschland? Diss. Göttingen 2002 (2. Auflage), S. 5; *Gordijin* Euthanasie und medizinisch assistierter Suizid – Die neueste Entwicklung in den Niederlanden, KritV 2001, S. 457.
108 *Oduncu* (Fn. 24), S. 74 f.

fällen zugelassen hat. Das Gesetz zur Überprüfung von Lebensbeendigung auf Verlangen und Beihilfe zur Selbsttötung kodifizierte in wesentlichen Teilen die niederländische Rechtsprechung.[109]

Tötung auf Verlangen ist zwar weiterhin grundsätzlich nach Art. 293 I nlStGB eine mit Strafe bedrohte Handlung. Allerdings enthält das niederländische StGB nunmehr in Art. 293 II S. 2 einen besonderen Rechtfertigungsgrund[110] für Ärzte.[111] Dieser Rechtfertigungsgrund wird durch das Gesetz zur Überprüfung von Lebensbeendigung auf Verlangen und Beihilfe zur Selbsttötung näher ausgestaltet. Dagegen ist die Tötung durch den Arzt ohne ausdrückliche Bitte des Patienten per definitionem keine Euthanasie und wird nach niederländischem Recht wie Totschlag (Art. 287 nlStGB) bzw. Mord (Art. 289 nlStGB) geahndet.[112]

2. Verfahren

Das Gesetz zur Überprüfung von Lebensbeendigung auf Verlangen und Beihilfe zur Selbsttötung legt ein verwaltungsrechtlich geprägtes[113] Melde- und Prüfungsverfahren für aktive Sterbehilfefälle fest.[114]

a) Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Arztes

Die von einem Arzt zur Erlangung der Straffreiheit zu erfüllenden Sorgfaltsanforderungen sind in § 2 I lit. a-f des Gesetzes zur Überprüfung von Lebensbeendigung auf Verlangen und Beihilfe zur Selbsttötung festgelegt, dessen Kernstück diese Regelung bildet. Nur wenn diese Kriterien erfüllt sind, kann es zu einer Strafbefreiung des Arztes kommen.[115] Das Gesetz nennt sechs voneinander unabhängige Kriterien, die der Arzt befolgen muss, soll die von ihm ausgeführte aktive Sterbehilfe straffrei bleiben.[116] Danach muss sich der Arzt Gewissheit über die Tatsache verschaffen, dass ein freiverantwortliches und wohlüberlegtes Verlangen des Patienten vorliegt. Außerdem muss er sich davon überzeugen, dass das Leiden des Patienten unerträglich und eine Heilung aussichtslos ist. Im Weiteren muss er den Patienten umfassend über seinen Zustand und seine Heilungsaussichten bzw. den weiteren Krankheitsverlauf informiert haben. Darüber hinaus muss er mit dem Patienten zur Überzeugung gekommen sein, dass es für diesen in seiner Situation keine andere vernünftige Lösung

109 *Lindemann* Zur Rechtswirklichkeit von Euthanasie und ärztlich assistiertem Suizid in den Niederlanden, ZStW 117 (2005), S. 208 (211); *Tak* Das niederländische Gesetz zur Kontrolle der Tötung auf Verlangen und Beihilfe zum Selbstmord, ZStW 113 (2001), S. 905 (907).

110 *Tak* (Fn. 109), S. 919 f.

111 *Lindemann* (Fn. 109), S. 211.

112 *Finger* Evaluation der Praxis der aktiven Sterbehilfe und der Hilfe bei der Selbsttötung in den Niederlanden für das Jahr 2001, MedR 2004, S. 379 (380); *Oduncu* (Fn. 24), S. 75.

113 *Lindemann* (Fn. 109), S. 232.

114 *Tak* (Fn. 109), S. 914.

115 *Janssen* (Fn. 105), S. 181.

116 *Tak* (Fn. 109), S. 914.

gibt. Daneben muss der behandelnde Arzt mindestens einen weiteren unabhängigen Arzt hinzugezogen haben, der den Patienten untersucht und sich ein Urteil gemäß den vorgenannten Sorgfaltsanforderungen gebildet hat. Schließlich muss er die Lebensbeendigung medizinisch sorgfältig durchgeführt haben.[117]

Umstritten ist, ob im Vorfeld der Lebensbeendigung ein Behandlungsverhältnis zwischen Arzt und Patient existieren muss. Der zivilrechtliche Behandlungsvertrag ist der Rechtsgrund für die medizinische Betreuung des Patienten. Ein Behandlungsvertrag betrifft alle medizinischen Maßnahmen zur Heilung einer Krankheit und zur Diagnose sowie die notwendige Verpflichtung und pflegerische Versorgung. Dieser Behandlungsvertrag ist auch für die Sterbehilfe von Bedeutung. Die gesetzliche Formulierung der Sorgfaltsanforderungen weist darauf hin, dass bereits im Vorfeld der Lebensbeendigung ein Behandlungsverhältnis zwischen Arzt und Patient bestehen muss.[118]

Bei der Tötung auf Verlangen berechtigt die Willenserklärung des Patienten den Arzt zum Handeln, denn die Tötung auf Verlangen ist kein übliches medizinisches Handeln.[119] Da sich aber aus Art. 11 der Verfassung des Königreichs der Niederlande *(Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden)* kein Recht auf Tötung herleiten lässt, gibt es auch kein Selbstbestimmungsrecht in Bezug auf die aktive Sterbehilfe. Außerdem kann ein Arzt nicht gezwungen werden, eine Tötung auf Verlangen durchzuführen.[120] Von dem Arzt, der eine solche Maßnahme ablehnt, wird erwartet, dass er den Patienten, der sich mit einem solchen Verlangen an ihn gewandt hat, an einen anderen Arzt verweist.[121]

b) Meldeverpflichtung beim Leichenbeschauer

Damit der Arzt in den Genuss der Straffreiheit gelangen kann, muss er nicht nur die Sorgfaltsanforderungen des Art. 2 I des Gesetzes zur Überprüfung von Lebensbeendigung auf Verlangen und Beihilfe zur Selbsttötung erfüllen. Sondern gemäß § 7 II Leichen- und Bestattungswesengesetz *(Wet op de Lijkbezorging)* muss er den Fall der aktiven Sterbehilfe melden.[122] Die Vorschrift bestimmt, dass ein Arzt in einem solchen Fall keine Erklärung über einen natürlichen Tod abgeben darf, sondern dem Leichenbeschauer unverzüglich die wahre Todesursache mitteilen muss. Mit dieser Mitteilung muss der Arzt auch einen begründeten Bericht über die Einhaltung der gesetzlichen Sorgfaltsanforderungen abgeben.[123]

c) Regionale Prüfungskommissionen

Nachdem der Leichenbeschauer von dem behandelnden Arzt sowohl das Meldeformular als auch den begründeten Bericht erhalten hat, setzt er nach Art. 10 II des Ge-

117 *Gordijn* (Fn. 107), S. 461 f.
118 *Lindemann* (Fn. 109), S. 217.
119 *Tak* (Fn. 109), S. 916 ff.
120 *Gordijn* (Fn. 107), S. 464.
121 *Lindemann* (Fn. 109), S. 217; *Tak* (Fn. 109), S. 916 ff.
122 *Janssen* (Fn. 105), S. 181.
123 *Tak* (Fn. 109), S. 915.

setzes über die Leichenbestattung seinerseits unverzüglich eine der regionalen Prüfungskommissionen *(regionale toetsingscommissies)* in Kenntnis. Die eigentliche Überprüfung obliegt nun der regionalen Prüfungskommission aufgrund eigener Sachkompetenz.[124] Wenn die Kontrollkommission zu der Überzeugung gelangt, dass der Arzt die verlangten Sorgfaltsbedingungen erfüllt hat, ist die Sache ohne weiteres erledigt. In diesem Fall wird auch die Staatsanwaltschaft nicht informiert. Die Kontrollkommission muss ihr Gutachten an die zuständige Staatsanwaltschaft nur weiterleiten, wenn die Kommission zu dem Ergebnis gelangt, dass der Arzt nicht sorgfältig gehandelt hat.[125]

Gegen die Entscheidung der regionalen Prüfungskommission sind weder Berufung noch Beschwerde möglich. Dies stellt Art. 1:6 lit. e des Allgemeinen Verwaltungsrechtsgesetzes *(Algemene wet bestuursrecht)* klar. Gemäß Art. 10 Nr. 3 der Richtlinien über die Wirkungsweise der regionalen Prüfungskommissionen zur Sterbehilfe *(Richtlijnen betreffende de werkwijze van de regionale toetsingscommissies euthanasie)* müssen diese im Falle einer Sorgfaltsverletzung des Arztes eine Kopie ihrer Entscheidung mit dem Dossier an die Staatsanwaltschaft schicken. Das Dossier enthält unter anderem auch einen Bericht über ein Gespräch mit dem Arzt (Art. 10 Nr. 1 lit. a). Die Prüfungskommissionen sind auf Antrag der Staatsanwaltschaft verpflichtet, alle Informationen weiterzuleiten, die sie zur Beurteilung der Maßnahmen des Arztes braucht.[126] Die Staatsanwaltschaft entscheidet anschließend, ob gegen den Arzt Anklage erhoben werden soll. Die Staatsanwaltschaft bleibt aber auch bei einer abschließenden Entscheidung der Kommission befugt, auf Grund eigener (neuer) Erkenntnisse (z. B. bei weiteren Informationen durch Dritte) tätig zu werden.[127]

Gemäß Art. 12 I des Gesetzes zur Überprüfung von Lebensbeendigung auf Verlangen und Beihilfe zur Selbsttötung bestehen die fünf regionalen Prüfungskommissionen jeweils aus einer ungeraden Anzahl von Mitgliedern, mindestens jedoch aus drei Personen und entscheiden mit einfacher Mehrheit. Auf jeden Fall haben ihr ein Jurist als Vorsitzender, ein Mediziner und ein Ethiker anzugehören.[128] Um eine einheitliche Beurteilung seitens der einzelnen Prüfungskommissionen zu gewährleisten, sind regelmäßige Beratungen (zumindest zweimal im Jahr) der Kommissionsvorsitzenden im Beisein von Vertretern der Staatsanwaltschaft und der staatlichen Gesundheitsinspektion vorgesehen. Letztlich ist es die Aufgabe der regionalen Prüfungskommissionen, einmal im Jahr einen Jahresbericht herauszugeben, wie die Kommissionen gearbeitet haben.[129] Zu beachten ist, dass nur gemeldete Fälle und diese auch nur retrospektiv geprüft werden können. Darüber hinaus können die Prüfungskommissio-

124 *Janssen* (Fn. 105), S. 181.
125 *Tak* (Fn. 109), S. 917.
126 *College van procureurs-generaal,* Beleidsregels – Medisch (Euthanasie) (actueel), http://www.fomat.nl/aanwijzingeuth.html.
127 *Janssen* (Fn. 105), S. 181.
128 *Gordijn* (Fn. 107), S. 460.
129 *Janssen* (Fn. 105), S. 182.

nen aus verschiedenen Gründen der Justiz Fälle vorenthalten. Demnach stärken sie die Position des Arztes und schwächen die des Patienten.[130]

d) Sonderfälle

aa) Minderjährige

Die Regelungen in Art. 2 III, IV des Gesetzes zur Überprüfung von Lebensbeendigung auf Verlangen und Beihilfe zur Selbsttötung befassen sich mit dem Wunsch Minderjähriger nach Sterbehilfe. Grundsätzlich haben danach auch Minderjährige genügend Einsichtsvermögen, um freiverantwortlich und wohlüberlegt eine Lebensbeendigung zu verlangen.[131] Die Normen enthalten eine am Alter des Patienten ausgerichtete Staffelung der Einbeziehung der Eltern in den Entscheidungsprozess. Während bei 12- bis 15jährigen grundsätzlich die Zustimmung der Erziehungsberechtigten oder des Vormundes erforderlich ist, können 16- und 17jährige im Prinzip selbständig entscheiden. Die Eltern sind hier lediglich in die Entscheidungsfindung einzubeziehen.[132] Keine Anwendung findet das Gesetz auf Patienten unter 12 Jahren, da das notwendige Einsichtsvermögen nicht vorhanden ist.[133]

bb) Nicht mehr mitteilungsfähige Personen

Die Willenserklärung des Patienten spielt für die Entscheidung des Arztes, aktive Sterbehilfe zu leisten, eine herausragende Rolle. Falls der erwachsene Patient nicht mehr in der Lage ist, sich zu äußern, wird seine schriftliche Willenserklärung durch das Gesetz (Art. 2 II des Gesetzes zur Überprüfung von Lebensbeendigung auf Verlangen und Beihilfe zur Selbsttötung) explizit als freiwilliges und wohlerwogenes Verlangen i. S. des § 293 nlStGB anerkannt.[134] Die schriftliche Erklärung des Patienten muss klar formuliert sein. Trotz erfüllter Vorgaben für die Gültigkeit einer schriftlichen Euthanasieerklärung kann bzw. muss der Arzt von der Lebensbeendigung absehen, sofern gewichtige Gründe gegeben sind.[135] Auch wenn der Patient noch keine 18, aber schon 16 Jahre alt ist und nicht mehr in der Lage ist, sich zu äußern, kann der Arzt aktiv und direkt Sterbhilfe leisten, wenn der Patient seinem Tötungsverlangen zuvor schriftlich Ausdruck verliehen hat.[136]

3. Anwendungsprobleme

In der Praxis der Gesetzesanwendung erweisen sich mehrere Bereiche als problematisch.

---

130 *Oduncu* (Fn. 24), S. 90.
131 *Janssen* (Fn. 105), S. 182.
132 *Lindemann* (Fn. 109), S. 227.
133 *Janssen* (Fn. 105), S. 182.
134 *Tak* (Fn. 109), S. 916.
135 *Janssen* (Fn. 105), S. 182.
136 *Tak* (Fn. 109), S. 915.

a) Vage Begriffe

Im Gesetz zur Überprüfung von Lebensbeendigung auf Verlangen und Beihilfe zur Selbsttötung sind einige abstrakte Begriffe enthalten. Beispielsweise ist in der Formulierung der Sorgfaltsbedingungen die Rede von untragbarem Leiden des Patienten sowie von einem aussichtlosen Zustand. Derart vage und dadurch dehnbare Begriffe bergen die Gefahr, dass sie im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung weiter als ursprünglich vom parlamentarischen Gesetzgeber vorgesehen interpretiert werden.[137]

b) Rechtsunsicherheit auf Seiten des Arztes

Mit dem Gesetz zur Überprüfung von Lebensbeendigung auf Verlangen und Beihilfe zur Selbsttötung beabsichtigte die niederländische Regierung eine Erhöhung der Rechtssicherheit zugunsten der Ärzte. Aber aufgrund der relativ abstrakten Formulierung der Sorgfaltsbedingungen besteht bei vielen Ärzten eine große Unsicherheit darüber, ob sie in ihrem konkreten Fall von Euthanasie den Sorgfaltsbedingungen Genüge getan haben.[138]

c) Verletzung der Meldepflicht

Zwar haben die Meldungen der Fälle von aktiver Sterbehilfe von 41 % (1995) auf 54 % (2.054 Meldungen, 2001) zugenommen. Allerdings werden damit immer noch 46 % der Fälle nicht gemeldet.[139] Als Gründe für das Nicht-Anzeigen nannten die Ärzte unter anderem den Wunsch der Angehörigen des Patienten nach Ersparnis gerichtlicher Nachforschungen, den eigenen Wunsch nach Ersparnis von Unannehmlichkeiten mit der Justiz sowie die Furcht vor Strafverfolgung.[140] Im Jahr 2005 stieg aber der Wert der Meldungen auf 80 %. Trotz dieser erheblichen Verbesserung werden 20 % der Fälle von aktiver Sterbehilfe aber weiterhin nicht gemeldet. Zuletzt wurde im Jahr 2007 von 2120 Meldungen berichtet.[141]

d) Legitimation der regionalen Prüfungskommissionen

Die Kommissionsmitglieder werden durch den Justizminister und durch den Gesundheitsminister auf jeweils sechs Jahre ernannt. Eine einmalige Wiederernennung ist möglich (Art. 4 I S. 2 des Gesetzes zur Überprüfung von Lebensbeendigung auf Verlangen und Beihilfe zur Selbsttötung). Die Legitimation der Kommissionen muss aber bezweifelt werden. Grundsätzlich – wie es auch im internationalen Vergleich von Strafrechtsordnungen bestätigt wird – fallen Urteile über Strafverfolgungen von Euthanasiefällen in den Geltungsbereich der Staatsanwaltschaft. Auch in dem Art. 113 des niederländischen Grundgesetzes *(Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden)* ist das so festgelegt.[142]

137 *Gordijn* (Fn. 107), S. 464.
138 *Gordijn* (Fn. 107), S. 464.
139 *Finger* (Fn. 112), S. 381.
140 *Oduncu* (Fn. 24), S. 84; *Gordijn* (Fn. 107), S. 460.
141 Regionale toetsingscommissies euthanasie, Jaarverslag 2007, http://www.euthanasiecommissie.nl/Toetsingscommissie/jaarverslag/.
142 *Oduncu* (Fn. 24), S. 90 f.

e) Tötung ohne ausdrückliches Verlangen

Es werden nachweislich auch Patienten getötet, ohne dass sie ausdrücklich darum gebeten haben. Dieses Verhalten ist aber nach obigen Ausführungen keine Euthanasie. Als Begründung für dieses Vorgehen geben Ärzte an, dass jede medizinische Handlung sinnlos geworden sei. Weitere Gründe sind die fehlende Aussicht auf Besserung sowie der Umstand, dass die Angehörigen das Leid des Patienten nicht mehr mit ansehen können.[143] Aber auch das lebensbeendende Handeln ohne ausdrückliches Verlangen muss vom Arzt gemeldet werden. Dies geschieht ebenfalls nach einem Melde- und Prüfverfahren. Dabei übersendet der Leichenbeschauer den Fall aber nicht einer regionalen Prüfungskommission, sondern übergibt ihn an den Staatsanwalt weiter, der den Fall prüft und sein Urteil an die Generalstaatsanwaltschaft weiterleitet, die über die Strafverfolgung entscheidet. Dadurch, dass die Meldung eines solchen Falles für den Arzt ein hohes Risiko darstellt, da lebensbeendendes Handeln ohne Verlangen als Totschlag oder Mord geahndet wird, werden diese Fälle nur ganz selten, in weniger als 1 % der Fälle, gemeldet.[144]

f) Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Fraglich ist, inwieweit dieses Meldeverfahren mit der Verfassung vereinbar ist. Den niederländischen Gerichten ist es verboten, die Verfassungskonformität von Gesetzen zu überprüfen (Art. 120 Grondwet). Vor diesem Hintergrund kommt den internationalen Menschenrechten, denen Art. 94 Grondwet als unmittelbar anwendbare Normen Vorrang einräumt, eine enorme Bedeutung für die niederländische Rechtsordnung zu. Die Niederlande sind demnach an die EMRK gebunden.[145]

Die unter bestimmten Voraussetzungen zulässige aktive Sterbehilfe könnte gegen das Recht auf Leben gemäß Art. 2 I EMRK verstoßen. Aus Art. 2 EMRK folgt nicht das Recht zu sterben, auch nicht ein Recht auf Selbstbestimmung i. S. eines Rechts auf Entscheidung für den Tod anstelle des Lebens.[146] Dies bestätigt der Wortlaut dieser Norm ausdrücklich, da danach ein gesetzlicher Schutz des menschlichen Lebens verlangt wird. Aber aus Art. 2 EMRK folgt keine Verpflichtung des Staates, die Tötung auf Verlangen zu verbieten. Der EGMR hat die Frage ausdrücklich offen gelassen.[147] Angesichts der großen Unterschiede, die zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten bestehen, ist ein gemeineuropäischer Standard nicht festzustellen, der eine Grundlage dafür bieten könnte, um ein Gebot der rechtlichen Zulässigkeit der Sterbehilfe anzunehmen.[148] Demnach liegt kein Verstoß gegen Art. 2 EMRK vor.

---

143 *Ebd.* S. 80 f.

144 *Finger* (Fn. 112), S. 381.

145 *Besselink* Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Niederlande, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum I, 2007, S. 327 (378).

146 *Meyer-Ladewig* Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage (2006), Art. 2, Rn. 1.

147 *EGMR*, EuGRZ 2002, 234, Z. 41.

148 *Grabenwarter* Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage (2008), S. 138.

Dagegen könnte das niederländische Meldeverfahren aber den aus dem Gebot eines fairen Verfahrens (Art. 6 I S. 1 EMRK) abgeleiteten Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit[149] (nemo tenetur se ipsum accusare) verletzen. Der Arzt ist gegenüber der zuständigen regionalen Kontrollkommission zur ausführlichen Schilderung des Sachverhalts verpflichtet. Auch wenn der niederländische Gesetzgeber eine umfassende Straffreistellung beabsichtigte, wird der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit gerade in denjenigen Fällen relevant, in denen die Kontrollkommission im Hinblick auf die Befolgung der Sorgfaltsanforderungen zu einem negativen Urteil kommt. Der betroffene Arzt muss also durchaus fürchten, den Behörden durch seine Meldung Material zur Verfügung zu stellen, dessen Inhalt seine Strafbarkeit belegt. Deshalb ist von einem Beweisverwertungsverbot im Hinblick auf die durch das Meldeverfahren erlangten Informationen in einem sich anschließenden Strafverfahren auszugehen.[150] Die Kommissionen haben sich danach auf die bloße Mitteilung des negativen Prüfungsergebnisses an die Staatsanwaltschaft zu beschränken. Soweit eine darüber hinaus gehende Weiterleitung aller zu ihrer Kenntnisse gelangten Informationen erfolgt, steht die niederländische Regelung im Widerspruch zu den Anforderungen aus Art. 6 EMRK.[151]

4. Bewertung

Zusammenfassend lässt sich für die niederländische Regelung sagen, dass die „Tötungspraxis" einer staatlichen Kontrolle weitgehend entzogen bleibt. Das liegt daran, dass zum einen trotz zugesicherter Straffreiheit nicht alle Euthanasiefälle gemeldet werden, und zum anderen die Meldung durch Ärzte sowie die Prüfung durch die Kontrollkommissionen nicht prospektiv, sondern retrospektiv erfolgen. Hierdurch werden ein frühzeitiges Einschreiten und damit eine staatliche Kontrolle unmöglich gemacht. Es wäre deshalb zu überlegen, ob es nicht eine bessere Lösung darstellen würde, wenn man ein Verfahren vor der Tötung des Patienten durchführen würde. Daneben werden bei einem beträchtlichen Teil der Fälle offensichtlich die rechtlichen Zulässigkeitsanforderungen, aber auch der Patientenwille missachtet. Juristisch betrachtet wird rechtswidrig getötet.[152] Bei rund 1000 Patienten wird jährlich das Leben beendet, ohne dass eine ausdrückliche Bitte vorlag.[153] Diese hohe Zahl zeigt, dass ein Missbrauch auch durch die niederländische de facto-Legalisierung nicht verhindert werden konnte.

149 *Meyer-Ladewig* (Fn. 146), Art. 6, Rn. 52.
150 In konsequenter Anwendung der Grundsätze aus J. B./Schweiz – *EGMR*, NJW 2002, 499 ff.
151 *Lindemann* (Fn. 109), S. 234 f.
152 *Oduncu* (Fn. 24), S. 92.
153 *Lorenz* (Fn. 56), S. 66.

V. Rechtspolitischer Ausblick

Menschenwürdiges Sterben, Selbstbestimmung des Patienten, Lebensschutz, Gewissensfreiheit des Arztes und Anteilnahme der Angehörigen: Dies sind die abzuwägenden Interessen in der Diskussion über die aktive Sterbehilfe. Aus ethischer Sicht betonen die Befürworter aktiver Sterbehilfe das **Motiv der Leidensminderung** sowie der **Selbstbestimmung**. Wenn ein Mensch sterben und von schweren Leiden befreit werden wolle, dann sei eine **„Paternalisierung"** unter Berufung auf die Arztpflicht und die **„Heiligkeit des Lebens"** eine unerträgliche Demütigung; da ihm Ideale aufgezwungen würden, die er gar nicht teile.[154]

Jeder Einzelne ist aber kein isoliertes Individuum, sondern muss als Mitglied der Gemeinschaft Schranken seiner Selbstbestimmung hinnehmen.[155] Selbstgefährdung und Selbstaufgabe können verhindert werden, wenn Rechtsgüter der Allgemeinheit oder Rechte Dritter betroffen sind.[156] Hierzu zählen auch die Schutzpflicht des Staates für das Leben und die Achtung des Lebens als Wert der Gemeinschaft („effektiver Lebensschutz"[157]).[158] Deshalb ist das Verbot aktiver Sterbehilfe verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Der Gesetzgeber darf hier auch dem „Dammbruch-Argument"[159] sowie dem gesellschaftlichen und ethischen „Tötungstabu"[160] Rechnung tragen und dem bei einer Zulassung der aktiven Sterbehilfe drohenden Druck auf Ärzte[161] (Religions- und Gewissensfreiheit, Art. 4 I GG) und Patienten vorbeugen. Außerdem wird so verhindert, dass über menschliches Leben fremd verfügt wird. Die Beihilfe zum Selbstmord ist jedoch mangels rechtswidriger Haupttat straflos. Denn der Suizident nimmt die Tötung selbst vor und verantwortet sie, während er sich bei der Tötung auf Verlangen in die Hände des Dritten und damit in dessen Verantwortungsbereich begibt.[162]

Da dem Gesetzgeber beim Schutz des Lebens ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt,[163] wäre er nicht gehindert, die Strafbarkeit aktiver Sterbehilfe für solche – strikt eingegrenzten – Fälle aufzuheben, in denen zum Beispiel ein Todkranker sie ohne äußeren Druck und bei vollem Bewusstsein verlangt.[164] Gleichzeitig muss aber vor einem „Qualitätssprung" durch gesetzliche Verallgemeinerung gewarnt werden. Jede Form gezielter Tötung berührt elementar die Grundlagen des gesellschaftlichen Zusammenlebens, da die Rechtsordnung insgesamt als Friedensordnung in Frage gestellt wird.[165]

---

154 *Landau* (Fn. 9), S. 50.
155 BVerfGE 4, 7.
156 BVerfGE 59, 275 (280).
157 *Schroth* Der Handlungsspielraum des Arztes am Ende des Lebens, in: Hager (Hrsg): Die Patientenverfügung, 2006, S. 60 (61).
158 *Hufen* (Fn. 57), S. 855.
159 *Antoine* (Fn. 29), S. 191.
160 *Schroth* (Fn. 157), S. 61.
161 *Antoine* (Fn. 29), S. 278.
162 *Leitner* (Fn. 14), S. 79.
163 BVerfGE 46, 160 (164).
164 *Hufen* (Fn. 57), S. 855.
165 *Duttge* Sterbehilfe aus rechtsphilosophischer Sicht, GA 2001, S. 158 (171 ff.).

Jedem Einzelfall einer Tötung auf Verlangen liegt aber gleichzeitig eine komplexe und schwierige Gewissensentscheidung aller Beteiligten zu Grunde, die Respekt verdient. Deshalb wäre es überlegenswert, den Strafrahmen des § 216 StGB dahingehend zu ändern, dass eine Mindestfreiheitsstrafe nicht mehr vorgesehen ist, sondern durch eine Geldstrafe ersetzt wird. Dadurch würde den Gerichten die Möglichkeit eröffnet, das gesamte Spektrum der Bestrafungsmöglichkeiten auszuschöpfen und jedem Fall individuell gerecht zu werden.[166] Die niederländische Regelung der aktiven Sterbehilfe könnte demgegenüber vor der deutschen Verfassungsordnung nicht bestehen, da die Schutzmaßnahmen primär repressiv sind und leicht umgangen werden können, so dass sie keinen effektiven Lebensschutz gewährleisten.[167]

VI. Fazit

Abschließend ist die Frage aufzuwerfen, ob trotz großzügigen Einsatzes von passiver und indirekter Sterbehilfe, von moderner Palliativmedizin und hospizgerechter Umsorgung schwerstkranker Patienten unerträgliche psychische und körperliche Leiden denkbar sind, die es unter Berücksichtigung der aufgezeigten Gefahren für das allgemeine Rechts- und Wertebewusstsein rechtfertigen, den verbleibenden Lebensrest von dem unabdingbaren staatlichen Lebensschutz auch gegenüber dem eigenen Todesverlangen auszunehmen.

Bei der Beantwortung der Frage darf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht die entscheidende Rolle spielen. Andernfalls müsste die Tötung auf dessen ausdrückliches Verlangen auch zugelassen werden, wenn dieses Verlangen auf nachvollziehbaren ernsthaften Überlegungen beruht, eine Konsequenz, die in keinem zivilisierten Staat toleriert werden kann. Denn ein unbegrenztes Verfügungsrecht des Einzelnen über sein Leben würde den allgemeinen Lebensschutz relativieren, die Achtung vor dem Leben untergraben und könnte den Gefahren eines Missbrauchs nicht wirksam begegnen.

In seltenen Ausnahmesituationen kann aber auch eine gezielte Tötung als nicht strafbar zu bewerten sein, etwa wenn die medizinischen Möglichkeiten einmal nicht genügen sollten, einen entwürdigenden Todeskampf abzuwenden. Dabei kann es sich jedoch immer nur um einen besonderen, einer Verallgemeinerung nicht zugänglichen Einzelfall handeln. Die Beibehaltung des Verbots der aktiven Sterbehilfe liegt auch im Interesse der Patienten. Es versagt zwar dem Einzelnen die Erfüllung seines Wunsches, gibt aber der Mehrheit der Sterbenskranken die Gewissheit, nicht verfrüht aus der Gemeinschaft ausgestoßen zu werden, und sichert deren Recht, bis zuletzt effektiv und einfühlsam betreut zu werden.

Humanität auch im Sterben erfordert nicht, die gezielte Tötung von Patienten unter verallgemeinerten gesetzlichen Voraussetzungen zuzulassen. Die Missbräuche der

166 *Birkner* (Fn. 55), S. 54.
167 *Antoine* (Fn. 29), S. 314.

Nationalsozialisten spielen bei der Entscheidungsfindung nur insoweit eine Rolle, als sie unseren Sinn dafür geschärft haben, welche negativen Folgen eine Aufweichung des unbedingten Lebensschutzes bewirken kann. Humanität im Sterben ohne Zulassung der aktiven Sterbehilfe ist aber nur dann gesichert, wenn man die heute noch vorhandenen rechtlichen, gesellschaftlichen und ökonomischen Hindernisse abbaut, die in bestimmten Fällen einem Sterben unter menschenwürdigen Bedingungen entgegenstehen. In Deutschland besteht aber kein Bedürfnis, die weitreichenden Euthanasie-Gesetze unserer niederländischen, belgischen und luxemburgischen Nachbarn zu übernehmen.

Ina Gätzschmann*

Die Meistbegünstigungsklausel in der WTO und im völkerrechtlichen Investitionsschutz

Abstract

Die Arbeit thematisiert das Rechtsinstitut der Meistbegünstigung und dessen Wirkungsweise innerhalb der Rechtsordnung der WTO und des völkerrechtlichen Investitionsschutzes. Während die WTO ein in sich geschlossenes System von multi- und plurilateralen Verträgen unter dem Dach einer Internationalen Organisation darstellt, unterscheidet sich der völkerrechtliche Investitionsschutz davon insofern, als dass er von einer Ansammlung unterschiedlichster bilateraler und regionaler Verträge dominiert wird. Da multilateralen Verträgen hier nur eine marginale Rolle zukommt, verändert sich nicht nur der Wirkungskreis, sondern auch die Erscheinungsformen sog. Meistbegünstigungsklauseln.
Ziel ist es, das Rechtsinstitut sowohl vor dem Hintergrund wirtschaftswissenschaftlicher Theorien darzulegen, als auch Gemeinsamkeiten und grundlegende Unterschiede in den Bereichen Handel und Investition aufzuzeigen.

* *Ina Gätzschmann* studierte im Wintersemester 2008/2009 im 9. Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht- Karls-Universität Heidelberg. Der Aufsatz entstand im Rahmen der Vorlesung „Internationales Wirschftsrecht" bei *PD Dr. Volker Röben.*

Das Rechtsinstitut der Meistbegünstigung hat in den vergangen Jahrhunderten stetig an Bedeutung gewonnen und wurde in vielfältigste völkerrechtliche Verträge inkorporiert. Während es seinen Ursprung in Handelsverträgen fand, weitete sich seine Anwendung zunehmend auf Übereinkommen zur Regelung von zwischenstaatlichen Verhaltensweisen im Investitionsschutz, im Transport und Verkehr, in diplomatischen Beziehungen, im Bereich des geistigen Eigentums etc. aus.[1]

I. Allgemeines

1. Die Natur der Meistbegünstigung

a) Meistbegünstigung als Ausprägung des Prinzips der Nichtdiskriminierung

Das Prinzip der Nichtdiskriminierung von Staaten ist Ausfluss des völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsatzes der souveränen Gleichheit aller Staaten[2] (vgl. Art. 2 Nr. 1 UN-Charta), gewährt diesen zunächst jedoch nur eine formelle „Gleichheit vor dem Recht" und keine Gleichheit im materiellen Sinne.[3] Staaten ist es aus völkerrechtlicher Sicht grundsätzlich nicht verwehrt, andere Völkerrechtssubjekte vor- oder nachteilig zu behandeln. Da jedoch erheblicher wirtschaftlicher und politischer Nutzen aus einer materiellrechtlichen Gleichbehandlung untereinander gezogen werden kann, tendieren Staaten in der Praxis dazu, den gewohnheitsrechtlichen Grundsatz der formellen Gleichheit im Wege des Völkervertragsrechtes zu einem Diskriminierungsverbot im materiellen Sinne fortzuentwickeln. Auf dem Gebiet des internationalen Wirtschaftsverkehrs findet dieses Bestreben Ausdruck im Rechtsinstitut der Meistbegünstigung. Da sie mangels einer *opinio iuris* nicht im Völkergewohnheitsrecht verankert ist,[4] werden entsprechende Klauseln in multilaterale, regionale und bilaterale Verträge aufgenommen.

b) Begriffsbestimmung und Abgrenzung

Meistbegünstigungsklauseln verpflichten die Parteien, in ihren Rechtsetzungs- und Verwaltungsvorschriften den jeweils anderen Vertragspartner und dessen Staatsangehörige so zu behandeln, wie es der günstigsten Behandlung entspricht, die der gewährende Staat irgendeinem dritten Staat in gleicher Beziehung und unter gleichen Vorraussetzungen zukommen lässt.[5] Sachlich regelt sie also lediglich die Nichtdiskri-

1 *Ustor* in: Bernhardt, Encyclopedia of Public International Law, 1982, III/1, S. 468 („Most-Favoured-Nation Clause").

2 *Dahm/Delbrück/Wolfrum* Völkerrecht Band I/1, 2. Auflage (1989), S. 236 ff.

3 *Tietje* Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, Diss. Hamburg 1997, S. 190 f.

4 *International Law Commission (I.L.C.)* The Most-Favoured-Nation Clause, in: Yearbook of the International Law Commission (1978) Volume II Part Two, UN Doc. A/CN.4/SER. A/1978/Add.1 (Part 2), S. 25; *Ustor* (Fn. 1), S. 468; *Schwarzenberger* International Law and Order, 1971, S. 137 f.

5 *Berrisch* in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, 2003, S. 96 f.; *Ustor* (Fn. 1), S. 468.

minierung von ausländischen Staatsangehörigen untereinander und greift im Unterschied zur sog. Inländerbehandlung gerade nicht in die Souveränität eines Staates ein, seinen eigenen Angehörigen eine bessere Behandlung zukommen zu lassen.

Die konkrete Behandlung der Vertragspartner ist nicht von vornherein fest umschrieben, sondern anhand eines Vergleichsmaßstabs in einem Dreiecksverhältnis geregelt: Grundlage des Anspruchs auf Gewährung der gleichen Behandlung ist der Vertrag zwischen gewährendem und begünstigtem Staat (sog. basic treaty), der die Meistbegünstigungsklausel enthält. Diese allein gesehen ist jedoch lediglich eine „Klausel ohne Inhalt",[6] die erst durch den Vertrag zwischen Gewährendem und Drittstaat (sog. third-party treaty) mit konkreten Forderungen ausgefüllt wird. Der Anspruch auf Gewähr eines Vorteils hängt somit stets vom (Fort-)Bestand der vorteilhaften Behandlung des Drittstaates ab.[7] Dabei kann die Gleichheit der Staaten auf zweierlei Weise hergestellt werden: Der gewährende Staat hat die Wahl, dem aus der Meistbegünstigungsklausel berechtigten Staat ebenfalls die Vorteile zu gewähren, die er dem Drittstaat zu Gute kommen lässt, oder aber er entzieht auch dem Drittstaat die gewährten Vorteile wieder. Daraus folgt, dass die Meistbegünstigung lediglich auf die gleiche Behandlung aller beteiligten Staaten abzielt, aber gerade nicht mit einer bestimmten Wirtschaftspolitik verbunden ist. Sie kann sowohl in einem freihändlerischen als auch in einem protektionistischen System angewandt werden; ist also eine handelspolitisch neutrale Methode.[8]

c) Das *ejusdem generis*-Prinzip

Wird die Meistbegünstigung in einem freihändlerischem System eingesetzt, so führt sie rechtlich dazu, dass ein Staat Vergünstigungen aus einem Vertrag herleiten kann, an dem er nicht originär als Partei beteiligt ist. Grundlage hierfür ist der in der Meistbegünstigungsklausel ausgedrückte Wille des verpflichteten Staates, die Vorteile auszuweiten. Dies geschieht jedoch nicht schrankenlos, da die gleiche Behandlung dem Vertragspartner nur gewährt wird, wenn und soweit es sich bei dem in Rede stehenden Vorteil um denselben Gegenstand bzw. denselben Personenkreis handelt.[9] Dieses sog. *ejusdem generis*-Prinzip beruht auf der allgemein anerkannten Regel der Vertragsauslegung im Völkerrecht, nach welcher ein Staat nicht über die im Vertrag eingegangenen Verpflichtungen hinaus gebunden ist.[10] Die konkrete inhaltliche Ausgestaltung der rechtlichen Verpflichtungen unterliegt allein dem Willen der Vertrags-

6 *International Court of Justice (I.C.J.)* Anglo-Iranian Oil Co. Case (Vereinigtes Königreich v. Iran), I.C.J. Pleadings (1952), S. 1 (533); *Loher* Die Meistbegünstigungsklausel, Diss. Neuchâtel 1949, S. 70.

7 *Berrisch* (Fn. 5), S. 98; *Loher* (Fn. 6), S. 9 f.

8 *Ebd.* S. 69 f.; *Hudec* Essays on the Nature of International Trade Law, 1999, S. 281 (324).

9 *Arbitral Tribunal,* The Ambatielos Claim (Griechenland v. Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland), Reports of International Arbitral Awards (R.I.A.A.) 12 (1956), S. 82 (107); I.L.C. Yearbook (Fn. 4), S. 28 ff.; *Ustor* (Fn. 1), S. 472.

10 *Dahm/Delbrück/Wolfrum* Völkerrecht I/3, 2. Auflage (2002), S. 634 ff.

parteien und kann daher im Wege des Konsenses zur bedingten oder unbedingten, einseitigen oder gegenseitigen Gewährung der Meistbegünstigung führen.

2. Arten der Meistbegünstigung

a) Einseitige und gegenseitige Klauseln

Einseitige Klauseln sind jedoch der Ausnahmefall, da sie ein ungleiches Machtverhältnis der Parteien widerspiegeln, in welchem lediglich eine Seite in den Genuss der Meistbegünstigung kommen kann.[11] Nach dem ersten Weltkrieg sind diese z. B. in Friedensverträgen inkorporiert worden (vgl. Art. 267 Vertrag von Versailles, nach welchem Deutschland auf die Dauer von fünf Jahren zur einseitigen Gewährung der Meistbegünstigung gegenüber den alliierten Mächten verpflichtet wurde). Abgesehen von diesen Verträgen wird die Meistbegünstigung heutzutage im Gegenseitigkeitsverhältnis gewährt, sodass beide Vertragspartner gleichzeitig berechtigter und verpflichteter Staat sind.

b) Bedingte und unbedingte Klauseln

Im Falle einer bedingten Meistbegünstigung müssen Zugeständnisse nur dann unentgeltlich auf den Vertragspartner ausgeweitet werden, wenn sie auch dem Drittstaat unentgeltlich gewährt wurden. Erhält der gewährende Staat vom Drittstaat jedoch eine Gegenleistung, so kann der Vertragspartner aus dem Basisvertrag den Vorteil nur beanspruchen, wenn dieser sich zur Gewährung derselben oder zumindest einer gleichwertigen Gegenleistung verpflichtet. Diese Form der Meistbegünstigung war in Europa bis zum sog. Chevalier-Cobden-Vertrag von 1860 und in den USA bis 1923 geläufige Praxis,[12] stellte sich jedoch als wenig zielführend heraus und ist spätestens seit den 20-iger Jahren des vorigen Jahrhunderts ungebräuchlich. Heute gilt die Verpflichtung zur Meistbegünstigung unabhängig davon, ob eine Gegenleistung erbracht wird. Insbesondere spielt die Tatsache, dass das gemachte Zugeständnis durch eine adäquate Vergünstigung an den gewährenden Staat „bezahlt" wird, keine Rolle.[13]

II. Die Meistbegünstigung in der World-Trade-Organization (WTO)

1. Vertragliche Ausgestaltung

Das WTO-Übereinkommen[14] legt in seiner Präambel das Prinzip der Nichtdiskriminierung als ein tragendes Leitprinzip der internationalen Wirtschaftsordnung fest:

---

11 I.L.C. Yearbook (Fn. 4), S. 18 f.; *Loher* (Fn. 6), S. 17.

12 I.L.C. Yearbook (Fn. 4), S. 34 m. w. N.

13 *Jackson* The World Trading System, 2. Auflage (1997), S. 161 f.; *Schwarzenberger* (Fn. 4), S. 135 ff.

14 Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (Annahme 15. April 1994; In-Kraft-Treten 1. Januar 1995) 1867 United Nations Treaty Series (U.N.T.S.) S. 154.

„*Being desirous* of contributing to these objectives by entering into reciprocal and mutually advantageous arrangements directed to the substantial reduction of tariffs and other barriers to trade and to the elimination of discriminatory treatment in international trade relations".

In dem Bewusstsein, dass Diskriminierung neben misslichen wirtschaftlichen Folgen auch negativen Einfluss auf die Handelspolitik einzelner Regierungen haben (und insbesondere zur Instabilität politischer Systeme beitragen) kann, strahlt die Präambel des WTO-Übereinkommens das Leitmotiv der Nichtdiskriminierung auf alle seine inkorporierten Abkommen aus. Innerhalb dieser Abkommen untergliedert sich das Prinzip seinerseits in die Meistbegünstigung und die Inländerbehandlung. Beide garantieren durch ein wechselseitiges Zusammenspiel, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz zur effektiven Wirksamkeit gelangt.[15] In Abwesenheit der Inländerbehandlung könnte die Meistbegünstigung nämlich dadurch unterwandert werden, dass zwar Zölle auf importierte Güter um einen bestimmten Prozentsatz reduziert würden, aber im Verhältnis zu nationalen Produkten Steuern mit einem entsprechenden Prozentsatz eingeführt werden würden.[16]

Die Meistbegünstigung ist damit eines der Kernelemente innerhalb der WTO[17] und hat sich in ihrer unbedingten Form etabliert (vgl. Art. I: 1 GATT und Art. IV TRIPS: „shall be accorded [...] unconditionally"). Sobald ein WTO-Mitglied einem anderen Staat Zugeständnisse einräumt, werden diese automatisch multilateralisiert, ohne dass es weiterer Zwischenschritte bedarf.[18] Der Vorteil dieses Mechanismus liegt darin, dass alle anderen Vertragspartner der WTO stets die aktuell günstigste Behandlung durch den verpflichteten Staat erfahren, ohne dafür mit ihm in kontinuierliche Verhandlungen treten zu müssen. Frei nach dem Motto „nobody else gets a better deal".[19]

---

15 *Hestermeyer* in: Wolfrum/Stoll /Seibert-Fohr, WTO-Technical Barriers and SPS Measures, 2007, Rn. 2.

16 *Trebilcock/Howse* The Regulation of International Trade, 2. Auflage (1999) S. 116: „[...] if country A agreed to reduce its tariffs on imported widgets from 20 % to 10 %, and than imposed differential domestic sales taxes on domestic and imported good of 5 % and 15 % respectively, the tariff concession would effectively have been negated".

17 Neben dem General Agreement on Tariffs and Trade (GATT, Art. I), dem General Agreement on Trade in Services (GATS, Art. II: 1) und dem Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS, Art. IV) findet sie Eingang in weitere Abkommen, wie z. B. Art. 2.3 SPS-Agreement, Art. 2.1 TBT-Agreement, Art. 2.1 Agreement on Preshipment Inspection und Art. 1.3 Agreement on Import Licensing Procedures.

18 *WTO Working Group on the Relationship between Trade and Investment,* Non-Diskrimination: Most- Favoured-Nation Treatment and National Treatment, WT/WGTI/W/118 (4. Juni 2002), S. 6.

19 *Schwartz/Sykes* in: Bhandari/Sykes, Economic Dimensions in International Law, 1997, S. 43 (63).

2. Die Ausgestaltung der Meistbegünstigung im General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

a) Die Theorie des komparativen Kostenvorteils

Das GATT ist auf die Schaffung eines Weltwirtschaftssystems gerichtet, das sich an marktwirtschaftlichen Prinzipien orientiert und Handelshemmnisse tarifärer und nichttarifärer Art als Störfaktor ansieht.[20] Treibende Kraft für den fortschreitenden Welthandel ist die Erkenntnis, dass freier Handel und wirtschaftliches Wachstum direkt miteinander verbunden sind.

Faktisch befindet sich jeder Teilnehmer am internationalen Handel in einer unterschiedlichen Ausgangslage, da jeder Staat auf seinem Territorium unterschiedliche Produktionsbedingungen und eine naturgegebene Quantität und Qualität von Produktionsfaktoren wie z. B. Arbeit, Kapital und Boden vorfindet. Dadurch entstehen unterschiedliche Kosten für die Produktion bestimmter Güter in den jeweiligen Ländern. Nach der Theorie des komparativen Kostenvorteils[21] ist es für zwei Staaten vorteilhaft, in wirtschaftliche Beziehungen zu treten und gerade nicht alle Güter selbst im Inland zu produzieren – sogar dann, wenn ein Staat effizienter in der Produktion aller benötigten Güter ist als der Andere. Die Menge der in einer Volkswirtschaft insgesamt zur Verfügung stehenden Güter kann nämlich dadurch erhöht werden, dass sich jeder Staat auf die Produktion derjenigen Waren spezialisiert, die er relativ gesehen am effizientesten herstellen kann (also den komparativen Kostenvorteil besitzt) und diese gegen andere Waren eintauscht. Der internationale Handel wird daher grundsätzlich als positiv bewertet.[22] Die berühmte „win win"-Situation kann aber nur dann eintreten, wenn protektionistische Maßnahmen und deren marktverzerrende Wirkung möglichst weitgehend eliminiert sind. Hierzu dient das Rechtsinstitut der Meistbegünstigung, dessen Funktion es ist, ausländischen Wirtschaftsakteuren auf dem inländischen Markt untereinander gleiche Behandlung zu gewähren[23] und dadurch optimale Konkurrenzbedingungen zu schaffen.

b) Die Struktur der Meistbegünstigung im GATT

Das GATT zielt darauf ab, Handelshemmnisse abzubauen und Diskriminierung beim grenzüberschreitenden Austausch von Waren zu beseitigen. Neben Art. I: 1[24] als allgemeine Ausprägung der Meistbegünstigung existieren innerhalb des GATT

---

20 *Wolfrum* Das internationale Recht für den Austausch von Waren und Dienstleistungen, 1996, S. 570.

21 *Ricardo* Über die Grundsätze der politischen Ökonomie und der Besteuerung (Übersetzung 1994), S. 109 ff.; *Göttsche* Die Anwendung von Rechtsprinzipien in der Spruchpraxis der WTO-Rechtsmittelinstanz, Diss. Hamburg 2004, S. 27 ff.; *Krajewski* Wirtschaftsvölkerrecht, 2006, S. 41 ff.

22 *Krajewski* (Fn. 21), S. 45.

23 *International Court of Justice (I.C.J.),* Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (Frankreich v. Vereinigte Staaten von Amerika), (1952) I.C.J. Reports S. 176 (192).

24 Alle Artikel ohne genauere Bezeichnung beziehen sich auf die Vorschriften des GATT 1994.

spezifische Tatbestände, die das Prinzip auf verschiedene Regelungsmaterien übertragen. Als Beispiel sei an dieser Stelle nur auf Art. V: 5 (Transit) und Art. IX: 1 (Marks of Origin) verwiesen.[25] Der Ausgangspunkt der Betrachtung ist somit Art. I: 1, welcher den Grundgedanken der Meistbegünstigung in seiner weitgehend ausnahmslosen Form enthält.

c) Sachlicher Anwendungsbereich von Art. I: 1

Der umfassende Anwendungsbereich des Art. I: 1 verdeutlicht die tragende Bedeutung der Meistbegünstigung im GATT. Sie erstreckt sich nicht nur auf Maßnahmen an der Grenze, sondern durch den Verweis auf Art. III: 2 und Art. III: 4 gleichermaßen auf bestimmte Maßnahmen hinter der Grenze, die handelsbeschränkende Wirkungen entfalten können.

aa) Außenwirtschaftsverkehr

Dem Wortlaut des Art. I: 1 ist zu entnehmen, dass sich die Meistbegünstigung auf alle Zollvereinbarungen nach Art. II sowie Abgaben jeder Art bezieht, die die Einfuhr belasten oder anlässlich der Ein- oder Ausfuhr erhoben werden (sog. Quasizölle wie z. B. Steuern und Gebühren). Weiterhin umfasst die Vorschrift alle Methoden zur Erhebung von Zöllen und Abgaben sowie jegliche Rechtsvorschriften oder sonstige Formalitäten, die den Import oder Export von Waren betreffen.

bb) Binnenverkehr

Schließlich erstreckt sich die Meistbegünstigung durch den Verweis von Art. I: 1 auf Art. III: 2 und 4 auch auf diskriminierende Behandlung ausländischer Wettbewerber auf dem inländischen Markt.

In jedem Fall muss die erhobene Maßnahme einem anderen Staat einen Vorteil im Sinne der Vorschrift („any advantage, favour, privilege or immunity") verschaffen.

d) Gleichartige Produkte

aa) Die Gleichartigkeit als Vergleichsmaßstab

Dieser Vorteil muss nach Art. I: 1 jedem gleichartigen Produkt aus einem anderen WTO-Mitgliedsstaat gewährt werden. Das Erfordernis gleichartiger Waren ist eine besondere Ausprägung des *ejusdem generis*-Prinzips, nach welchem nur Produkte vom Gebot der Nichtdiskriminierung profitieren können, die derselben Kategorie von Gegenständen oder Personen angehören. Aus praktischer Sicht ist dies eine der Kernfragen der Meistbegünstigung: Staaten, die anderen Staaten im Streitfall einen bestimmten Vorteil gewähren sollen, werden sich regelmäßig darauf berufen, dass es sich tatsächlich nicht um gleichartige Produkte handelt. Während anspruchstellende Staaten in umgekehrter Weise argumentieren werden. Fraglich ist demnach, unter welchen Vorraussetzungen die Gleichartigkeit zweier Produkte vorliegt und welche Vergleichskriterien hierfür maßgeblich sind. Aus der Spruchpraxis der GATT-Panels

25 *Bhala/Kennedy* World Trade Law, 1998, S. 68 f. m. w. N; *Wolfrum* (Fn. 20), S. 572.

ergibt sich insofern, dass die Auslegung des Begriffs „Gleichartigkeit" in den verschiedenen Vorschriften des GATT uneinheitlich ist und dass es in Ermangelung einer Legaldefinition stets einer individuellen Einzelfallentscheidung bedarf.[26] Gleichartigkeit liegt nämlich nicht bereits dann vor, wenn die Produkte miteinander konkurrieren oder substituierbar sind.[27] Als Anhaltspunkte für den Vergleich schlug eine im Jahre 1968 eingesetzte Arbeitsgruppe in ihrem Report on Border Tax Adjustments[28] folgende Kriterien vor:

- den Endverbrauch des Produkts in einem bestimmten Markt,
- die Vorlieben und Gewohnheiten der Verbraucher (insbesondere deren Erwartungen und Konsumverhalten) und
- physische Eigenschaften, Natur und Qualität des Produkts.

Zollklassifikationen können nur als Anhaltspunkt herangezogen werden, wenn sie hinreichend detailliert sind.[29] Diese Faktoren haben jedoch lediglich Indizwirkung und entbehren nicht einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalles.

bb) Gleichartigkeit trotz unterschiedlicher Produktionsmethoden

Als besonderes Problem stellt sich die Frage, ob unterschiedliche Produktionsmethoden zweier (ausländischer) Produkte Einfluss auf deren Gleichartigkeit haben können. Relevant wurden diese sog. production and process methods (PPMs) insbesondere bei diskriminierenden Handelsbeschränkungen auf Grund umwelt- oder sozialfreundlich hergestellter Waren. Grundsätzlich dürfen nämlich nur solche Vergleichskriterien herangezogen werden, die das Produkt als solches bzw. dessen unmittelbare Eigenschaften betreffen.[30] Beschränkungen, die allein auf dessen Herstellungsmethoden abstellen, verknüpfen die Meistbegünstigung daher mit einer nach dem GATT unzulässigen Bedingung.[31] Nur ausnahmsweise darf auf PPMs abgestellt werden, wenn diese sich in der physischen Beschaffenheit des Endproduktes niederschlagen.[32]

e) Ungleichbehandlung

Eine Ungleichbehandlung i. S. v. Art. I: 1 liegt dann vor, wenn der betroffene Staat im Vergleich zu anderen Staaten schlechter gestellt wird; ihm also nicht „unverzüglich

---

26 *WTO Appellate Body*, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (4. Oktober 1996), Abschnitt H. 1.(a); *WTO Panel* Canada/Japan – Tariffs on Imports of Spruce, Pine, Fir (SPF) Dimension Lumber, BISD/36S/167 (19. Juli 1989), Paragraph 3.29; *Hudec* in: Bronckers, New Directions in International Economic Law, 2000, S. 187 (198 f).

27 *Wolfrum* (Fn. 20) S. 572; *Zedalis* A Theory of the GATT „Like" Product Common Language Cases, Vanderbilt Journal of Transnational Law 27 (1994), S. 33 (68).

28 *Working Party on Border Tax Adjustment*, Report of the Working Party on Border Tax Adjustment, BISD 18S/97 (2. Dezember 1970), Paragraph 18.

29 *WTO Appellate Body*, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (Fn. 25), Abschnitt H. 1.(a); *Hestermeyer* (Fn. 15), Rn. 31; *Zedalis* (Fn. 27), S. 33 (78 ff.).

30 *Hestermeyer* (Fn. 15), Rn. 73.

31 *Hudec* (Fn. 26), S. 192.

32 *Krajewski* (Fn. 21), S. 100: wie z. B. Pestizidrückstände beim Vergleich von konventionell und ökologisch angebautem Obst.

und bedingungslos" derselbe Vorteil gewährt wird. Zu unterscheiden ist bei der Untersuchung des Tatbestandsmerkmals „bedingungslos", ob der betreffende Vorteil schon ursprünglich unter einer Bedingung stand (also im Basisvertrag) oder ob dieser nur unter einer Bedingung an andere Mitgliedsstaaten der WTO weitergegeben wird.[33] Während erstere Konstellation nicht *per se* zu einer unzulässigen Diskriminierung führt, ist dies bei letzterer Konstellation der Fall. „Unverzüglich" ist die Weitergabe der Zugeständnisse nur dann, wenn sie ohne zeitliche Verzögerung allen anderen Mitgliedsstaaten eingeräumt wird.

Der Umfang der Meistbegünstigung erstreckt sich neben den sog. *de jure*- auch auf die sog. *de facto*-Diskriminierungen.[34] Von *de jure*-Diskriminierung spricht man bei Ungleichbehandlungen, die ausdrücklich auf die Herkunft eines Produktes abstellen, während es bei *de facto*-Diskriminierung zwar formal nicht auf die Herkunft der Ware ankommt, tatsächlich aber trotzdem nur Waren einer bestimmten Herkunft den Vorteil in Anspruch nehmen können.

f) Durchsetzungsmechanismen

Verstöße gegen die Verpflichtung zur Meistbegünstigung müssen in dem für alle WTO-Übereinkommen geltenden Verfahren vor einem Panel bzw. dem Appellate Body geltend gemacht werden. Diese sind jedoch nur Staaten zugänglich, sodass die Diskriminierung einzelner Produzenten im Wege des diplomatischen Schutzes des Heimatstaates gegen den verletzenden Staat gerügt werden kann. Der betroffene Staat macht insofern die Verletzung eigener Rechte aus dem GATT geltend. Gemäß Art. 22 des Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU) kann der Heimatstaat- nicht aber der betroffene Produzent- Schadensersatz verlangen oder entsprechende Zugeständnisse seinerseits gegenüber dem verletzenden Staat einstellen (i. S. v. völkerrechtlichen Gegenmaßnahmen[35]).

3. Auswirkungen auf die Weltwirtschaft

a) Chancen

aa) Globale Wohlfahrtsgewinne

Da jedem Staat unterschiedliche Produktionsbedingungen und Produktionsfaktoren zur Verfügung stehen, befinden sie sich im internationalen Wirtschaftsverkehr *de facto* in einer ungleichen Ausgangslage. Die Meistbegünstigung stellt sicher, dass alle Teilnehmer am Welthandel gleichermaßen be- und entlastet werden und dass der Preismechanismus ungestört funktioniert. Der Abbau von handelshemmenden und wettbewerbsverzerrenden Maßnahmen gegenüber einzelnen Marktteilnehmern zeigt, welche Nation am effektivsten in der Produktion einzelner Waren ist. Die

33 *WTO Panel,* Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (Panel Report), WT/DS139/R, WT/DS142/R (11. Februar 2000), Paragraphen 10.24.

34 *Berrisch* (Fn. 5), S. 101 f.

35 *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (Fn. 10), S. 983.

Meistbegünstigung bildet in gewissem Maße den Grundstein für das ungestörte Funktionieren des Marktmechanismus nach der Theorie des komparativen Kostenvorteils. Um die naturgegebenen Wettbewerbsbedingungen optimal nutzen zu können, ist es angezeigt, dass sich Staaten auf die Produktion genau der Güter spezialisieren, die sie am effektivsten beherrschen, und diese untereinander austauschen. Somit kommt es einerseits zu einer optimalen Nutzung vorhandener Ressourcen und andererseits zu den von der WTO angestrebten, globalen Wohlfahrtsgewinnen durch internationale Arbeitsteilung.[36]

bb) Fortschreitende Liberalisierung

Die Meistbegünstigung sichert darüber hinaus den Wert der jeweiligen Zugeständnisse für die Zukunft.[37] Sie verhindert, dass Staaten die gewährten Vorteile dadurch relativieren, dass gegenüber dritten Staaten noch günstigere Konditionen geschaffen werden. Jede weitere Herabsetzung der Zollsätze gegenüber irgendeinem Staat (gleichgültig ob Mitgliedstaat der WTO oder Drittstaat[38]), kommt automatisch allen anderen Mitgliedern zu Gute, sodass es innerhalb der WTO zu einem *status quo* von Handelsbeschränkungen kommt.

cc) Transparenz und Konfliktabbau durch Vertrauensbildung

Durch die so erzeugte Transparenz und Berechenbarkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse kann die Meistbegünstigung zur vereinfachten Handelsabwicklung führen und die Bereitschaft der Staaten steigern, in weitere Verhandlungen zur Liberalisierung des Welthandels zu treten. Die Möglichkeit, auf politischer Ebene mit protektionistischen Maßnahmen in unlauterer Weise zu drohen oder Staaten gegenseitig auszuspielen und dadurch wiederum politische Instabilität durch Vergeltungsmaßnahmen zu provozieren,[39] verliert ihre Grundlage.

b) Risiken

aa) Die Free-Rider-Problematik

Das Meistbegünstigungsprinzip kann jedoch auch negative Auswirkungen auf das strategische Verhalten während multilateraler Verhandlungsrunden haben. So können Staaten darauf spekulieren, Vorteile aus den Vereinbarungen zwischen zwei anderen Staaten zu ziehen, ohne dabei selbst Zugeständnisse *quid pro quo* anbieten zu müssen.[40] Wenn jeder Verhandlungsteilnehmer diesem Anreiz unterliegt, kommt es letzten Endes dazu, dass keinerlei Vergünstigungen angeboten werden.

Mithin kann der durch die Meistbegünstigung entstehende Zwang zur Multilateralisierung sämtlicher Zugeständnisse aus bilateralen Verträgen mit Drittstaaten dazu

36 *Göttsche* (Fn. 21), S. 27; *Tietje* (Fn. 3), S. 196.
37 *Schwartz/Sykes* (Fn. 19), S. 62; *Tietje* (Fn. 3), S. 196.
38 *Schmahl* „Enabling Clause" versus Meistbegünstigungsprinzip, Archiv des Völkerrechts 42 (2004), S. 389 (394); *Wolfrum* (Fn. 20), S. 571 f.
39 *Tietje* (Fn. 3), S. 196; *Hudec* (Fn. 8) S. 285.
40 *Schwartz/Sykes* (Fn. 18), S. 46.

führen, dass zurückhaltend verhandelt wird und nur Zugeständnisse in geringem Umfang gewährt werden.

bb) Verhinderung angebrachter Diskriminierung

Die ausnahmslose Anwendung der Meistbegünstigung verhindert zudem die Diskriminierung in solchen Situationen, in denen es durchaus sinnvoll erscheinen mag, bestimmte Interessen vorteilig zu behandeln. So werden junge, sich noch entwickelnde Industrien (sog. infant industries) der starken, ausländischen Konkurrenz des Weltmarktes ausgesetzt, neben der sie bestehen müssen.[41] Gerade für einzelne Wirtschaftszweige in Entwicklungsländern ist dieser Vorgang problematisch, da sie auf Grund mangelnder oder gar fehlender Effizienz in der Produktion nur schwer in die Aufwärtsspirale einsteigen können. Im Hinblick auf einzelne Wirtschaftszweige in Industrieländern ist jedoch festzuhalten, das der Untergang schwächerer Industrien gerade die denklogische Konsequenz aus der Theorie der komparativen Kostenvorteile ist: Wenn sich ein Staat auf die Produktion derjenigen Waren spezialisieren soll, die er am effektivsten beherrscht, so geht diese Spezialisierung mit dem Aussterben schwacher Industriezweige einher.

c) Schlussfolgerung

Die Meistbegünstigung hat nicht zum Ziel, Staaten von einer *de facto* ungleichen Ausgangslage in eine *de facto* gleiche Endlage zu bringen. Vielmehr werden den Teilnehmern am internationalen Wirtschaftsverkehr gleiche Wettbewerbschancen an die Hand gegeben, um aus den unterschiedlichen Vorkommnissen von Produktionsfaktoren den größtmöglichen Gewinn zu erzielen, ohne daran durch protektionistische Maßnahmen gehindert zu werden.

Bedenklich erscheint unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten jedoch die Tatsache, dass die Meistbegünstigung formal alle Wettbewerbsteilnehmer (Industrie- sowie Entwicklungsländer) gleich stellt, welche aber *de facto* nicht gleich sind. Nach der Theorie von *Ricardo* können dadurch zwar alle Beteiligten ihre Wohlfahrtsgewinne steigern. Derjenige Staat, der jedoch in der Herstellung beider Produkte effizienter ist (in den meisten Fällen also der Industriestaat), kann seine Gewinne in größerem Umfang maximieren als derjenige Staat, der auf Grund einer schlechteren Ausgangslage bezüglich seiner Produktionsfaktoren nur relativ geringe Wohlfahrtssteigerungen erfährt. Die Meistbegünstigung löst nicht das Problem der unterschiedlichen Verteilung von Rohstoffen, sondern führt eher dazu, dass besser entwickelte Industrienationen und Entwicklungsländer unter gleichen Bedingungen miteinander konkurrieren. Hierin kann u. U. eine Verletzung des Gleichheitssatzes liegen, welcher gerade auch besagt, dass wesentlich Ungleiches nicht gleich behandelt werden darf.

Eine umfassende Kosten-Nutzen-Abwägung kommt mithin zum Ergebnis, dass die Meistbegünstigung zu einem Übergewicht von Vorteilen für den internationalen Wirtschaftsverkehr führt. Generierte Kosten müssen durch die Schaffung besonderer

41 *Loher* (Fn. 6), S. 24.

Ausnahmetatbestände abgemildert werden. Die WTO (sowie das GATT 1947) haben diese Notwendigkeit schon früh erkannt und durch ein ausdifferenziertes System von Vorschriften reguliert.

4. Ausnahmetatbestände

Eine ausnahmslose Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebots kann es aus vielfältigsten, bereits angedeuteten Gründen nicht geben. Jeder Staat, der eine Meistbegünstigung gewährt, setzt heimische Industriezweige der ausländischen Konkurrenz aus. Er profitiert zwar auf der einen Seite von den positiven Nutzen der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, aber auf der anderen Seite ist er auch bestrebt, die Folgen der Klauseln im Inneren des Landes abzuschwächen.[42] Mithin können verschiedene, zum Teil unvorhersehbare Situationen auftreten, in denen es den Mitgliedsstaaten nicht zugemutet werden kann, bedingungslos an der Meistbegünstigung festzuhalten.[43]

a) Allgemeine Ausnahmetatbestände im GATT

aa) Artikel XX

Die wichtigsten Ausnahmetatbestände finden sich in Art. XX. Er gilt allgemein für alle aus dem GATT erwachsenden Verpflichtungen und wirkt bereits tatbestandsausschließend. Im Streitfall werden sich Staaten neben der Argumentation, zwei Produkte seien *de facto* gar nicht gleichartig, hilfsweise darauf berufen, es liege eine besondere Ausnahmesituation nach Art. XX vor, die die bestehende Diskriminierung legitimiert. Art. XX trägt nämlich der Erkenntnis Rechnung, dass es in besonderen Grenzfällen sinnvoll ist, individuellen staatlichen Interessen Vorrang vor den Gemeinschaftsgütern der WTO zu geben.[44]

Die Prüfung des Art. XX vollzieht sich in zwei Schritten. Zunächst muss einer der in lit. (a)–(j) abschließend aufgezählten Schutzzwecke nachgewiesen werden. Außerdem muss die ergriffene Maßnahme dem sog. Chapeau entsprechen. Dabei obliegt die Darlegungs- und Beweislast derjenigen Streitpartei, zu deren Gunsten Art. XX eingreift.[45]

(1) Legitimer Schutzzweck

Die praktisch bedeutsamsten Rechtsgüter sind wohl die öffentliche Moral nach lit. (a), Lebens- und Gesundheitsschutz für Mensch, Tier und Pflanzen nach lit. (b) sowie der Erhalt erschöpflicher Naturschätze nach lit. (g). An den Nachweis eines legitimen Schutzgutes schließt sich mithin eine Bedürftigkeitsprüfung an. Die diskriminierende Maßnahme muss geeignet sein, den Schutz des Gutes zu erreichen, sie muss

42 *Loher* (Fn. 6), S. 24.
43 *Wolfrum* (Fn. 20), S. 573 f.
44 *Tietje* (Fn. 3), S. 312; *Krajewski* (Fn. 21), S. 105.
45 *Tietje* (Fn. 3), S. 311 f.

am wenigsten handelsbeschränkend sein und vernünftigerweise zur Verfügung stehen („reasonable available").[46]

(2) Chapeau

Auf einer zweiten Stufe ist zu prüfen, ob die konkrete Anwendung der Maßnahme trotz des verfolgten legitimen Schutzzweckes zu einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung führt oder eine verschleierte Handelsbeschränkung darstellt. Das Chapeau verhindert also den Rechtsmissbrauch und stellt als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben sicher, dass die genannten Schutzziele nicht vorgeschoben werden, um die eigentliche Diskriminierung zu verschleiern.[47] Bezogen auf die Verpflichtung der Meistbegünstigung lässt sich festhalten, dass ein Staat einen Staat nur dann besser behandeln darf als andere, wenn tatsächlich der Schutz der o. g. Rechtsgüter bezweckt wird.

bb) Weitere Ausnahmetatbestände

Im GATT finden sich zudem weitere, allgemein anwendbare Ausnahmetatbestände, die auch die Meistbegünstigung umfassen. Beispielhaft sei hier nur auf den sog. „waiver" in Art. XXV: 5 oder die sog. „security exceptions" in Art. XI hingewiesen.

b) „Meistbegünstigungs-spezifische" Ausnahmetatbestände im GATT

Zunächst finden sich in Art. I: 2–3 historisch begründete Ausnahmen zur Meistbegünstigung, welche jedoch ihre praktische Relevanz mit der Zeit verloren haben. Weitaus wichtiger sind die Integrationsabkommen nach Art. XXIV: 4–10 sowie die allgemeinen Präferenzsysteme für Entwicklungsländer nach der sog. Enabling Clause.

aa) Integrationsabkommen

Unter engen Vorraussetzungen können gem. Art. XXIV: 4–10 Freihandelszonen, Zollunionen und sog. Interim Agreements geschlossen werden, welche vom Grundsatz her der Meistbegünstigung widersprechen.

Während solche Integrationsabkommen auf regionaler Ebene Vorteile für ihre Mitglieder schaffen, haben sie global gesehen sowohl vor- als auch nachteilige Auswirkungen auf die Wirtschaft. Einerseits können sie durch den Wegfall von Binnenschranken zu verstärktem innerregionalem Handel und damit zur schrittweisen Liberalisierung führen (sog. Dominoeffekt).[48] Andererseits besteht die Gefahr, genau die dem Ziel der Meistbegünstigung gegenläufigen Folgen zu erzeugen: Namentlich könnte der internationale Markt durch die Diskriminierung effizienterer Produzenten außerhalb der Region verzerrt werden und intraregionale Konflikte zwischen

46 *Bhala/Kennedy* (Fn. 25), S. 143 f.

47 *WTO Appellate Body,* U.S. – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products WT/DS58/AB/R (12. Oktober 1998), Rn. 160; *Göttsche* (Fn. 21), S. 268.

48 *Hilpold* Regional Integration According to Article XXIV GATT – Between Law and Politics, Max Planck Yearbook of United Nations Law 7 (2003), S. 219 (223 f.).

den einzelnen Handelsblöcken generieren. Gerechtfertigt wird diese Ausnahme damit, dass Integrationsabkommen solange für den Handel förderlich sind, wie die handelsschaffenden Impulse die handelsbeeinträchtigenden Auswirkungen überwiegen.[49] Dies ist nach Art. XXIV: 5 der Fall, wenn die Interessen der WTO-Mitglieder außerhalb des Integrationsabkommens gewahrt bleiben und wenn nach Art. XXIV: 8 substantiell alle Handelshemmnisse zwischen den beteiligten Staaten eliminiert werden.

bb) Allgemeine Präferenzsysteme

Wie bereits festgestellt, trägt die Meistbegünstigung zwar zur optimalen Nutzung von Ressourcen bei, sie ändert hingegen nichts an deren bereits bestehender Verteilung in den verschiedenen Staaten. Primär profitieren somit Industriestaaten von diesem Prinzip,[50] die zumeist konkurrenz- und leistungsfähiger sind als Entwicklungsländer bzw. die am wenigsten entwickelten Länder (Least Developed Countries, LDC). Um diesem Ungleichgewicht entgegenzusteuern, wurde 1979 im Rahmen der Tokio-Runde ein Allgemeines Präferenzsystem (General System of Preferences, GSP) entwickelt.[51] Industrieländer sind damit in der Lage, Entwicklungsländern vorübergehend eine privilegierte Behandlung zukommen zu lassen, ohne diese im Wege der Meistbegünstigung auf andere (Industrie-) Staaten ausweiten zu müssen. Umgekehrt können sich auch Entwicklungsländer untereinander Präferenzen zukommen lassen, ohne diese an Industrieländer weitergeben zu müssen.[52] Bereits die Bezeichnung als „Enabling Clause" macht deutlich, dass Staaten die Möglichkeit haben, solche unilateralen Zugeständnisse zu machen; sie sind jedoch nicht dazu verpflichtet. Vorraussetzung ist nach Fußnote 3 zur Ziffer 2(a) der Enabling Clause allein, dass die Präferenzen allgemeiner Art sind, keine Gegenleistung erfordern und keine diskriminierende Wirkung entfalten. Letzteres Tatbestandsmerkmal wurde vom Appellate Body[53] in der Weise ausgelegt, dass allen Entwicklungsländern, die „similar-situated" sind, die gleiche Vorzugsbehandlung zu Teil werden muss. Damit findet das allgemeine Gleichbehandlungsgebot in der Form der Meistbegünstigung Eingang in die „Enabling Clause". Industrieländer müssen fortan Vorteile, die sie einem bestimmten Entwicklungsland gewähren, bedingungslos auf andere Entwicklungsländer mit vergleichbarem wirtschaftlichem Entwicklungsstand ausweiten. Die Parallele zum Konzept der „gleichartigen Produkte", die im Wettbewerb unter gleichen Bedingungen frei miteinander konkurrieren sollen, liegt auf der Hand. Länder mit vergleichbarem *status quo* sollen vergleichbare Chancen haben, ihre Wirtschaft zu stärken und sich schrittweise in den Welthandel zu integrieren.

---

49 *Trebilcock/Howse* (Fn. 16), S. 130.

50 *Schmahl* (Fn. 38), S. 389 (396).

51 Decision on Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries (3. Dezember 1979) GATT Dok. L/4903 BISD 26S/203 (sog. „Enabling Clause").

52 *Schmahl* (Fn. 38), S. 389 (398).

53 *WTO Appellate Body*, European Communities – Conditions for the Granting of Preferences to Developing Countries, WT/DS246/AB/R (7. April 2004), Rn. 153.

5. Die Ausgestaltung der Meistbegünstigung im General Agreement on Trade in Services (GATS)

Um der stetig wachsenden Bedeutung von grenzüberschreitendem Handel mit Dienstleistungen Rechnung zu tragen, wurde 1994 im Rahmen der Uruguay-Runde das GATS beschlossen.

a) Gemeinsamkeiten von GATS und GATT

Auch hier findet sich das Prinzip Meistbegünstigung in Form einer generellen Verpflichtung für alle WTO-Mitglieder wieder und ist in weiten Zügen mit der Meistbegünstigung aus dem GATT vergleichbar. Dabei ist der Anwendungsbereich sehr weit und umfasst jeglichen Handel mit Dienstleistungen in Form der vier in Art. I: 2 GATS genannten Modi.[54] Ähnlich wie im GATT darf Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern nach Art. II: 1 keine weniger günstige Behandlung zukommen als vergleichbaren Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern aus anderen Ländern. Erfasst sind hierbei ebenfalls beide Formen der Diskriminierung (sowohl *de jure* als auch *de facto*). Schließlich enthält das GATS ebenfalls allgemeine[55] sowie spezifische[56] Ausnahmen zum Prinzip der Meistbegünstigung.

b) Unterschiede zwischen GATS und GATT

Im Vergleich zum GATT konnten WTO-Mitglieder bis zum Abschluss der Verhandlungsrunden unter bestimmten Vorraussetzungen länderspezifische Ausnahmen in sog. lists of exemptions einreichen (sog. Negativ-Listen-Ansatz). Diese dürfen nach dem „Annex on Article II Exemptions" im Prinzip eine Dauer von zehn Jahren nicht überschreiten, müssen Gegenstand weiterer Verhandlungsrunden sein und nach fünf Jahren einer nochmaligen Überprüfung durch den Council for Trade in Services unterzogen werden. Grund für diese Sonderregelung im GATS ist einerseits die Unbestimmtheit und Weite des Begriffs der Dienstleistung. Diese sind im Gegensatz zu Produkten weder unmittelbar quantifizierbar noch durch physische Eigenschaften gekennzeichnet, sondern als fortwährender Prozess zu verstehen. Sie existieren meist erst in ihrer endgültigen Form, wenn sie konsumiert sind,[57] weshalb es nicht möglich ist, bei ihnen an den konkreten Zeitpunkt des Grenzübertritts anzuknüpfen. Hinzu tritt die ohnehin schon weite Natur der Meistbegünstigung. Betonung fand im Rahmen der Verhandlungen zum GATS vor allem der unterschiedliche wirtschaftliche Entwicklungsstand der WTO-Mitglieder, weshalb die

54 Grenzüberschreitende Erbringung, Konsum im Ausland, kommerzielle Präsenz sowie Präsenz natürlicher Personen im Ausland.

55 Z. B. allgemeine Ausnahmen im Art. XIV GATS (vgl. Art. XX GATT).

56 Z. B. Ausnahmen zu Gunsten von Integrationsabkommen nach Art. V GATS (vgl. Art. XXIV: 4–10 GATT).

57 *Abu-Akeel* The MFN as it Applies to Service Trade: New Problems for an Old Concept, Journal of World Trade 33 (1999), S. 103 (111).

zeitlich begrenzten Ausnahmen als Konsens der verschiedenen, zum Teil widerstreitenden Interessen zwischen Industrienationen und Entwicklungsländern zu verstehen sind.[58]

6. Abschließende Betrachtung und Würdigung

In den multilateralen Handelsverträgen der WTO ist die Verpflichtung zur Meistbegünstigung ein Kernelement zum Schutz gleicher Wettbewerbschancen der Mitglieder. Ungewissheiten ergeben sich bei der Inkorporation derartiger Klauseln insofern, als sich beide Parteien bei Vertragsschluss an unbestimmte, relative Zugeständnisse binden („drafting by reference") und diese ohne weitere Zwischenschritte automatisch multilateralisiert werden. Die Befürchtung, unbemerkt staatliche Einflussmöglichkeiten auf die Gewährung von Vorteilen zu verlieren, ist insoweit unberechtigt, als dass Staaten grundsätzlich frei sind, zu entscheiden, ob und welche Zugeständnisse erteilt werden.

Das Konzept der Meistbegünstigung im System der WTO wird durch Ausnahmen zu Gunsten von Entwicklungsländern durchbrochen, welche den fairen Umgang auf multilateraler Ebene vorantreiben und letztendlich sicherstellen sollen,

> „[...] that developing countries, and especially the least developed among them, secure a share in the growth in international trade commensurate with the needs of their economic development" (Präambel der WTO).

III. Die Meistbegünstigung im völkerrechtlichen Investitionsschutz

1. Allgemeines

Internationaler Handel und Investitionen sind eng miteinander verbunden und ergänzen sich gegenseitig. In beiden Fällen führen Liberalisierungsbestrebungen und die Anwendung des Prinzips der Nichtdiskriminierung zu globalen Wohlfahrtsgewinnen. Wenn gleichartige Wettbewerbsbedingungen für Produzenten bzw. Investoren geschaffen werden, kann das freie Spiel der Marktkräfte eine optimale Verteilung vorhandener Ressourcen und die gewinnbringende Nutzung von Technologie begünstigen.

Im Gegensatz zum Handel, welcher vornehmlich den grenzüberschreitenden Austausch von Waren und Dienstleistungen (also Endprodukten) betrifft, ist die Tätigung von Investitionen mit längerfristigen und weitaus einschneidenderen Folgen für die innerstaatlichen Angelegenheiten des Gaststaates verbunden. Schon die Zulassung von Investitionen zum inländischen Markt (sog. pre-establishment Phase) stellt einen sehr sensiblen Bereich dar, in welchem Regierungen vor der Entscheidung

58 *Wang* Most-Favoured-Nation Treatment under the General Agreement on Trade in Services – And Its Application in Financial Services, Journal of World Trade 30 (1996), S. 91 (92).

stehen, welche Konkurrenten sie ihrer heimischen Industrie in Zukunft dauerhaft aussetzen. In der Phase nach der Etablierung im Inland (sog. post-establishment Phase) zeigt sich der wirtschaftliche und politische Einfluss multinationaler Unternehmen daran, dass Regierungen oftmals bemüht sind, den Rückfluss des erwirtschafteten Kapitals in das Heimatland des Investors zu bremsen und Anreize zu schaffen, um Reinvestitionen in die eigene Wirtschaft zu begünstigen. Der Wirkungsbereich des Prinzips der Nichtdiskriminierung erstreckt sich also auf eine wesentlich breitere Materie von Sachverhalten und tangiert Probleme verschiedenster innerstaatlicher Regelungsbereiche (wie z. B. Arbeits- und Sozialrecht, Umweltschutz, Steuerrecht, Polizei- und Ordnungsrecht[59]).

2. Die Meistbegünstigung in multilateralen Verträgen

Die Aufnahme von Meistbegünstigungsklauseln in internationale Investitionsschutzverträge wirft daher tendenziell größere Schwierigkeiten auf, als dies bei Handelsverträgen der Fall ist.[60] Meistbegünstigung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass Investoren oder Investitionen einer Vertragspartei nicht weniger günstig behandelt werden dürfen als vergleichbare Investoren oder Investitionen aus Drittstaaten. Das grundlegende Konzept der Meistbegünstigung ist im internationalen Handel und im Investitionsschutz also vergleichbar. Wegen der zum Teil erheblichen Divergenz der Meinungen darüber, was als Standard eines akzeptablen völkerrechtlichen Investitionsschutzes anzusehen sei,[61] ist die Meistbegünstigung jedoch in verschiedenster Form ausgestaltet. Insbesondere kam bisher noch kein umfassendes, multilaterales Investitionsschutzabkommen zustande, wie dies im geschlossenen System der WTO für Fragen des internationalen Handels der Fall ist. Vorhandene multilaterale Abkommen zum Investitionsschutz sind weitgehend lückenhaft in Bezug auf materiellrechtliche Schutzelemente mit der Folge, dass sich ein dichtes Netz an sog. Bilateralen Investitionsschutz- bzw. -förderverträgen entwickelt hat.

a) Multilaterale Verträge im Rahmen der WTO

Nach dem Scheitern der Havanna-Charta, welche in ihren Artikeln 11 und 12 Regelungen zum Schutz ausländischer Investitionen vorsah,[62] regeln das GATS und das Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs) teilweise die angesprochenen Problemfelder.

aa) GATS

Das GATS deckt über den dritten Modus der Dienstleistungserbringung (kommerzielle Präsenz) ausländische Investitionen im Zusammenhang mit Dienstleistungen

59 *Karl* Internationaler Investitionsschutz – Quo vadis?, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 99 (2000), S. 143 (165).

60 *WTO Working Group on the Relationship between Trade and Investment* (Fn. 18), S. 10; *Kurtz* in: Weiler, International Investment Law and Arbitration, 2005, S. 523 (531).

61 *Theodorou* Investitionsschutzverträge vor Schiedsgerichten, Diss. Regensburg 2001, S. 477 f.

62 *Bhala/Kennedy* (Fn. 25), S. 135.

ab. Die Meistbegünstigung gilt zwar im GATS generell für alle WTO-Mitglieder, ist aber im Wege der lists of exemptions länderspezifischen Ausnahmen zugänglich. Dienstleistungserbringer, die ausländische Investitionen im Zusammenhang mit ihren Dienstleistungen tätigen, sind somit von der Meistbegünstigung aus Art. II GATS geschützt, wenn auch in einem von Staat zu Staat unterschiedlichen Umfang.

bb) TRIMs

Das Agreement on Trade-Related Investment Measures ist das einzige Vertragswerk im Kontext der WTO, das unmittelbar den Investitionsschutz betrifft. Obwohl es gewisse Sicherheitsstandards durch Bestimmungen bezüglich der Inländerbehandlung und quantitativen Importbeschränkungen gewährt (siehe Art. II TRIMs), enthält es keine Verpflichtungen zur Meistbegünstigung.

b) Das Multilateral Agreement on Investment der OECD

Im Jahr 1995 begann die OECD ihre Arbeit zum Multilateral Agreement on Investment (MAI), welches umfassende Regelungen zum internationalen Investitionsschutz beinhalten sollte und u. a. vorsah, die Vorschriften zur Meistbegünstigung und Inländerbehandlung auf Investitionen auszuweiten.[63] Es handelte sich um einen multilateralen, zunächst unter den Mitgliedern der OECD geschlossenen Vertrag, welcher schrittweise zur Unterzeichnung durch Nicht-Mitglieder geöffnet werden sollte. Letztendlich scheiterte die Umsetzung der Entwürfe jedoch an dem massiven Protest von Umwelt- und Menschenrechtsgruppen, sowie am fehlenden Konsens und den unterschiedlichen Positionen von Industrie- und Entwicklungsländern bezüglich einheitlicher Schutzstandards für Auslandsinvestitionen.[64]

c) Regionale Verträge am Beispiel von NAFTA

Kapitel 11 des North American Free Trade Agreements (NAFTA)[65] enthält ausführliche Regelungen zum Schutz von Investitionen. So formuliert Art. 1103 eine Klausel zur Meistbegünstigung, die sowohl die pre- als auch die post-establishment Phase umfasst und damit einen ausgeprägten Schutzstandard zu Gunsten von Investoren in vergleichbaren Situationen garantiert. Hierdurch sollen verstärkt Anreize für Investitionen innerhalb der Region geschaffen und gerade Diskriminierungen verhindert werden, die Investoren abhalten, sich um die Zulassung zum inländischen Markt zu bemühen. Dieser relativ weitreichende Schutz erfährt jedoch dahingehend eine Relativierung, dass allgemeine Ausnahmen bezüglich bereits bestehender und zukünftiger Diskriminierung vorgesehen sind (vgl. Art. 1108 NAFTA). Das NAFTA gleicht insofern das Spannungsverhältnis zwischen dem Wunsch nach größtmöglichem

63 *Bhala/Kennedy* (Fn. 25), S. 142.

64 *Sornarajah* The International Law on Foreign Investment, 2. Auflage (2004) S. 296 f.; *Theodorou* (Fn. 61), S. 496.

65 North American Free Trade Agreement (Annahme 17. Dezember 1992; In-Kraft-Treten 1. Januar 1994), International Legal Materials (I.L.M.) 32 (1993), S. 289.

Schutz bzw. effektiver Förderung von Investitionen innerhalb der Region einerseits und der Wahrung staatlicher Souveränität andererseits aus.

3. Die Meistbegünstigung in bilateralen Verträgen

a) Allgemeines

In der Praxis haben mangelnde Regelungen zum Investitionsschutz auf multilateraler Ebene und die damit fortbestehende Ungewissheit für Investoren dazu geführt, dass vermehrt Schutz durch bilaterale Verträge (sog. Bilateral Investment Treaties, BITs) gesucht wurde. Vorgänger der Investitionsschutz- bzw. -förderverträge waren die allgemeinen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträge, die in breitem Umfang Meistbegünstigungsklauseln enthielten.[66] Während diese Verträge eine weite Regelungsmaterie umfassten, sind die modernen BITs ausschließlich darauf gerichtet, Auslandsinvestitionen auf einer Basis gegenseitigen Vertrauens zu fördern und zu schützen. Vorrangiges Ziel von Industrieländern ist hierbei, Investoren gegen politische, nicht-kommerzielle Risiken (wie z. B. Enteignung, Krieg, Transferbeschränkungen und mangelndem Rechtsschutz) abzusichern, während Entwicklungsländer an den erwirtschafteten Gewinnen teilhaben wollen. Der Vorteil gegenüber multilateralen Verträgen liegt darin, dass materiellrechtliche Schutzstandards an die individuellen Bedürfnisse der Parteien angepasst werden können und die Bereitschaft zur Einhaltung derartig spezieller Verpflichtungen größer ist.

b) Deutscher Mustervertrag

Die Vielzahl der vorhandenen bilateralen Verträge führt nicht selten dazu, dass Meistbegünstigungsklauseln in unterschiedlichster Formulierung existieren und somit in jedem Einzelfall ein unterschiedlich hohes Schutzmaß für ausländische Investoren bieten. Als mögliche Vorlage für BITs, an denen die Bundesrepublik Deutschland beteiligt ist, dient ein Mustervertrag.[67]

aa) Die Reichweite der Meistbegünstigung in zeitlicher Hinsicht

Dieser Mustervertrag verpflichtet die Vertragsparteien in seinem Art. 3 II zur Meistbegünstigung. Art. 2 I legt den zeitlichen Anwendungsbereich fest und bestimmt, dass Investitionen nur in der post-establishment Phase geschützt sein sollen, während die nationalen Rechtsvorschriften bezüglich der Zulassung zum inländischen Markt ausdrücklich unberührt bleiben. Somit erstreckt sich die Verpflichtung der Meistbegünstigung nicht auf Fragen der Zulassung zum inländischen Markt. Fraglich bleibt damit, inwiefern es Investoren praktisch nützt, nur in der post-establishment Phase geschützt zu sein und nicht auf eine diskriminierungsfreie Behandlung während des gesamten Daseins der Investition, insbesondere also beim Marktzu-

66 *Sornarajah* (Fn. 64), S. 210.

67 *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, Deutscher Mustervertrag über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen (Stand 2005) http://www.zar.uni-karlsruhe.de/DATA/SS2007/Vorlesung/Welthandelsrecht/BITS_fbf44a8.pdf (11. November 2008).

gang, der Betätigung und der Liquidation, vertrauen zu können.[68] Diskriminierungen in der pre-establishment Phase können unter Umständen dauerhaft als „Makel" an einer Investition haften bleiben und somit deren Wettbewerbsfähigkeit auf dem inländischen Markt beeinträchtigen. Insofern wurde der Mustervertrag zu Gunsten der staatlichen Souveränität der Vertragspartner und zu Lasten von Investoren gestaltet.

bb) Die Reichweite der Meistbegünstigung in persönlicher und sachlicher Hinsicht

Art. 3 I und II des Mustervertrages nehmen ausdrücklich Bezug auf den Schutz von Investoren und deren Kapitalanlagen, welche in Art. 1 I und III (a) legaldefiniert werden. Berechtigt sind hiernach Deutsche i. S. d. Grundgesetzes sowie juristische Personen, Handelsgesellschaften oder sonstige Gesellschaften oder Vereinigungen, die ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland haben. Sie dürfen nach der Meistbegünstigungsklausel nicht „weniger günstig als [...] Investoren dritter Staaten" behandelt werden. Obwohl in Art. 3 II kein ausdrücklicher Vergleichsmaßstab definiert ist, wie dies in den einzelnen Abkommen der WTO (z. B. „like products") oder NAFTA („like circumstances") anhand des Gleichartigkeitskriteriums erfolgt, begrenzt das *ejusdem generis*-Prinzip den sachlichen Anwendungsbereich der Meistbegünstigung auf vergleichbare Sachverhalte.

Von der Verpflichtung zur Meistbegünstigung sind gem. Art. 3 III ausdrücklich solche Vorrechte ausgenommen, die ein Vertragsstaat den Investoren dritter Staaten wegen der Mitgliedschaft in einer Zoll- oder Wirtschaftsunion, einem gemeinsamen Markt oder einer Freihandelszone einräumt. Hintergrund dieser „meistbegünstigungs-spezifischen" Ausnahme ist die Erkenntnis, dass Integrationsabkommen den Fluss von Investitionen innerhalb der Region fördern und einen induktiven Effekt für weitere Liberalisierungsbestrebungen erzeugen können (sog. Dominoeffekt, vgl. II. 4. b) aa), S. 253). Art. 3 IV trägt Souveränitätsgesichtspunkten Rechnung, indem er Vergünstigungen in Zusammenhang mit Doppelsteuerabkommen oder sonstiger Vereinbarungen über Steuerfragen vom Anwendungsbereich der Meistbegünstigung ausnimmt.

c) Durchsetzungsmechanismen

Dem Investor stehen verschiedene Möglichkeiten offen, sein Recht, nicht schlechter behandelt zu werden als vergleichbare Investoren, gerichtlich geltend zu machen. Zunächst kann der Heimatstaat im Wege des diplomatischen Schutzes ein Verfahren gegen den Gaststaat anstrengen (sog. state to state-Verfahren, siehe Art. 10 Deutscher Mustervertrag). Ähnlich wie im internationalen Handelsrecht macht er eine Verletzung eigener Rechte aus dem jeweiligen multilateralen, regionalen oder bilateralen Vertrag vor dem vertraglich festgelegten (Schieds-) Gericht geltend. Diese Variante ist jedoch für den Investor relativ unbefriedigend, da er grundsätzlich keinen Anspruch auf Ausübung des diplomatischen Schutzes genießt und nach allgemeinem

68 *WTO Working Group on the Relationship between Trade and Investment* (Fn. 18), S. 16.

Völkerrecht zunächst den innerstaatlichen Rechtsweg erschöpft haben muss.[69] Ebenso wenig Erfolg versprechend erscheint dem Investor die Beschreitung des innerstaatlichen Rechtswegs des Gaststaates, was vorrangig an der Befürchtung der mangelnden Unparteilichkeit des nationalen Gerichts liegen mag. Aus der Sicht von Investoren sind sog. investor to state-Verfahren (siehe Art. 11 Deutscher Mustervertrag) vor verständigen internationalen Schiedsgerichten wie dem International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) eine besonders gute Möglichkeit, ihr Recht durchzusetzen. Dabei machen sie die Verletzung eigener Rechte aus dem Vertrag (zumeist aus dem jeweiligen BIT) geltend und haben als unmittelbare Verfahrensbeteiligte Einfluss auf den Ausgang der Streitigkeit.

d) Der *Maffezini*-Fall und das Problem des „BITs-Shopping"

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob Meistbegünstigungsklauseln in BITs die Zuständigkeit eines internationalen Schiedsgerichts begründen können. Dieses Problem stellt sich insbesondere dann, wenn Meistbegünstigungsklauseln nur vage oder sehr weit formuliert sind, sodass deren Anwendungsbereich im Wege der allgemeinen Regeln zur Vertragsauslegung ermittelt werden muss. Zumeist treffen Klauseln in BITs keine expliziten Aussagen darüber, ob neben materiellen Zugeständnissen auch günstigere Verfahrensvorschriften zur Streitbeilegung auf ausländische Investoren auszuweiten sind (so schweigt z. B. auch der Deutsche Mustervertrag in Art. 3 zu dieser Frage). Erstmals wurde das Problem im Jahre 2000 im sog. *Maffezini*-Fall vor dem ICSID aufgeworfen.

aa) Der Sachverhalt

Der argentinische Investor Emilio *Maffezini* machte im Schiedsverfahren gegen Spanien geltend, dass die Beklagte Vorschriften aus dem argentinisch-spanischen BIT von 1991[70] verletzt habe. Spanien beantragte, die Klage als unzulässig abzuweisen, da der Kläger nicht zuvor den nationalen Rechtsweg beschritten hatte, wie in Art. X: 3 (a) des BITs vorgesehen. *Maffezini* bestritt dies nicht, wendete hingegen ein, das die Meistbegünstigungsklausel aus Art. IV: 2 des argentinisch-spanischen BITs ihn ermächtige, sich auf günstigere Vorschriften aus einem zwischen Spanien und Chile geschlossenen Vertrag zu berufen, welcher gerade keine vorherige Anrufung nationaler Gerichte als Zulässigkeitsvoraussetzung für das Schiedsverfahren vor dem ICSID forderte.

bb) Die Entscheidung

Das Schiedsgericht legte daraufhin den spanisch-argentinischen Vertrag und dessen Meistbegünstigungsklausel aus und hielt fest, dass dieser grundsätzlich die Reichwei-

69 *Wegen/Raible* Unterschätzt die deutsche Wirtschaft die Wirksamkeit des völkerrechtlichen Investitionsschutzes?, Zeitschrift für Schiedsverfahren (2006), S. 225 (231); *Wolfrum* (Fn. 20), S. 626.

70 Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Argentina-Spain (3. Oktober 1991), in ICSID Investment Promotion and Protection Treaties (1997) Band 3, Release 972.

te der Zugeständnisse festlegt (*ejusdem generis*-Prinzip).[71] Dieser enthielt neben materiellrechtlichen Gesichtspunkten auch Fragen der Streitbeilegung, insbesondere den streitgegenständlichen Artikel X: 3 (a), der den Ablauf einer 18-monatigen Frist zur Streitbeilegung vor den zuständigen nationalen Gerichten voraussetzte, um auf internationaler Ebene prozessieren zu können. Der Wortlaut der Meistbegünstigungsklausel[72] (und die damit verbundene Ausweitung eventueller Zugeständnisse) bezog sich auf „alle in dem Vertrag geregelten Materien". Nach Ansicht des Schiedsgerichts stellen verfahrensrechtliche Regelungen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten einen so wesentlichen Bestandteil zur Verwirklichung des vereinbarten Schutzstandards dar („inextricably related to the protection of foreign investors"),[73] dass eine Trennung vom materiellen Schutzgehalt nicht mehr vertretbar sei. Da die Meistbegünstigungsklausel im konkreten Fall sehr weit formuliert war und keine expliziten Ausnahmen enthielt, wurde die Vereinbarung aus dem chilenisch-spanischen BIT zu Gunsten des Klägers übertragen und eine Klage vor dem ICSID auch ohne vorherige Anrufung spanischer Gerichte als zulässig erachtet. *Maffezini* konnte sich also dank der Meistbegünstigungsklausel auf den spanisch-chilenischen BIT berufen, ohne selbst spanischer oder chilenischer Investor zu sein.

cc) Praktische Konsequenzen

Die Ausweitung der Anwendung von Meistbegünstigungsklauseln in Investitionsschutzverträgen kann in Anbetracht dessen zum sog. BITs-Shopping führen. Investoren haben die Möglichkeit, verfahrensrechtliche Beschränkungen aus dem Basisvertrag zu umgehen, indem sie sich im Sinne einer „Rosinentheorie" auf den günstigsten vom Gaststaat mit einem Drittstaat geschlossenen BIT berufen. Die Zugeständnisse könnten sich selbst dann auf den Investor erstrecken, wenn die verfahrensrechtlichen Beschränkungen im Basisvertrag bewusst ausgehandelt wurden und den besonderen Bedürfnissen der Vertragsparteien Rechnung tragen.

dd) Ausnahmen

Das ICSID-Schiedsgericht erkannte, dass die Möglichkeit der autonomen Gestaltung der Verhältnisse zweier Staaten stark eingeschränkt würde und führte insofern aus, dass eine derartig weite Interpretation nicht schrankenlos erfolgen kann.[74] Insbesondere dürften Erwägungen zum öffentlichen Wohl („public policy considerations") nicht außer Kraft gesetzt werden, die für die Parteien von grundlegender Be-

71 *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, Emilio Augustín Maffezini v. Kingdom of Spain (Entscheidung vom 25. Januar 2000) ICSID Case No. ARB/97/7, ICSID Rev./FILJ 16 (2001), S. 212 (Paragraph 45).

72 „*En todas las materias* regidas por el presente Acuerdo, este *tratamiento no será menos favorable* que el ortogado por cada Parte a las inversiones realizadas en su teritorio por invesores de un tercer país" (Betonung hinzugefügt).

73 *ICSID* (Fn. 71), Paragraph 54; *Dolzer* Meistbegünstigungsklauseln in Investitionsschutzverträgen, in: Böhmer, Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte FS für Georg Ress, 2005, S. 47 (48).

74 *ICSID* (Fn. 71), Paragraph 62; *Wegen/Raible* (Fn. 69), S. 234.

deutung für Akzeptanz des Basisvertrags sind.[75] Als erste, allgemeine Ausnahmen zur Meistbegünstigung werden insofern Vereinbarungen aufgezählt, die die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs betreffen. Diese sei ausdrücklich in Art. 26 ICSID Konvention[76] vorgesehen und reflektiere eine so grundlegende Regel des internationalen Rechts, dass hiervon nicht durch die einseitige Einrede des Investors abgewichen werden soll. Als zweite Ausnahme führt das Schiedsgericht die sog. „fork in the road"-Klauseln an, die dem Investor die Wahl lassen, einen Streit durch nationale oder internationale Verfahren beizulegen. Die einmal getroffene Entscheidung bezüglich des Rechtswegs ist insoweit ausschließlich und unwiderruflich. Gerechtfertigt sei die Ausnahme, weil die Endgültigkeit der Entscheidung in vielen Rechtsordnungen als äußerst wichtig für die öffentliche Ordnung erachtet werden würde.[77] Schließlich könnten ausdrückliche Vereinbarungen zur Festlegung eines besonderen Streitbeilegungsforums (wie z. B. ICSID) oder eines institutionalisierten Systems zur Schiedsgerichtsbarkeit (wie z. B. NAFTA) nicht umgangen werden.[78]

Die Ausnahmetatbestände stellen somit auf den erkennbaren Willen der Verhandlungspartner ab und betonen die Autonomie der Parteien selbst zu bestimmen, inwieweit sie durch einen Vertrag gebunden werden sollen. Materiellrechtliche Sonderregelungen genießen daher Vorrang vor der als allgemein verstandenen Meistbegünstigungsklausel.[79] Ziel ist es, einen Ausgleich zwischen dem legitimen Multilateralisierungseffekt von Meistbegünstigungsklauseln einerseits und dem missbräuchlichen BITs-Shopping andererseits zu finden.

4. Abschließende Betrachtung und Würdigung

Das ICSID-Schiedsgericht trägt im *Maffezini*-Fall dem grundsätzlichen Anliegen der Meistbegünstigung Rechnung, ausländischen Investoren tatsächlich gleiche Wettbewerbschancen auf dem Markt des Gastlandes zu gewähren. Nach richtiger Auffassung des Schiedsgerichts ist es nötig, materiell- und formellrechtliche Schutzstandards aneinander zu koppeln, um dem Ziel der diskriminierungsfreien Behandlung von Investitionen zur effektiven Wirksamkeit zu verhelfen. Andererseits werden im *Maffezini*-Fall die allgemeinen Entwicklungen im völkerrechtlichen Investitionsschutz deutlich, nach welchen der Meistbegünstigung gerade keine einheitlich vorbestimmte Reichweite für alle Staaten verliehen werden soll. Der fehlende Wille der Staaten, ein gemeinsames multilaterales Investitionsabkommen zu verfassen, taucht spiegelbildlich in den vom ICSID-Schiedsgericht entwickelten Ausnahmetatbeständen wieder auf. Gerade die besondere Sensibilität der Materie in den verschiedenen innerstaatlichen Bereichen und die Befürchtung des schleichenden Verlustes staatlicher Souve-

75 *ICSID* (Fn. 71), Paragraph 62 ff.

76 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Annahme 18. März 1965; In-Kraft-Treten 14. Oktober 1966), 575 United Nations Treaty Series (U.N.T.S.), S. 159.

77 *ICSID* (Fn. 71), Paragraph 63; *Dolzer* (Fn. 73), S. 49.

78 *ICSID* (Fn. 71), Paragraph 63.

79 *Dolzer* (Fn. 73), S. 50.

ränität begründen die Tatsache, dass bestimmte individuell gemachte Zugeständnisse nicht ohne weiteres multilateralisiert werden sollen. Der Kernbereich eines Investitionsschutzvertrages soll daher von den Parteien des Vertrages selbst in autonomer Weise abschließend geregelt werden.[80] Damit kann die Meistbegünstigungsklausel im völkerrechtlichen Investitionsschutz im Gegensatz zum internationalen Handel gerade nicht als „Klausel ohne Inhalt" bezeichnet werden, zu deren Ausfüllung es erst beim Entwurf des Vertrages mit dem Drittstaat kommt. Der Klausel wird im Basisvertrag bereits ein gewisser Rahmen gegeben, über den nicht im Wege extensiver Wortlautauslegung hinweggegangen werden kann.

Obwohl Schiedssprüche des ICSID gem. Art. 53 I ICSID Konvention nur die Parteien *inter partes* binden und keinen Einfluss auf zukünftige Schiedssprüche ausüben, wurde den Verfassern von BITs die „Gefährlichkeit" von weit formulierten Meistbegünstigungsklauseln bewusst. Die weite Interpretation des ICSID-Schiedsgerichts im *Maffezini*-Fall hat in verschiedenen Ländern zu neuerlichen Beratungen über konkretere Formulierungen der Meistbegünstigungsklauseln geführt. Beispielsweise fand im kanadischen Mustervertrag zu Investitionsschutzverträgen vorsorglich ein Annex III Eingang, der genaue Ausnahmen zur Meistbegünstigung definiert und damit der kanadischen Regierung die Möglichkeit gibt, besser zu kontrollieren, in welcher Form und welchem Umfang Verpflichtungen zur Meistbegünstigung in zukünftigen BITs eingegangen werden.[81]

IV. Vergleichende Betrachtungen zur Ausgestaltung und Wirkungsweise der Meistbegünstigung in der WTO und im völkerrechtlichen Investitionsschutz

Die Meistbegünstigung ist im internationalen Wirtschaftsrecht ein weit verbreitetes Instrumentarium, um diskriminierende Verhaltensweisen zwischen Staaten und deren Staatsangehörigen zu unterbinden. Durch die Ausgestaltung als relativer Standard unterwirft sie die vertraglichen Verpflichtungen der Parteien einem dynamischen Anpassungsprozess an die rechtlichen und wirtschaftlichen Entwicklungen auf internationaler Ebene.

In der Regel finden Meistbegünstigungsklauseln in ihrer gegenseitigen, unbedingten und unbestimmten Form Eingang in Verträge. Die Wirkungsweise der Meistbegünstigung hängt jedoch nicht allein von der Ausgestaltung der Klausel an sich ab, sondern auch von der Ausgestaltung des Vertrages, in welchen sie integriert wird.

Im System der WTO besteht zwischen den Vertragspartnern weitgehend Einigkeit darüber, dass freier Handel wohlfahrtssteigernd wirkt und durch die Verpflichtung zur Meistbegünstigung vorangetrieben werden kann. Das WTO-Übereinkommen verschafft der Meistbegünstigung einen umfassenden Anwendungs- und Wirkungs-

80 *Dolzer* (Fn. 73), S. 52.
81 *Kurtz* (Fn. 60), S. 552 m. w. N.

bereich, indem die Klausel weit formuliert und der jeweilige Vertrag gleichzeitig so ausgestaltet wird, dass ein Multilateralisierungseffekt eintritt. Gewährt ein Mitglied irgendeinem Staat einen Vorteil, so muss er diesen auf alle anderen Mitglieder ausweiten.

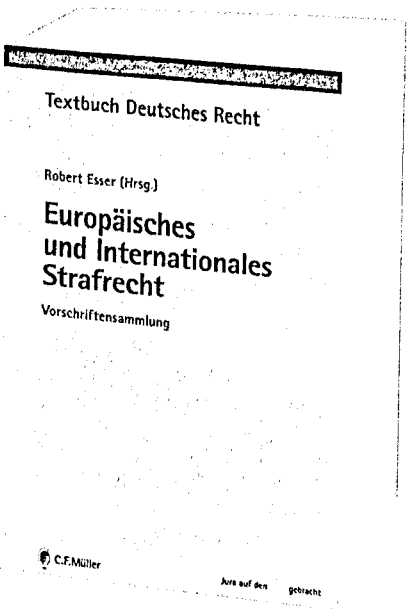
Vom Grundsatz her bestimmt *eine* Meistbegünstigungsklausel das Verhältnis aller Mitgliedsstaaten und wirkt im Sinne eines materiellen Gleichbehandlungsgebots. Ausnahmen hiervon können in begrenztem Umfang gemacht werden, wenn dies dem Schutze der nationalen Ordnung und staatlichen Souveränität einerseits oder der Förderung der Interessen von Entwicklungsländern andererseits dient.

Im Gegensatz zum internationalen Handel überwiegt die Zurückhaltung vieler Staaten gegenüber ausländischen Investitionen auf ihrem Territorium. Diese stellen eine besonders sensible Materie dar, weshalb insbesondere Entwicklungsländer bisher nicht bereit waren, ein umfassendes multilaterales Abkommen zu schaffen. Es existiert eine schier unüberschaubare Vielzahl von BITs, in denen die Meistbegünstigung von Fall zu Fall individuell ausgestaltet ist. Im völkerrechtlichen Investitionsschutz gibt es daher nicht *die eine* Meistbegünstigungsklausel.[82] Folglich ist auch das Schutzniveau für Entwicklungsländer unterschiedlich hoch und besonders vom Verhandlungsgeschick der Vertragsparteien abhängig. In der Regel tendieren Staaten dazu, sowohl den Anwendungs- als auch den Wirkungsbereich der Meistbegünstigung zu beschränken. Die Anwendung der Meistbegünstigung wird zumeist nur in der post-establishment Phase von Investitionen zugelassen und zusätzlich durch individuell vereinbarte Ausnahmetatbestände begrenzt. Staaten legen in diesem Bereich einen größeren Wert auf Flexibilität der Regelungen zum Schutz ihrer eigenen Interessen mit der Folge, dass Investitionen in geringerem Umfang durch die Meistbegünstigung gefördert werden können als dies beim grenzüberschreitenden Handel mit Waren und Dienstleistungen der Fall ist.

82 *Schwarzenberger* (Fn. 4), S. 139.

Blitzschnell nachschlagen

- handliche Sammlung
- alle prüfungsrelevanten Vorschriften in einem Band
- Schwerpunktbereich „Europäisches und Internationales Strafrecht"



Prof. Dr. Robert Esser (Hrsg.)

Europäisches und Internationales Strafrecht

Vorschriftensammlung

2009. € 26,-

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

C.F. Müller CFM

Jura auf den gebracht

Leonard Ghione*

Rückwirkung und Vertrauensschutz gegenüber europäischen Kartellgeldbußen – Die rückwirkende Anwendung der Leitlinien zur Bußgeldberechung in Kartellsachen vom 1. September 2006

Abstract

Die Arbeit untersucht – anlässlich der aktuellen Bußgeldentscheidung der Kommission gegen das „Autoglaskartell" – die Leitlinien und Kronzeugenregelungen, nach denen Geldbußen wegen Kartellverstößen berechnet werden. Der Schwerpunkt liegt auf der Frage, ob die Anwendung dieser Instrumente durch die Kommission mit rechtstaatlichen Grundsätzen vereinbar ist. Im Vordergrund steht dabei die Einhaltung des Rückwirkungsverbots, da die verschärft wirkenden neuen Leitlinien 2006 rückwirkend angewandt werden. Zwar hat der EuGH hinsichtlich der alten Leitlinien von 1998 dieses Vorgehen gebilligt. Allerdings ist dieses Urteil dogmatisch kritikwürdig und lässt sich nicht bezüglich der Leitlinien 2006 übertragen. Daher wird ein eigener Ansatz entwickelt. Dieser stellt maßgeblich auf den bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Rückwirkung anzulegenden „Kontrollmaßstab" ab, der – je nach dem, ob die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbspolitik gefährdet ist oder nicht – ein anderer sein muss.

---

* *Leonard Ghione* studiert Rechtswissenschaften an der Universität Freiburg. Die Arbeit entstand im Rahmen eines von *Prof. Dr. Riesenkampff* angebotenen Seminars zum Europäischen Kartellrecht, dem an dieser Stelle für die Unterstützung bei der Publikation gedankt wird. Gedankt werden soll auch all denen, die durch konstruktive Kritik zu der Arbeit beigetragen haben.

I. Einführung

Geldbußen der Kommission gegen wettbewerbswidrig handelnde Unternehmen haben aufgrund ihrer Höhe in den letzten Jahren immer wieder Schlagzeilen gemacht.[1] Nun ist eine neue „Rekordmarke" erreicht: am 12.11.2008 erging die Bußgeldentscheidung gegen die am sog. Autoglaskartell beteiligten Unternehmen in Höhe von über 1,3 Milliarden €.[2] Damit hat die Kommission die bislang höchste Geldbuße gegen die an einem Kartell beteiligten Unternehmen verhängt. Auch hinsichtlich der Geldbuße für ein einzelnes am Kartell beteiligtes Unternehmen stellt die Entscheidung einen neuen Rekord auf: 896 000 000 € für Saint Gobain.

Die Höhe des Bußgeldes wurde anhand der neuen Leitlinien zur Bußgeldberechnung von 2006 bestimmt. Damit hat sich die Ankündigung der Kommission, die Einführung der neuen Leitlinien werde eine Erhöhung der Bußgelder für Kartellverstöße zur Folge haben, vgl. MEMO/06/256, bewahrheitet. Bemerkenswert ist dabei neben der Bußgeldhöhe vor allem, dass die sanktionierten Verstöße der beteiligten Unternehmen gegen Art. 81 EGV zwischen 1998 und 2003 begangen wurden.

Damit ist das Problem der folgenden Abhandlung aufgezeigt: Können die neuen (strengeren) Leitlinien die Bußgeldhöhe für einen Verstoß bestimmen, der lange vor Inkrafttreten dieser neuen Leitlinien lag? Anders formuliert: Darf die Kommission rückwirkend höhere Geldbußen verlangen als diejenigen, die zur Zeit des Verstoßes gemäß den damals geltenden Leitlinien verhängt wurden?

Um die Frage beantworten zu können, soll zur Einordnung vorab auf den Charakter und den zeitlichen Anwendungsbereich der europäischen Kartellbußgelder eingegangen werden (II). Anschließend sollen die Bußgeldberechnung und die dazugehörigen Instrumentarien dargestellt und ihre Vereinbarkeit mit EG-Recht überprüft werden (III) – dabei werden deren tatsächliche Auswirkungen für die Entscheidung im Autoglaskartell dargestellt. Besonderes Augenmerk gilt der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der rückwirkenden Anwendung der Leitlinien 2006 (IV–VI).

II. Bußgelder im europäischen Kartellrecht – der zeitliche Anwendungsbereich der Leitlinien

1. Sinn und Zweck der Bußgelder

Die Geldbußen der Kommission dienen der Durchsetzung des Europäischen Wettbewerbsrechts auch gegen den Widerstand der Unternehmen.[3] Ermächtigungsgrundlage ist Art. 23 der Verordnung 1/2003[4] (VO 1/03). Sie regelt die Durchführung und

1 Vgl. zuletzt: http://www.tagesschau.de/wirtschaft/glaskartell100.html.

2 http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction. do?reference=IP/08/1685&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en.

3 Erwägungsgrund Nr. 29 VO 1/2003.

4 Früher: VO Nr. 17/1962 (VO 17/62).

verfahrensrechtliche Ausgestaltung des europäischen Wettbewerbsrechtes,[5] insbesondere der Art. 81 ff. EGV.[6]

Sinn und Zweck der durch die Kommission verhängten Bußgelder ist es, begangene Verstöße zu ahnden und Wiederholungstaten zu verhindern. Auch sollen sie abschreckend wirken[7]; sie haben also insgesamt eine repressive und präventive Funktion.[8]

2. Der zeitliche Anwendungsbereich der Leitlinien

Die Höhe der Geldbußen bestimmt die Kommission anhand von eigens ausgearbeiteten Berechnungsmethoden, die seit 1998 in Leitlinien festgeschrieben sind.[9] Maßgebend sind seit 2006 die neuen Leitlinien der Kommission.[10] Zeitlich werden die Leitlinien auf alle Kartellverfahren angewandt, in denen die Kommission die Beschwerdepunkte an die Unternehmen *nach* Einführung der neuen Leitlinien zugestellt hat.[11] Damit ist die eingangs beschriebene Problematik der Rückwirkung in den Leitlinien selber angelegt. Eine solche Rückwirkung fand auch bezüglich der Vorgänger-Leitlinien von 1998 statt.[12]

Diese Rückwirkung fand zu Lasten von Saint-Gobain statt: Dadurch, dass das Verfahren offiziell erst nach der Einführung der Leitlinien 2006 durch die Zustellung der Beschwerdepunkte begann, wurde auch die neue Berechnungsmethode angewandt – mit der Folge des neuen Rekordbußgeldes.

III. Die Bußgeldberechnung – Leitlinien und Kronzeugenregelung

Im Folgenden sollen die für die Bußgeldberechnung wegen eines Kartellverstoßes maßgeblichen Elemente dargestellt werden. Entscheidend sind dafür zum einen die Vorgaben des Art. 23 II, III VO 1/03 und zum anderen die Instrumente, die auf eben dieser Grundlage von der Kommission erarbeitet wurden: Leitlinien und Kronzeugenregelungen.

---

5 *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-KartellR, Einf. VO 1/03, Rn.1 f.

6 *Immenga/Mestmäcker* WettbewerbsR EG Teil I, Einl. Rn. 4.

7 *Immenga*, Kartellverfahren, in: Handbuch zum deutschen und europäischen KartellR, 2. Auflage, 2006, S. 697.

8 EuGH Rs. 41/69 Rn. 172/176, Slg. 1970, 661 ff.

9 Vor Einführung der Leitlinien von 1998 berechnete die Kommission die Höhe der Geldbußen ohne Einzelheiten der Berechnungsmethodik Preis zu geben. 1997 rief das EuG die Kommission in einem obiter dictum zur Einführung einer transparenteren Methode auf, dem folgte die Kommission 1998; vgl. *Arhold* Das Geldbußenregime nach der Kartell-Verordnung – Leitlinien der Kommissionspraxis und deren Überprüfung durch das EuG, EuZW 1999, 165 (170).

10 ABl. C 210, 2006, S. 2.

11 Ziff. 38 der LL 2006.

12 Vgl. *Weitbrecht/Tepe*, Erste Erfahrungen mit den neuen Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission, EWS 2001, S. 226.

1. Der weite Rahmen des Art. 23 II, III VO 1/03

Art. 23 II VO 1/03 begrenzt die Höhe der Geldbußen auf maximal 10 % des Vorjahresgesamtumsatzes des delinquenten Unternehmens. Art. 23 III VO verpflichtet die Kommission zur Berücksichtigung von Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung. Überdies ist die Kommission gehalten, alle individuellen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.[13]

Art. 23 VO 1/03 enthält also – wie auch Art. 15 der Vorgänger-Verordnung 17/62 (VO 17/62) – für die konkrete Berechnung der Geldbußenhöhe keine konkreteren Angaben als die Berücksichtigung von *Schwere* und *Dauer* des Verstoßes. Dadurch kommt der Kommission bei der Ausgestaltung der Bußgeldberechnung ein weites Ermessen zu. Sie ist im Rahmen dieser Vorgaben darin frei, eine angemessene Bußgeldberechnungsmethode festzulegen.[14] Dieses Ermessen gestattete der Kommission 1998 anhand von Leitlinien eine neue Berechnungsmethode einzuführen und diese im Jahr 2006 zu modifizieren.

Auf die Höhe der letztendlich verhängten Geldbuße hat neben den Leitlinien die so genannte „Kronzeugenmitteilung"[15] der Kommission entscheidenden Einfluss. Die Kommission legt in dieser dar, inwiefern sie eine freiwillige Kooperation der Unternehmen bei der Ermittlung von Wettbewerbsverstößen honoriert.

2. Berechnung der Höhe der Bußgelder[16]

a) Die Leitlinien der Kommission

Vorliegend soll die – durch die Leitlinien 2006 beschrittene – Entwicklung hin zu einer schärferen Berechnungsmethode deutlich gemacht werden.

Die Berechnungsmethode der Leitlinien 1998 folgt zwei Schritten. In einem ersten Schritt wurde ein Grundbetrag der Geldbuße errechnet, der sich aus Schwere und Dauer des Verstoßes zusammensetzt. Dabei wurden abgestuften Schweregraden und Zeiteinheiten gewisse Fixbeträge zugrunde gelegt. Anschließend wurde dieser Grundbetrag abhängig vom Vorliegen erschwerender oder mildernder Bedingungen modifiziert. Die Geldbuße durfte die rechtliche Obergrenze von 10 % des Gesamtumsatzes des Unternehmens jedoch nicht übersteigen, vgl. Ziff. 5 a) der Leitlinien 1998. Die Methode lässt sich also wie folgt formelhaft darstellen:

1. Schwere + Dauer = Grundbetrag der Geldbuße
2. Grundbetrag + mögliche Aufschläge = Geldbuße
   Grundbetrag – mögliche Abschläge = Geldbuße

---

13 EuGH Rs.100–103/80, Slg. 1983, 1825, Rn.120.

14 Damit steht es ihr auch grundsätzlich frei neue Methoden einzuführen, die zu höheren Bußgeldern führen, vgl. EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 169.

15 ABl. C 298, 2006, S. 11.

16 Von einer detaillierten Darstellung der Leitlinien 1998 und 2006 (vgl. dafür z. B. *Soyez*, Die Bußgeldleitlinien der Kommission, EuZW 2007, S. 596 ff.) sowie der Funktionsweise der Kronzeugenregelungen (vgl. dafür z. B. *Albrecht*, Die neue Kronzeugenmitteilung der Europäischen Kommission in Kartellsachen, WRP 2007, S. 417 ff.) muss hier abgesehen werden.

Mit den Leitlinien 2006 wurden einige Modifikationen eingeführt. Diese führen zu der – von der Kommission angekündigten – Verschärfung. Insbesondere wurde festgeschrieben, dass nunmehr die Schwere des Verstoßes[17] mit der Anzahl der Jahre des Kartellverstoßes *multipliziert* wird. Darüber hinaus wurden die möglicherweise einschlägigen erschwerenden Bedingungen deutlich verschärft. So kann die Geldbuße für ein Unternehmen, das wiederholt des Kartellverstoßes überführt wird, um bis zu 100 % erhöht werden.[18] Zusätzlich kann ein Strafbetrag zur Abschreckung für horizontale Absprachen addiert werden.[19] Außerdem behält sich die Kommission vor, das Bußgeld zur Abschreckung generell noch einmal zu erhöhen.[20] Der in Art. 23 III VO 1/03 festgelegte Maximalsatz von 10 % des Unternehmensumsatzes muss allerdings weiterhin gewahrt bleiben. Formelhaft ließe sich die Berechnung also wie folgt darstellen:

1. Schwere × Dauer (+ *Eintrittsgebühr bei horizontalen Absprachen*) = Grundbetrag der Geldbuße
2. Grundbetrag + Aufschläge (*verschärfte* erschwerende Bedingungen) = Geldbuße
   Grundbetrag – Abschläge (mildernde Bedingungen) = Geldbuße
3. Möglich: Geldbuße + *Abschreckungszuschlag*.

Diese Verschärfungen trafen Saint-Gobain hart: so ist neben der Multiplikation mit der Anzahl der Jahre des Verstoßes (Faktor 5; 1998–2003) insbesondere die Bußgelderhöhung um 60 % zu erwähnen. Die Erhöhung wurde wegen wiederholten Verstoßes Saint-Gobains gem. Ziff. 35 der Leitlinien 2006 vorgenommen.

b) Die Kronzeugenregelung

Vorliegend soll nur die grundsätzliche Funktionsweise der aktuellen Regelung beleuchtet werden. 1996 erließ die Kommission ihre erste Kronzeugenregelung.[21] Diese wurde 2002 ein erstes Mal[22] und 2006 ein weiteres Mal novelliert.[23] Im Rahmen der Regelung von 2006 wird unterschieden zwischen Tatbeständen, die zu einem vollständigen Erlass der Geldbuße und solchen, die nur zu einer Reduktion der Geldbuße führen. Erlass wird gewährt, wenn die Kooperation die gezielte Suche nach Beweisen eines Kartellverstoßes ermöglicht und die Darlegung der eigenen Beteiligung enthalten.[24] Außerdem müssen in einer „Unternehmenserklärung" u. a. die Funktionsweise des Kartells und die Namen der Beteiligten offen gelegt werden.[25]

---

17 Die Schwere des Verstoßes wird im Rahmen der Leitlinien 2006 u. a. durch die Art der Zuwiderhandlung und den kumulierten Marktanteil sämtlicher beteiligter Unternehmen bestimmt; vgl. Ziff. 19, 22, 23 LL 2006, maximal kann ein Umsatzanteil von 30 % zugrunde gelegt werden, Ziff. 21 LL 2006.

18 Ziff. 28 LL 2006.

19 Ziff. 25 LL 2006.

20 Ziff. 30 LL 2006.

21 ABl. C 341, 1995, S. 13 ff.

22 ABl. C 45, 2002, S. 3 ff.

23 ABl. C 298, 2006, S. 11 ff.

24 KRZ 2006, Ziff. 8 lit. a, b. dazu auch: MEMO/06/469 vom 07.12.06.

25 KRZ 2006, Ziff. 9 lit. a.

Die Kronzeugenregelungen sind aber auch abgesehen von ihrem Einfluss auf die Geldbußenberechnung von Interesse. Möglicherweise spielen sie für die Frage der Rechtmäßigkeit der Rückwirkung der Leitlinien eine Rolle. Dies wäre der Fall, wenn sie eine zu beachtende Vertrauensbeziehung zwischen dem Kronzeugen-Unternehmen und der Kommission begründen.[26]

In der Entscheidung gegen das „Autoglaskartell" hat die Firma Asahi/AGC Flat Glass eine Bußgeldreduktion von 50 % (113 500 000 €) im Rahmen der Kronzeugenregelung von 2002 erhalten. Asahi kooperierte mit der Kommission, nachdem diese in Eigeninitiative Recherchen zur Aufdeckung des Kartells begonnen hatte.

c) Rechtsnatur und Wirkung der Leitlinien und Kronzeugenregelungen

Im Folgenden soll die Rechtsnatur der Instrumente der Bußgeldberechnung beleuchtet werden. Erkenntnisse darüber sind für die Bestimmung der rechtlichen Maßstäbe, an denen die rückwirkende Anwendung der Leitlinien zu messen sein wird, bedeutend.[27]

Weder „Leitlinien" noch „Mitteilungen" – als solche sind die Kronzeugenregelungen erlassen worden – sind im Katalog des Art. 249 EGV erwähnt. Beide sind Rechtsakte sui generis.[28] Zwar wird den abstrakt eine Vielzahl von Fällen regelnden Leitlinien teilweise Gesetzesähnlichkeit zugesprochen und gefolgert, dass die Kommission nicht zu ihrem Erlass ermächtigt sei.[29] Diese Ansicht berücksichtigt indes nicht ausreichend, dass es der Verwaltung zugestanden sein muss, sich an selbstgegebenen, allgemeinen Kategorisierungen zu orientieren, um effektiv und funktionsfähig zu bleiben.[30] Weder Leitlinien noch Kronzeugenregelungen haben Rechtsnormqualität. Es handelt sich um von der Verwaltung erlassene Innenrechtssätze,[31] die das der Kommission gem. Art. 23 VO 1/03 zugestandene Ermessen bei der Bußgeldberechnung konkretisieren.[32] Aus dem – als Grundprinzip der Gemeinschaft anerkannten – allgemeinen Gleichheitssatz[33] folgt daher eine Selbstbindung der Kommission an die selbstgegebene Berechnungsmethode.[34] Eine Abweichung von dieser Methode muss besonders gerechtfertigt werden und schafft somit Rechtssicherheit für die Unternehmen.[35]

---

26 Siehe dazu unten: VI.

27 Siehe dazu unten: VI.

28 *Oppermann*, EuR 3. Auflage (2005), S. 175.

29 *Hellmann*, Vereinbarkeit der Leitlinien der Kommission zur Berechnung von Bußgeldern mit höherrangigem Gemeinschaftsrecht, WuW 2002, S. 944 (948).

30 *Schwarze*, Die Befugnis zur Abstraktion im europäischen Gemeinschaftsrecht (1976), S. 59 f.; *Hetzel*, Kronzeugenregelung im Kartellrecht, Diss. Freiburg 2004, S. 186.

31 Der EuGH bezeichnet die Leitlinien als „Verhaltensnormen" („rules of conduct") EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 211.

32 *Feddersen*, in: Dalheimer/Feddersen/Miersch, KartellR-Kommentar, Art. 23 VO 1/03, Rn. 151 ff.

33 EuGH Rs. 16/77, Slg. 1977, 1753, Rn. 7.

34 EuG Rs. T-214/95, Slg. 1998, II-717, Rn. 79. Für die Kronzeugenregelung wird die selbstbindende Wirkung ausdrücklich festgeschrieben: Ziff. 38 KRZ 2006.

35 EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 209, 213. Die in Ziff. 37 LL 2006 genannte Möglichkeit, vom allgemeinen System abzuweichen, stellt die Selbstbindung nicht grund-

d) Überschreitung des gesetzlichen Rahmens (Art. 23 II, III)?

Nachdem die zentralen Instrumente der Bußgeldpraxis der Kommission in ihren Grundzügen dargestellt wurden, soll auf die Frage eingegangen werden, ob diese ihren gesetzlichen Rahmen einhalten. Eine Überschreitung wäre mit dem Vorrang des Gesetzes,[36] der im EG-Recht in Form der Normenhierarchie Geltung findet,[37] nicht vereinbar. Demnach müssen unverbindliche Rechtsakte, die als vorweggenommene Verwaltungspraxis die Vorstufe zu einer konkreten Entscheidung bilden,[38] als „Ermessensausfüllung" an das Sekundärrecht anknüpfen und mit diesem vereinbar sein.[39]

Vorliegend muss also der Rahmen des Art. 23, III VO 1/03 gewahrt sein. Ebenso muss bei Entscheidungen der Kommission die vom EuGH entwickelte Maxime der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls befolgt werden,[40] und schließlich das Primärrecht geachtet werden.

aa) Die Leitlinien 2006

Eine Überschreitung der vagen Vorgaben des Art. 23, III VO 1/03 erscheint auf den ersten Blick schwierig, dennoch ist sie aufgrund der Verschärfungen in den neuen Leitlinien 2006 wahrscheinlicher geworden.

Der EuGH verneinte hinsichtlich der Leitlinien 1998 noch eine Überschreitung des – damals noch in Art. 15 II VO 17/62 gefassten – gesetzlichen Rahmens.[41] Er verwies auf das in derselben Vorschrift liegende weite Ermessen der Kommission bei der Berücksichtigung von Schwere und Dauer.[42]

Das weite Ermessen der Kommission wird durch die VO 1/03 nicht eingeschränkt.[43] Ferner orientieren sich die Leitlinien 2006 immer noch an *Schwere* und *Dauer* des Vergehens, ohne eine Geldbuße zuzulassen, die 10 % des Umsatzes übersteigt.[44] Allerdings muss bei der neuen Berechnungsmethode beachtet werden, dass u. a. die *Multiplikation* der Anzahl der Jahre, die der Verstoß andauerte, bei längeren Verstößen zur entscheidenden Größe zu werden droht.[45] Auch der Aufschlag für Wie-

---

sätzlich in Frage und bedarf stets besonderer Begründung; vgl. *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker,WettbewerbsR II, VO 1/2003, Art. 23 Rn. 194.

36 *Kallmayer/Haupt*, Die Urteile des EuG zum Fernwärmekartell, EuZW 2002, S. 677 (679 f.).

37 *Hofmann*, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, Diss. Freiburg, 2000, S. 211.

38 *Hetzel*, S. 182.

39 *Klösters*, Kompetenzen der EG im innerstaatlichen Vollzug, Diss. Münster 1993, S. 111 f.

40 EuGH Rs.100–103/80, Slg. 1983, 1825, Rn. 120.

41 EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 251 f.

42 Die in Art. 15 II VO 17/62 genannten Kriterien finden sich ebenso in der Art. 23 II, III VO. EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 251.

43 Siehe dazu oben: III. 1.

44 Siehe dazu oben: III. 2. a).

45 *Sünner*, Das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen nach Art. 23 II lit. a) der Kartellverfahrensordnung, EuZW 2007, S. 8 (10).

derholungstäter von bis zu 100 % birgt diesbezüglich eine Gefahr. Diese wird dadurch noch verschärft, dass sich die Kommission vorbehält, bei der Berechnung der Zwischenbeträge die Höchstgrenze von 10 % des Unternehmensumsatzes zu überschreiten, solange lediglich die letztlich verhängte Geldbuße auf 10 % des Unternehmensumsatzes „gekappt" wird.[46]

Die Leitlinien 2006 beinhalten jedoch verschiedene unbestimmte Korrekturkriterien, die auch mildernd berücksichtigt werden können.[47] Diese bieten der Kommission jedenfalls die Möglichkeit, sich an den rechtlichen Rahmen der Verordnung zu halten, sodass ein Verstoß nicht *per se* angenommen werden kann.

Sollten aber in Zukunft die Leitlinien 2006 regelmäßig zu Bußgeldern führen, die den Höchstsatz von 10 % des Umsatzes erreichen, muss angenommen werden, dass insbesondere die *individuelle* Schwere des Verstoßes nicht in ausreichendem Maß berücksichtigt wird. Damit wäre der Rahmen des Art. 23 VO überschritten. Somit ist – unabhängig von der Rückwirkung der Leitlinien 2006 – ein erster Punkt aufgezeigt, an dem ihrer Anwendung Grenzen gezogen werden müssen.

Im Fall von Saint-Gobain manifestiert sich diese Gefahr nicht. Die erhobene Geldbuße macht lediglich ca. 2 % des Umsatzes aus.[48]

bb) Die Kronzeugenregelung 2006

Gem. Art. 23 II VO 1/03 „kann" die Kommission Kartellverstöße mit Geldbußen sanktionieren; es gilt das Opportunitätsprinzip.[49] Ihr Ermessen ist aber nicht grenzenlos. Die Kommission ist gem. Art. 85 EGV, der den Überwachungsauftrag des Art. 211 EGV konkretisiert, verpflichtet, für die Achtung der Art. 81 f. EGV zu sorgen.[50]

Dies gebietet jedenfalls eine Bebußung schwerer Verstöße gegen die Art. 81 f. EGV.[51] Die Kronzeugenregelung erreicht gerade das Ziel effektiver Kartellbekämpfung mittels der Freistellung Einzelner. Zur Erreichung des „höherrangigen" Ziels der allgemeinen Durchsetzung der Art. 81 f. EGV ist es daher in Kauf zu nehmen, dass einzelne Delinquenten freigestellt werden.[52] Die Entscheidung für diese „Politik" liegt im Ermessen der Kommission.[53] Sie überschreitet damit nicht ihre Ermächtigungsgrundlage.

---

46 EuG Rs. T. T-71/03 Slg. 2003, II-10, Rn. 368; kritisch: *Buntschek*, Die gesetzliche Kappungsgrenze für Kartellgeldbußen, EuZW 2007, S. 423 ff.

47 Ziff. 29 der LL 2006.

48 Angabe der Generaldirektion Wettbewerb auf Nachfrage.

49 Dieses erlaubt unterschiedliche Prioritätssetzung der Kommission, EuG Slg. 1992, II-2223, Rn. 83 ff.; *Dannecker*, in: Dannecker/Fischer-Fritsch, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, 1989, S. 32.

50 EuG, Rs. T-202/98, Slg. 2001, II-2035, Rn. 100 f.

51 Vgl. *Schneider*, Die Kronzeugenmitteilung im EG-Kartellrecht, Diss. Frankfurt 2004, S. 182.

52 So auch KRZ 2002, Rn. 4.

53 *Hetzel* (Fn. 30), S. 161.

IV. Rechtsstaatliche Grundsätze im EG-Recht

Nachdem die Bußgeldberechnung dargelegt wurde und bevor konkret auf die Frage der Rechtmäßigkeit der rückwirkenden Anwendung der Leitlinien 2006 eingegangen wird,[54] soll die Geltung rechtsstaatlicher Garantien im EG-Recht allgemein und des strafrechtlichen Rückwirkungsverbotes sowie des Vertrauensschutzgrundsatzes speziell beleuchtet werden.

Die Gemeinschaftsverträge normieren nur vereinzelt rechtstaatliche Prinzipien.[55] Zur Lückenfüllung und Auslegung geschriebenen EG-Rechts ist jedoch die Heranziehung ungeschriebener allgemeiner Rechtsgrundsätze anerkannt.[56] Diese hat der EuGH insbesondere im Wege wertender Rechtsvergleichung vor allem aus den Verfassungen der Mitgliedsstaaten ermittelt.[57] So hat der EuGH den klassischen rechtsstaatlichen Prinzipien im EG-Recht Geltung verschafft. Die Bindung der EG an die Rechtsstaatlichkeit, Art. 6 I EUV, fasst nunmehr diese richterrechtlichen „Errungenschaften" zusammen[58] und verdeutlicht das Selbstverständnis der EG als Rechtsgemeinschaft.[59] Diese allgemeinen Rechtsgrundsätze haben den Rang von Primärrecht, das wiederum in ihrem Licht ausgelegt werden muss.[60]

1. Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot im EG-Recht

Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot verlangt, dass vor Tatbegehung die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war und der Einzelne nicht im Nachhinein mit einer schwereren Strafe als der im Vorfeld angedrohten belegt wird.[61]

Das Verbot der Rückwirkung von Strafvorschriften ist explizit nicht nur in Art. 7 EMRK,[62] sondern auch in Art. 49 I GRCh enthalten. Beide Texte sind im EG-Recht zwar nicht unmittelbar bindend, gelten aber als Erkenntnisquellen von besonderem Rang.[63] Für die EMRK schreibt dies Art. 6 II EUV ausdrücklich fest. Der EuGH hat das strafrechtliche Rückwirkungsverbot überdies als allgemeinen Grundsatz des EG-Rechts anerkannt,[64] außerdem ist er sekundärrechtlich verankert.[65]

---

54 Siehe unten: V und VI.

55 So wird das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV als Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes verstanden, *Epiney*, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV Art. 12 Rn. 7.

56 *Weiß*, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, Diss. Bayreuth 1996, S. 14 ff.

57 *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze, EU/EG, Art. 220 Rn. 11, 21 f.

58 *Geiss*, Rechtsstaatliche Grundsätze im Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaft, Diss. Freiburg, S. 120.

59 *Nicolaysen*, in: Nowak/Cremer, Individualrechtsschutz in der EG und der WTO, 2002, S. 17 ff.

60 *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 117.

61 *Eser*, in: Meyer, GRCh – Kommentar, Art. 49 Rn. 27.

62 *Kadelbach*, in: Grote/Marauhn EMRK/GG – Konkordanzkommentar, Kap. 15 Rn. 9.

63 *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, S. 119 f.

64 EuGH, Rs. 63/83, Slg. 1984, 2698, Rn. 21 f.

65 Art.2 II VO 2988/95, ABl. L 312, 1995, S. 1.

2. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im EG-Recht

Der Vertrauensschutzgrundsatz gegenüber der Verwaltung vermittelt einen subjektiven Anspruch des Einzelnen darauf, dass begründete Erwartungen, welche die Verwaltung geweckt hat, sich auch tatsächlich realisieren.[66]

Nach der Rechtsprechung des EuGH greift dieser Grundsatz, wenn ein objektiver Vertrauenstatbestand vorliegt, dieser subjektiv „betätigt" wurde, die Enttäuschung des Vertrauens nicht vorhersehbar war und der objektive und subjektive „Tatbestand" kausal zusammenhängen.[67] Allerdings kann nicht auf das Fortbestehen einer Situation vertraut werden, die durch Ermessensausübung eines Organs verändert werden kann.[68]

Der EuGH leitet den Grundsatz des Vertrauensschutzes aus dem – damit eng zusammenhängenden – Prinzip der Rechtssicherheit her.[69] Der Oberbegriff „Rechtssicherheit" wird objektiv bestimmt, während der Vertrauensschutz diese Idee zur Wahrnehmung der Interessen des Einzelnen in das Subjektivrechtliche kehrt.[70]

V. Vereinbarkeit der rückwirkenden Anwendung der Leitlinien mit dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot

Die Kronzeugenregelungen werden nicht rückwirkend angewandt, sondern kommen immer nur in dem Moment zum Tragen, in dem ein „Kronzeuge" einen Antrag auf Anwendung der aktuellen Regelung stellt. Ein Verstoß dieser Regelung gegen das strafrechtliche Rückwirkungsverbot scheidet aus. Problematisch scheint indes die rückwirkende Anwendung der – gegenüber den Leitlinien 1998 strafschärfend wirkenden[71] – Leitlinien 2006. Die gem. Ziff. 38 der Leitlinien 2006 vorgesehene Anwendung auf Wettbewerbsverstöße, die vor 2006 stattgefunden haben, könnte gegen das strafrechtliche Rückwirkungsverbot verstoßen.

Bevor aber konkret auf die Vereinbarkeit dieser Rückwirkung mit dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot eingegangen werden kann, muss geprüft werden, ob die Leitlinien 2006 überhaupt am strafrechtlichen Rückwirkungsverbot zu messen sind.

1. Sind Leitlinien am strafrechtlichen Rückwirkungsverbot zu messen?

Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot greift für Normen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts (Verwaltungsstrafrecht).[72] Problematisch erscheint jedoch,

---

66 z. B. EuG Rs. T-199/99, Slg. 2002, II-3731, Rn. 111.

67 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage (2005), S. LXXVII f.

68 EuGH Rs. C-336/00 Slg. 2002, p. I-7699, Rn. 58.

69 *Haibach*, Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, NVwZ 1998, S. 456 (459).

70 *Crones*, Selbstbindung der Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Diss. Freiburg 1997, S. 103 f.

71 Siehe dazu oben: III. 2. a).

72 *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage (2008), § 24 Rn. 129.

dass Art. 23 V VO 1/03 den Geldbußen ausdrücklich keinen strafrechtlichen Charakter zuspricht. Fraglich ist, ob diese formale Qualifikation die Geltung strafrechtlicher Rechtsgarantien ausschließen kann.

Dem steht das Rechtsstaatsprinzip entgegen. Dieses gebietet gerade, dass Zweck und Wirkungsweise der Sanktion über die Unterscheidung zwischen strafrechtlichen und sonstigen Maßnahmen entscheiden.[73] Der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber darf nicht in der Lage sein, „durch einen Federstrich" strafrechtliche Garantien zu umgehen. Entscheidend ist die materiell-rechtliche Qualifikation der Sanktion. Nur so lässt sich einer Sanktion das angemessene Maß an rechtsstaatlichem Schutz gegenüberstellen.

a) Qualifikationsvorschläge

Aufgrund der repressiven und präventiven Funktion der Geldbußen[74] ist mittlerweile (jedenfalls in der deutschsprachigen Literatur) weitgehend anerkannt, dass diesen eine Strafrechtsähnlichkeit zuzuerkennen sei, die den Schutz durch strafrechtliche Garantien nach sich ziehen müsse.[75] Ebenso hat der EGMR klargestellt, dass eine Norm „strafrechtlicher Art" sei, wenn sie präventiv und repressiv wirkt.[76]

Das EuG hat diese Problematik lange umgangen. Es stellte sich auf den Standpunkt, dass die Leitlinien 1998 – nur zu diesen ergingen bisher Urteile – nicht am strafrechtlichen Rückwirkungsverbot zu messen seien, weil sie keine Rechtsnormen seien.[77] Diese Haltung hat der EuGH im Jahr 2005 verworfen.

b) Haltung des EuGH

Der EuGH hat für Geldbußen des Art. 23 VO 1/03 eine genuine Bindung der Leitlinien 1998 an Art. 7 I EMRK festgestellt und so die Geltung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bejaht.[78] In dem Urteil *Dansk Rørindustri* betont er, dass die Leitlinien 1998 „aufgrund ihrer Rechtswirkungen und ihrer allgemeinen Geltung [...] unter den Begriff „Recht" i. S. v. Art. 7 I EMRK" zu subsumieren sind.[79]

---

73 *Schwarze*, Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterrechtlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuZW 2003, S. 261(265).

74 Siehe oben: II. 1.

75 Vgl. *Lorenzmeier*, Kartellrechtliche Geldbußen als strafrechtliche Anklage im Sinne der EMRK, ZIS 2008, S. 20 (29) oder *Schroth* EG – Geldbußen gegen existenzbedrohte Unternehmen, wistra 1984, S. 164 (165). Anderer Ansicht *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, Diss. Frankfurt 2003, S. 232, der die Sanktionen des Art. 23 VO als Maßnahmen innerhalb eines administrativen Kartellrechtsverhältnisses betrachtet

76 EGMR, EuGRZ 1985, S. 62 (62).

77 EuG, Rs. T-23/99, Slg. 2002, II-1705, Rn. 169 und EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 207 f.

78 EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 11.

79 *Ebd.* Rn. 223. Die Einordnung der Leitlinien als „Recht" in diesem Sinn widerspricht nicht der Annahme, sie seien keine Rechtsnormen des Gemeinschaftsrechts. Dem Rechts- bzw. Gesetzesbegriff der EMRK liegt, wie bereits deutlich wurde, eine funktionale, materielle Betrachtungsweise zu Grunde; vgl. *Matscher*, Der Gesetzesbegriff der EMRK, in: FS Loeben-

Weiterhin führt er aus, das „Verbot der Rückwirkung von Strafvorschriften [sei] [...] bei Festsetzung von Geldbußen [zu beachten]".[80]

Damit hat begrüßenswerter Weise nun auch der EuGH das strafrechtliche Rückwirkungsverbot in diesem Rahmen für anwendbar erklärt. Die Qualifikation der Geldbußen als „Sanktionen nicht strafrechtlicher Art" (Art. 23 V VO 1/03) hat also nicht den Ausschluss elementarer strafrechtlicher Grundsätze zur Folge.[81]

Gleiches muss insofern für die Leitlinien 2006 gelten. Diese besitzen den gleichen Charakter wie die Leitlinien 1998 und entfalten die gleiche selbstbindende Wirkung.[82] Die Wertung ist folglich auf die Leitlinien 2006 übertragbar.

2. Verstoß der Leitlinien gegen das strafrechtliche Rückwirkungsverbot?

Die Kommission hat bereits im Rahmen der Leitlinien 1998 eine den Leitlinien 2006 vergleichbare Rückwirkung praktiziert.[83] Nachdem der EuGH also in dem Urteil *Dansk Rørindustri* das Rückwirkungsverbot für anwendbar erklärte, prüfte er einen Verstoß der Leitlinien 1998 dagegen, verneinte ihn aber. Im Folgenden soll der Gang der Argumentation nachgezeichnet und ihre Schwächen aufgedeckt werden. Anschließend soll ein eigener Lösungsansatz erarbeitet werden.

a) Argumentation des EuGH in „Dansk Rørindustri"

Der EuGH erklärte die rückwirkende Anwendung der Leitlinien 1998 für vereinbar mit Art. 7 I EMRK.[84] Dabei stellte er entscheidend darauf ab, dass die Einführung der Berechnungsmethoden der Leitlinien 1998 hinreichend *vorhersehbar* gewesen sei.[85] Die Vorhersehbarkeit leitete der EuGH aus dem in Art. 15 VO 17/62 (heute Art. 23 III VO 1/03) angelegten weiten Ermessen der Kommission ab. Dieses erlaube es ihr eine opportune Berechnungsmethode zu installieren. Sie sei nicht an ihre bisherige Berechnungspraxis gebunden und dürfe folglich die Bußgelder innerhalb der Grenzen der VO 17/62 erhöhen bzw. die Berechnungsmethode ändern, um die Durchführung der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik sicherzustellen.[86] Be-

---

stein, 1991, S. 110 (118). So können sogar Normen nichtstaatlicher Vereinigungen erfasst werden, wenn sich die „Recht"-setzungsbefugnis aus einer gesetzlichen Ermächtigung ergibt; vgl. EGMR, EuGRZ 1985, S. 170 (173); *Wildhaber/Breitenmoser*, in: Karl/u. a., EMRK-Kommentar Art. 8 Rn. 551.

80 *Ebd.* Rn. 208.

81 In der Literatur wurde schon früh angenommen, dass Art. 23 V VO 1/03 (vormals Art. 15 IV VO 17/62) den mitgliedsstaatlichen Willen ausdrücke, das grundrechtssensible Gebiet des Kriminalstrafrechts nicht zuvergemeinschaften, vgl. *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht (1972), S. 534, zusammenfassend: *Schwarze* (Fn. 73), S. 267 ff.

82 Siehe oben: III. 2. c).

83 Vgl. *Weitbrecht/Tepe* (Fn. 12), S. 226 f.

84 Der EuGH argumentierte, wie im Folgenden dargestellt, für den von ihm nicht ausgeschlossenen Fall, dass sich die Bußgelder nach den LL 1998 im Vergleich zu den vorherigen verschärfend ausgewirkt haben.

85 EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 11, 231.

86 *Ebd.* Rn. 227.

legend fügt er, unter Verweis auf seine Ausführungen zum allgemeinen Vertrauensschutzgrundsatz, an, dass nicht auf eine bestimmte Geldbußenhöhe vertraut werden könne, eine (verschärfende) Änderung der Berechnungsmethode also vorhersehbar sei.[87]

Die VO 1/03 übernimmt die nach der VO 17/62 maßgeblichen Kriterien zur Bußgeldfestsetzung (weites Ermessen, Schwere, Dauer). Eine Überschreitung des rechtlichen Ermächtigungsrahmens durch die Leitlinien 2006 ist (noch) nicht feststellbar.[88] Die Haltung des EuGH scheint also auch auf die heutige Rechtslage übertragbar.[89]

Der EuGH bejaht folglich grundsätzlich die Möglichkeit eines Verstoßes der rückwirkenden Anwendung der Leitlinien – lehnt diesen aber unter Verweis auf die Vorhersehbarkeit ab. Das entscheidende Kriterium der Vorhersehbarkeit entnimmt er der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 7 EMRK.[90] Diese Rechtsprechung soll als Argumentationsgrundlage kurz dargestellt werden.

b) Rechtsprechung des EGMR

Der EGMR verneint einen Verstoß gegen Art. 7 I EMRK dann, wenn die rückwirkend angewandte *strafschärfende* Änderung der Rechtslage für den Betroffenen vorhersehbar war. Vorhersehbarkeit ist gegeben, wenn deutliche Entwicklungslinien – insbesondere in der Rechtsprechung – auf die Änderung hindeuten.[91] Sind solche Entwicklungslinien nur durch Rechtsrat zu ermitteln, so sei es jedenfalls unternehmerisch tätigen Personen zuzumuten, sich juristisch beraten zulassen.[92]

Fraglich ist demnach, ob tatsächlich eine „Vorhersehbarkeit" in diesem Sinne angenommen und die Rechtmäßigkeit der rückwirkenden Anwendung der Leitlinien 2006 bejaht werden kann. Dabei muss auf die Vorhersehbarkeit der Höhe der Geldbußen nach den Leitlinien 2006 abgestellt werden.[93]

c) Dogmatische Kritik am Ansatz des EuGH

Sowohl die Folge dieser Rechtsprechung – die Annahme der Vorhersehbarkeit der Leitlinien 1998 – wie auch die Argumentation erscheinen kritikwürdig. Überdies scheint der vom EuGH gewählte Ansatz nicht auf die heutige Lage übertragbar.

---

87 *Ebd.* Rn. 228 – 231.

88 Siehe dazu oben: III. 2. d) aa).

89 Vgl. *Engelsing/Schneider*, in: Hirsch/Montag/Säcker, Competition Law: European Community Practice and Procedure, 2008, Rn. 4 – 23 – 093.

90 EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 217.

91 EGMR Urt. v. 22.11.1995, A No. 335-B Rn. 43; A No. 335-C Rn. 35. In diesen Fällen nahm das EGMR die Vorhersehbarkeit einer Rechtsprechungsänderung an, die rückwirkend die Strafbarkeit des Angeklagten zur Folge hatte.

92 EGMR, EuGRZ 1999, S. 198 (198 f.).

93 So auch der EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 231.

aa) Die Folge der EuGH-Rechtsprechung

Im Ergebnis folgert der EuGH, dass aufgrund des weiten Ermessens der Kommission rückwirkende Änderungen der Leitlinien jederzeit vorhersehbar seien. Das weite Ermessen der Kommission führt demnach zu einer „ständigen Vorhersehbarkeit". Damit ist aber die – durch selbiges Urteil – „neu" eingeführte Bindung an das strafrechtliche Rückwirkungsverbot entwertet und führt nur zu einer nominellen Intensivierung des Rechtsschutzes. Denn ob das strafrechtliche Rückwirkungsverbot für nicht anwendbar erklärt wird oder es angewandt wird, aber gleichzeitig jegliches Handeln als ständig vorhersehbar beschrieben wird, macht praktisch keinen Unterschied.

bb) Übertragbarkeit und Argumentation

Hinsichtlich der Übertragbarkeit ist zu beachten, dass die Leitlinien 2006 in einen Zeitraum rückwirken sollen, in dem es bereits Leitlinien gab, und nicht in einen Zeitraum, zu dem es keine veröffentlichte Berechnungsmethode gab. Letzteres war der Fall bei der Rückwirkung der Leitlinien 1998, zu der das Urteil in der Sache „Dansk Rørindustri"erging.

Der EuGH misst die Leitlinien selbst am Rückwirkungsverbot und spricht ihnen eine selbstbindende Wirkung zu, die Rechtssicherheit für die Unternehmen schafft.[94] Diese Rechtssicherheit folgt damit nach dem EuGH unmittelbar aus den Leitlinien. Sie ginge jedoch verloren, wenn der EuGH die rückwirkende Anwendung der Leitlinien 2006 auf Verstöße, die zur Geltungszeit der Leitlinien 1998 unternommen wurden, ohne weiteres zulässt. Schon die Leitlinien 1998 vermittelten wie gesehen Rechtssicherheit. Diese wird konterkariert, wenn nun die neuen Leitlinien auf diese Fälle angewandt werden. Vor 1998 gab es keine vorhersehbare Berechnungsmethode, die Rechtssicherheit hätte begründen können.[95] Dies ist seit Einführung der Leitlinien 1998 anders. Die Argumentation des EuGH bezüglich der Rückwirkung der Leitlinien 1998 kann nicht auf die Frage der Rückwirkung der Leitlinien 2006 übertragen werden.[96] Wie der EuGH selbst grundsätzlich feststellt, ist ein Abweichen von den Leitlinien ohne besondere Begründung nicht zulässig.[97]

Überdies ist die Argumentation des EuGH wenig überzeugend. Der EuGH verweist bezüglich der Vorhersehbarkeit auf die eigene Dogmatik zu einem allgemeinen Verwaltungsrechtsgrundsatz.[98] Hierdurch wird *de facto* ein strafrechtlicher Grundsatz einem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz gleichgesetzt. Vergleicht man aber diese miteinander, so muss der spezifisch strafrechtlichen Garantie eine deutlich „höhere Garantiedichte" zugesprochen werden, die aus der gesteigerten Eingriffsintensität bestrafender Eingriffe im Vergleich zu sonstigen Eingriffen folgt.[99] Der

94 EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 211, 213; dazu auch: III. 2. c).

95 Vgl. oben Fn. 9.

96 Vgl. *Hirsbrunner/Schädle*, Wirkungsloses Rückwirkungsverbot, WuW 2009, S. 12 (15).

97 EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 209.

98 EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 228–231. Nach diesem können Unternehmen nicht auf Regelungen vertrauen, die ein Organ aufgrund eigenen Ermessens ändern kann.

99 *Appel*, Verfassung und Strafe, Diss. Freiburg 1998, S. 489.

EuGH ignoriert bei seiner Argumentation diese Unterscheidung und kommt stattdessen zur Nivellierung dieses fundamentalen rechtsstaatlichen Grundsatzes. Die strafrechtliche Garantie des Rückwirkungsverbots darf aber nicht auf das Bestehen eines Vertrauenstatbestandes im Sinn des allgemeinen Verwaltungsrechts reduziert werden.

Der EuGH will das strafrechtliche, schutzintensivere Rückwirkungsverbot aufgrund des Nichtvorliegens des weniger schutzintensiven, allgemeinen Vertrauensschutzes verneinen und umgeht es damit praktisch.[100] Der Gedankengang des EuGH ist dogmatisch kritikwürdig und vermag nicht zu überzeugen.

Daher soll ein eigener Ansatz ausgearbeitet werden; an dem vom EGMR zu Art. 7 EMRK entwickelten Kriterium der Vorhersehbarkeit wird dabei festgehalten. Ein solcher Ansatz zur Frage, ob die Bußgelderhöhung vorhersehbar ist, soll mit der Bestimmung des anzulegenden Schutzmaßstabes beginnen.

d) Der Schutzmaßstab

Bei der Bestimmung des Schutzmaßstabes geht es um die Frage, mit welchem „Kontrollumfang" man tatbestandlich einer rückwirkenden Anwendung begegnet.

Der EuGH hat entscheidend darauf abgestellt, ob die Bußgeldhöhe „*hinreichend* vorhersehbar" war[101] (Variante 1). Denkbar wären jedoch auch zwei weitere Ansätze aus der Rechtsprechung europäischer Gerichte.[102] So hätte man verlangen können, dass die Bußgeldhöhe von den Betroffenen hätte vorhergesehen werden *müssen* (Variante 2)[103] oder vorhergesehen werden *können* (Variante 3).[104] Von diesen drei Ansätzen stellt Variante 2 die höchsten Anforderungen an den Grad der Vorhersehbarkeit und Variante 3 die niedrigsten. Die vorliegend vom EuGH gewählte erste Variante dagegen befindet sich dazwischen.

Es ist also zu untersuchen, welche Frage es sich – anhand des zu wählenden „Schutzmaßstabes" – zu stellen gilt, um zu prüfen, ob die rückwirkende Anwendung der Leitlinien 2006 unter das Vorhersehbarkeitskriterium des EGMR fallen: *Mussten* Unternehmen die Leitlinien 2006 vorhersehen? Oder reicht es, wenn sie sie vorhersehen *konnten*, oder die Leitlinien *hinreichend vorhersehbar* waren? Ist entschieden, welcher Schutzmaßstab angelegt werden muss, kann geprüft werden, ob der Ausnahmetatbestand der Vorhersehbarkeit erfüllt wird und eine Rückwirkung damit zulässig ist.

Entscheidendes Kriterium für die Bewertung muss die Schutzwürdigkeit der Betroffenen sein. Dabei ist einerseits zu bedenken, dass die Eingriffshandlungen der Gemeinschaft an strafrechtlichen Kautelen zu messen sind, andererseits aber die Betroffenen selbst einen Wettbewerbsverstoß begangen haben.

---

100 Im Ergebnis auch: *Hellmann*, Der Europäische Gerichtshof billigt die Bußgeldpraxis der Kommission, EWS 2005, S. 439 (441).

101 EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 231.

102 Nordlander, Dansk Rørindustri and others v. Commission, CMLRev. 2006, S. 571 (581 f.).

103 Ansatz gewählt in: EuGH Rs. C-265/85, Slg. 1987, 1155, Rn. 45.

104 Ansatz gewählt in: EuG Rs. T-489/93, Slg. 1994, II-1201, Rn. 64 f.

aa) Gründe für den vom EuGH gewählten Schutzsmaßstab

Für den Maßstab des EuGH der *hinreichenden* Vorhersehbarkeit lässt sich vorbringen, dass es „nur" um die Schutzwürdigkeit derjenigen geht, die darauf vertrauten, nicht höher bestraft zu werden. So stellt sich die Lage der Unternehmen dar, auf die nun rückwirkend die Leitlinien 2006 angewandt werden. Diese sind sicherlich weniger schutzwürdig als diejenigen, die darauf vertrauten, rechtmäßig zu handeln.[105] Neben dieser grundsätzlichen Überlegung muss im vorliegenden Fall dessen europarechtliche Dimension berücksichtigt werden.

So darf die Wahrung der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft nicht übermäßig erschwert werden. Dieser Grundsatz lässt sich u. a. aus Art. 10 EGV als Ausgangspunkt der gemeinschaftlichen „Unionstreue" ableiten.[106] Darüber hinaus gilt für das EG-Sekundärrecht – jedenfalls bedingt – der Auslegungsgrundsatz des *effet utile*, nach dem eine Norm so auszulegen und anzuwenden ist, dass die Vertragsziele am besten und einfachsten erreicht werden.[107]

Die Funktionsfähigkeit der EG gilt es auch insbesondere im Wettbewerbsrecht zu wahren, indem die Kommission direkt das EG-Recht vollzieht, um das „Herzstück" der Gemeinschaft, den Binnenmarkt, zu schützen. Hierbei könnte ein zu hoher und damit starrer Schutzstandard hinderlich sein. Ebenso gebietet der *effet utile*, die VO 1/03 wie auch Entscheidungen der Kommission nicht mehr als unbedingt nötig in ihrer Wirkung zu beschränken. Das weite Ermessen der Kommission zur Durchführung einer gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik ist dementsprechend zu akzeptieren.

bb) Gründe gegen den vom EuGH gewählten Schutzmaßstab

Für das Anlegen eines strengeren Schutzmaßstabes gegenüber der rückwirkenden Anwendung der Leitlinien kann angeführt werden, dass das Rückwirkungsverbot, wie es Art. 7 I EMRK statuiert ist, schlicht nicht zwischen rechtmäßig Handelnden und unrechtmäßig Handelnden unterscheidet. Art. 7 I EMRK schützt auch den Straftäter, der härter bestraft wird, als es ihm zum Zeitpunkt der Begehung der Tat angedroht wurde. Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot gilt somit auch zugunsten der in wettbewerbswidriger Weise tätig gewordenen Unternehmen.

Darüber hinaus sprechen gerade die nicht zu vernachlässigenden praktischen finanziellen Folgen einer Rückwirkung der Leitlinien 2006 dafür, einen besonders hohen Schutzmaßstab anzulegen. So muss die Entwicklung zu immer höheren Geldbußen an dieser Stelle wiederum Berücksichtigung finden. Die aktuelle Rekordbußgeldhöhe im Fall des Autoglaskartells verdeutlicht dies. Damit werden die betroffenen Unternehmen aufgrund des zufälligen Verfahrensstandes – je nachdem, wann die Kommission ihre Ermittlungen so weit geführt hat, dass sie Beschwerdepunkte ver-

105 *Nordlander*, Fn. 102, S. 582.

106 *Marauhn*, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, 2006, S. 249 ff.

107 *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, 6. Auflage (2005), S. 254 f.

schickt[108] – u. U. substantiell schlechter behandelt als Unternehmen, die das gleiche Vergehen zum gleichen Zeitpunkt begangen haben.

cc) Fazit

Der EuGH wählt nicht den höchsten Kontrollstandard für die rückwirkende Anwendung der Leitlinien 2006. Er begründet dies nicht direkt, weist aber darauf hin, dass die Durchführung der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik von der Kommission verlange, flexibel auf Wettbewerbsentwicklungen zu reagieren.[109] Der EuGH stellt also die Funktionsfähigkeit der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln in den Vordergrund.

Dem ist zuzustimmen. Aufgrund des Stellenwerts des gemeinsamen Marktes muss der Gewährleistung einer funktionierenden gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik entscheidende Bedeutung zukommen. Diese scheint jedoch nicht unbedingt gefährdet, wenn auch auf die Wettbewerbsverstöße zwischen 1998 und 2006 die Leitlinien 1998 angewandt werden. Dass der Binnenmarkt vor Verfälschungen geschützt werden muss und dies am effektivsten durch repressive und präventive Maßnahmen wie Bußgelder geleistet werden kann, steht außer Frage. Fraglich erscheint allerdings, ob die Erfordernisse der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik gerade die *rückwirkende* Anwendung strengerer Berechnungsmethoden verlangen. Meines Erachtens hat diese keinen besonderen Gewinn für die verfolgten Zwecke, sondern wirft im Gegenteil rechtsstaatliche Zweifel auf, die wegen der empfindlichen Höhe der Bußgelder noch an Brisanz gewinnen.

(1) Die Rückwirkung ist nicht per se notwendig

Es erscheint überaus fraglich, ob eine – wenn auch nach neuen wettbewerbstechnischen Erkenntnissen gerechtfertigte – Verschärfung der Berechnungsmethoden auf *jeden* zurückliegenden Sachverhalt notwendig ist. Dies postuliert aber der EuGH in seiner Entscheidung im Fall „Dansk Rørindustri". Demnach sei also bei *jedem* Wettbewerbsverstoß, bei dem die Beschwerdepunkte nach dem Erlass der Leitlinien 2006 mitgeteilt worden sind, die Funktionsfähigkeit des EG-Wettbewerbsrechtes gefährdet, wenn nicht die Leitlinien 2006 angewandt würden. Es scheint zwar grundsätzlich angemessen, der Kommission zuzugestehen, die Berechnungsmethoden zu ändern, um den sich ändernden Erfordernissen des Wettbewerbs gerecht zu werden, aber dass eine rückwirkende Anwendung der Leitlinien in jedem Fall erforderlich sei, lässt sich m. E. pauschal nicht behaupten.

Die beiden großen Ziele, die mit der Neuerung der Leitlinien 2006 angestrebt wurden – erhöhte Transparenz und die Möglichkeit höhere Bußgelder zu verhängen[110] – ver-

108 Dies hängt von der behördeninternen Arbeit ab, die nicht unbedingt mit dem konkreten Fall zu tun hat. Deswegen wollen *Hirsbrunner/Schädle* (Fn. 96), S. 17 grds. auf den Zeitpunkt des Untersuchungsbeginns abstellen.

109 EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 169, 227.

110 „We want to increase deterrence and ensure greater predictability", *Kroes*, Rede abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/595&format=HTML&aged=0&lan.

langen nicht notwendig nach einer Rückwirkung. Die höhere Abschreckung, wettbewerbswidriges Verhalten an den Tag zu legen, wird durch eine nur zukünftige Anwendung nicht wesentlich geschmälert. Die Abschreckung durch die Leitlinien 2006 wirkt zukünftig. Denkbar bleibt allein, sich auf die Möglichkeit rückwirkender Anwendung strengerer Leitlinien an sich – als generalpräventives Mittel der Abschreckung – zu berufen. Dem Ziel erhöhter Transparenz wäre durch den Verzicht auf Rückwirkung vielmehr gedient. So scheint die formale Begründung des EuGH in ihrer Allgemeinheit nicht tragbar.

Es ist folglich nicht ausreichend gemäß einem Maßstab nur mittlerer Schutzintensität zu fragen, ob die Einführung der Leitlinien 2006 für die Unternehmen *hinreichend vorhersehbar* war. Der Ausnahmetatbestand vom Rückwirkungsverbot muss enger gefasst werden als der EuGH dies annimmt. Es ist grundsätzlich ein schutzintensiverer Maßstab anzulegen. Angemessen scheint, in Anlehnung an die EuGH-Rechtsprechung in anderen Fällen,[111] zu verlangen, dass die Unternehmen die Leitlinien 2006 vorhersehen *mussten*.

(2) Ausnahmsweise Erforderlichkeit der Rückwirkung

Trotzdem lässt sich per se nicht ausschließen, dass Situationen auftreten, in denen die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbspolitik eine Rückwirkung strengerer Berechnungsmethoden *ausnahmsweise* erforderlich machen könnte.

Nach den gemachten Ausführung scheint es angebracht, der Kommission die Möglichkeit zu geben, eine rückwirkende Anwendung der Leitlinien im Einzelfall gesondert zu begründen. Diese muss dann dahin überprüft werden, ob sie die Gewährleistung der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik gebietet. Ist dies der Fall, kann der vom EuGH angelegte Schutzmaßstab angewandt werden. Die Ausführungen zur Schutzwürdigkeit haben gezeigt, dass ein strengerer Kontrollmaßstab angebracht scheint, solange die Erforderlichkeit der Rückwirkung gerade hinsichtlich der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes nicht belegt wird. Dann sollte die Rechtmäßigkeit der Rückwirkung erst angenommen werden, wenn die Einführung der neuen (verschärften) Leitlinien von Unternehmen hätte vorhergesehen werden *müssen*.

Die Differenzierung hinsichtlich der verschiedenen Schutzmaßstäbe bringt die spezifischen Anforderungen der EG in Einklang mit der individuellen Schutzwürdigkeit der Unternehmen. Der gesteigerte Begründungsaufwand, der von der Kommission erwartet wird, scheint hinsichtlich des dezidiert rückwirkenden Eingriffs in das Vermögen Privater gerechtfertigt.

Damit hängt die Anwendung des weniger strengen Maßstabes der *hinreichenden* Vorhersehbarkeit davon ab, ob die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbspolitik gefährdet wird. Unternehmen werden wohl regelmäßig nicht vorhersehen können, ob ihr Verstoß die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbspolitik gefährdet, und folglich nicht vorhersehen können, welcher Schutzmaßstab ihnen gegenüber angewandt werden wird. Dieses Problem kann und soll die hier vorgeschlagene Differenzierung

111 Siehe oben: V. 2. d).

indes auch nicht lösen. Sie soll nicht die Folgen eines Wettbewerbsverstoßes „kalkulierbarer" machen, sondern eine rechtsstaatliche Ausdifferenzierung hinsichtlich des Maßstabes einführen, an dem die Rechtmäßigkeit der Rückwirkung gemessen wird.

dd) Folgeschwierigkeiten – Praktikabilität

Dieser Ansatz wirft neue praktische Fragen auf: *Was* kann die Kommission vorbringen, um eine Rückwirkung der Leitlinien zu begründen? Ansatzpunkte könnten hier ein besonders hoher Umsatz, besonders beeinträchtigende Methoden bei der Durchsetzung der Kartellabsprachen oder langfristige oder besonders schwerwiegende Folgen für ein Marktsegment sein. Auch scheint es denkbar, eine Rückwirkung strengerer Leitlinien gegenüber „Wiederholungstätern" – wie Saint-Gobain – unter Rückgriff auf das allgemeine Kriterium mangelnder Schutzwürdigkeit zuzulassen. Demnach ist es also vorstellbar, über das Kriterium der Funktionsfähigkeit der Wettbewerbspolitik hinaus, weitere Kriterien heranzuziehen, um eine Rückwirkung zu begründen.

Die Diskussion kann hier nicht abschließend geführt werden. Die genannten Abgrenzungsschwierigkeiten sollten aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass nur durch die aufgezeigte Abwägung ein rechtsstaatlich angemessener Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Flexibilität zu treffen ist. Dieser Ansatz würde wohl dazu führen, dass die Kommission nur in Ausnahmefällen eine rückwirkende Anwendung der Leitlinien 2006 verlangt. Eine solche restriktivere Haltung gegenüber der Rückwirkung scheint m. E. erstrebenswert.

Im Folgenden soll – für den wohl grundsätzlich häufigeren Fall, dass das Funktionieren der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik eine Rückwirkung nicht erforderlich macht – geprüft werden, ob eine rückwirkende Anwendung der Leitlinien 2006 anhand des gefundenen Kontrollmaßstabes mit dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot vereinbar ist. Es ist dabei – wie dargestellt – darauf abzustellen, ob Unternehmen die Entwicklung vorhersehen *mussten*.

Dabei handelt es sich letztlich um eine Wertungsfrage. Diese müsste nach dem hier vertretenen Ansatz für jede verschärfende Neuerung der Leitlinien einmal gerichtlich beantwortet werden. Die daraus folgende Mehrbelastung der Gerichte scheint – in Anbetracht der Tatsache, dass grundsätzlich sehr häufig gegen Geldbußeentscheidungen Rechtsmittel eingelegt werden,[112] tragbar. Das insgesamt aufwändigere Vorgehen entspricht letztlich außerdem demjenigen des EGMR in entsprechenden Situationen.[113] Der EuGH beruft sich auf diese Rechtsprechung,[114] es scheint also gerechtfertigt zu fordern, dass er auch eine dem EGMR entsprechende Vorgehensweise zur Rechtfertigung der Rückwirkung an den Tag legt.

112 *Veljanovski*, Penalties for Price-Fixers: An Analysis of Fines imposed on 39 Cartels by the EU Commission, ECLR 2006, S. 510 (512).

113 Siehe oben: V. 2. b). Vgl. auch: EGMR Urt. v. 22.11.1995, A No. 335-B Rn. 43; A No. 335-C Rn. 35.

114 Siehe oben: V. 2. a).

e) Mussten Unternehmen die Leitlinien 2006 vorhersehen?

Fraglich ist, ob Entwicklungslinien im Sinne der EGMR-Rechtsprechung vorhanden waren, aus denen Unternehmen unter Hinzuziehung von Rechtsrat vorhersehen *mussten*, dass es zu höheren Bußgeldern kommen würde.[115] Solche Entwicklungen könnten vorliegend von Kommission oder Gemeinschaftsgerichten angestoßen worden sein.[116]

Soweit ersichtlich gab es zwar im Jahr 2003 gewisse Anzeichen dafür, dass es zu einer Neufassung der Leitlinien 1998 kommen könnte. Diese wurden jedoch damals noch als „réflexion tout à fait exploratoire" bezeichnet.[117] Dass diese „réflexions" zu einer Bußgelderhöhung führen würden, ließ sich aus den Angaben nicht entnehmen, aber gerade darauf ist abzustellen.[118]

Die Gemeinschaftsgerichte haben anders als noch vor Erlass der Leitlinien 1998 gerade keine Veränderung der Bußgeldpraxis der Kommission gefordert. Die Leitlinien wurden mehrfach ausdrücklich von ihnen bestätigt.[119] Dies wurde in der Literatur dahingehend interpretiert, dass wohl mit einem Bestand der Leitlinien zu rechnen sei.[120] Außerdem wurde weder das übliche öffentliche Konsultationsverfahren vor Veröffentlichung der neuen Leitlinien durchgeführt, noch war in den alten Leitlinien ein Hinweis auf eine mögliche Änderung[121] enthalten.[122]

Aus den aufgezeigten Entwicklungen kann allenfalls abgeleitet werden, dass man mittel- bis langfristig nicht zwingend auf den Fortbestand der Leitlinien vertrauen konnte.[123] Damit ist indes gerade nicht gesagt, dass Unternehmen *höhere* Bußgelder vorhersehen *mussten*. So wurde die Ankündigung vom 28.6.06, neue Leitlinien seien ausgearbeitet worden,[124] gerade von denjenigen, an die sich Unternehmen – nach der Rechtsprechung des EGMR – wenden sollen (Rechtsanwälte und Chefjustitiare großer Unternehmen), mit Erstaunen und großer Überraschung aufgenommen.[125]

Soweit ersichtlich kann also nicht davon ausgegangen werden, dass es Entwicklungslinien hin zu einem Regime höherer Bußgelder gab, die von den betroffenen Unter-

---

115 Siehe oben: V. 2. b).

116 Die folgende Darstellung erhebt nicht den Anspruch einer umfänglichen Prüfung, wie sie gerichtlich zu erfolgen hätte, zeigt aber auf, dass die Annahme der Vorhersehbarkeit bezüglich der Leitlinien 2006 nicht unproblematisch ist.

117 *Rocca*, Rede, S. 16. Abrufbar unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2003_004.fr.pdf.

118 EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 231.

119 Z. B. EuGH Rs. C-397/03 Slg. 2006, I-4429, Ls. 7. Die kritischen Anmerkung des GA *Tizzano*, SchlussA v. 8.7.04, Rs. C-189/02, Rn. 129, 133, zielten nicht auf ein strengeres Bußgeldsystem ab.

120 *Prieto*, The EU Commission's fines guidelines, Journal du droit international 2006, S. 669 (703).

121 Dies war z. B. bei der Kronzeugenregelung 2002 der Fall, vgl. Ziff. 28 KRZ 2002.

122 *Hirsbrunner/Schädle* (Fn. 96), S. 16.

123 So: *Flocken*, Die Bußgeldbemessung der Europäischen Kommission in Kartellsachen, Diss. Kiel 2005, S. 43.

124 Mitteilung: IP/06/857.

125 Vgl. z. B.: *Sünner* (Fn. 45), S. 8; *Soyez* (Fn. 16), S. 600; *Hirsbrunner/Schädle* (Fn. 96), S. 16.

nehmen – selbst unter Hinzuziehung rechtlichen Beistands – hätten vorhergesehen werden *müssen*.[126]

VI. Vereinbarkeit der Rückwirkung mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes – bei Anwendung der Kronzeugenregelung

Die Kronzeugenregelungen können per se zwar nicht gegen das strafrechtliche Rückwirkungsverbot verstoßen,[127] es scheint aber möglich, dass sie einen Verstoß der Leitlinien gegen den Vertrauensschutzgrundsatz bedingen. Ein Verstoß kommt in Betracht, wenn gerade ihre Anwendung das Vertrauen auf den Fortbestand der Rechtslage – hier einer bestimmten Berechnungsmethode – vermittelt.[128] Es gilt also zu klären, ob die Anwendung der Kronzeugenregelung beim „Kronzeugen" die berechtigte Erwartung weckt, die zu dem Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Regelung geltende Bußgeldberechnungsmethode werde angewandt. Bevor jedoch darauf eingegangen wird, soll vorab die Bindung der Instrumente an den Vertrauensschutzgrundsatz dargestellt werden.

1. Sind Leitlinien am Vertrauensschutzgrundsatz zu messen?

Grundsätzlich gebietet das Rechtsstaatsprinzip auch die Bindung von *acta sui generis* an rechtsstaatliche Grundsätze.[129] Kronzeugenregelungen und auch Leitlinien sind hoheitliche Akte, die eine gewisse Rechtswirkung entfalten. Sie binden die Verwaltung selbst und wecken so die berechtigte Erwartung, dass die Bußgelder gemäß diesen Instrumenten berechnet werden. Liegt eine solche Selbstbindung vor, ist auch eine Berufung auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes möglich.[130] Die Kronzeugenregelungen und Leitlinien sind also am Vertrauensschutzgrundsatz zu messen.

2. Ist die rückwirkende Anwendung der Leitlinien 2006 gegenüber Kronzeugen mit dem Vertrauensschutzgrundsatz vereinbar?

Der EuGH hat sich in seiner bereits zitierten Entscheidung im Fall *Dansk Rørindustri* auch mit dieser Frage beschäftigt und verneinte einen Verstoß gegen den

126 Zu diesem Ergebnis kommen auch: *Hirsbrunner/Schädle* (Fn. 96), S. 16.

127 Siehe oben: V.

128 Wird kein Vertrauen auf den Fortbestand geweckt, greift die anerkannte Rechtsprechung des EuGH, nach der nicht auf das Fortbestehen einer Situation vertraut werden darf, die durch Ermessensausübung eines Organs verändert werden kann. Die Kommission kann aufgrund des weiten Ermessens in Art. 23 II, III VO 1/03 die Berechnungspraxis nach ihrem Ermessen ändern, ohne gegen den Vertrauensschutzgrundsatz zu verstoßen.

129 *Oppermann* (Fn. 28), S. 176.

130 *Haibach* (Fn. 69), S. 459.

Vertrauensschutzgrundsatz. Wiederum sollen Argumentation und Übertragbarkeit der Entscheidung auf die heutige Lage kritisch betrachtet werden.

Heutzutage kann es nur um Fallgruppen bezüglich der Zusammenarbeit von Unternehmen auf Basis der Kronzeugenregelung 1996 und 2002 gehen.[131] Diejenige von 2006 spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Sie wurde *nach* den Leitlinien 2006 erlassen,[132] gilt also nur für Kronzeugen, die sich nach dem Erlass der Leitlinien 2006 gemeldet haben.

a) Zusammenarbeit i. R. d. Kronzeugenregelung

Die Entscheidung, ob ein Unternehmen mit der Kommission zusammenarbeitet und eine Kartellbeteiligung einräumt, wird auf einer Abwägung der Vor- und Nachteile einer Kooperation beruhen. Unternehmen werden sich regelmäßig dafür entscheiden, wenn diese sich mittel- oder unmittelbar wirtschaftlich „lohnt". Entscheidender Gesichtspunkt wird dabei sein, wie hoch die Geldbuße im Fall der Kooperation ausfällt. Dieser Abwägung liegen zwangsläufig die *im Moment* der Antragsstellung geltenden Bußgeldberechnungsmethoden zu Grunde. Fraglich ist, ob dies ausreichend für die Annahme eines berechtigten Vertrauens auf eine gewisse Bußgeldhöhe – bzw. deren Berechnungsmethode – ist.

Die Kronzeugenregelung von 1996 sah eine – je nach dem Wert der Hilfe – prozentuale Reduktion von der *berechneten* Geldbuße vor.[133] Durch die Novellierung der Regelung von 2002 wurde neben der Möglichkeit einer Ermäßigung ein Tatbestand für den vollständigen Erlass der Geldbuße festgeschrieben. Erlass wird demnach gewährt, wenn die Kooperation die Erstprüfung eines mutmaßlichen Wettbewerbsverstoßes erlaubt („Verrat" eines Kartells durch einen „whistle blower") oder dessen endgültige Feststellung; stellt die Kooperation nur einen Mehrwert bei der Ermittlung dar, wird die Geldbuße reduziert.

aa) Haltung des EuGH

Der EuGH hat 2005 ein durch die Kronzeugenregelung 1996 geschaffenes Vertrauen von Unternehmen, jedenfalls einen gewissen Prozentsatz der Geldbuße erlassen zu bekommen, anerkannt[134] und somit nur das Vertrauen bezüglich der prozentualen Reduktion, die in der Regelung 1996 vorgesehen war,[135] geschützt. Vertraut werden kann also nur auf den prozentualen Abzug von einer – gemäß den jeweils aktuellen Leitlinien – berechneten Geldbuße. Ein schützenswertes Vertrauen auf die Anwendung der Berechnungsmethode (und damit auf die Geldbußenhöhe) verneinte er.[136]

131 Diese Regelungen finden auf alle „Altfälle" Anwendung in denen die Zusammenarbeit vor Veröffentlichung der jeweiligen Nachfolger-Vorschrift erfolgte.

132 vgl. *Albrecht* (Fn. 16), S. 420.

133 *Ebd.*

134 EuGH Rs. C-189/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 188.

135 Siehe oben unter VI. 2. a).

136 *Ebd.*

Inwiefern diese Rechtsprechung auf die Kronzeugenregelung 2002 übertragbar ist, soll im Folgenden kurz geprüft werden.

bb) Die Kronzeugenregelung 2002

Die Regelung von 2002 führt erstmalig genaue Voraussetzungen ein, deren Erfüllung den vollen *Erlass* der Geldbuße zur Folge haben.[137] Diese absolute Anordnung muss zur Anwendung des Vertrauensschutzgrundsatzes führen. Einem Unternehmen, das die Bedingungen der Kronzeugenregelung 2002 für einen vollständigen Erlass erfüllt und sich (deswegen) als Kronzeuge zur Verfügung stellt, kann nicht nachträglich dieser Erlass aufgrund einer Änderung der Leitlinien zur Bußgeldberechnung verwehrt werden. Wird diese Erwartung nicht erfüllt, liegt darin aufgrund der Selbstbindung der Kommission an die Kronzeugenregelung ein Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes.

Was die *Ermäßigung* der Geldbuße angeht, so ist die Lage vergleichbar geblieben. Sie wird unter bestimmten Umständen sowohl von der Regelung von 1996 als auch derjenigen von 2002 gewährt. Die Haltung des EuGH ist in dieser Hinsicht übertragbar.

b) Fazit

Erfüllt ein Unternehmen die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass nach der Kronzeugenregelung von 2002 (insbesondere „whistle blower"), muss dieser Erlass auch nach Einführung der Leitlinien 2006 gewährt werden.

Anders liegt es, wenn Unternehmen einen Tatbestand erfüllen, der gemäß den Regelungen von 2002 bzw. 1996 nur zu einer Ermäßigung der Geldbuße führt. Der Hinweis auf den Abzug eines gewissen Prozentsatzes von einem berechneten Ausgangsbetrag kann in der Tat nicht vertrauensbegründend hinsichtlich der letztlich zu verhängenden Bußgeldhöhe wirken, wenn die Berechnung des Ausgangsbetrages jederzeit geändert werden kann. Aus der prozentualen Ermäßigung der Geldbuße lässt sich kein Hinweis auf eine bestimmte Berechnungsmethode bzw. Geldbußenhöhe entnehmen.

Die Anwendung der Leitlinien 2006 auch auf Unternehmen, die basierend auf den Kronzeugenregelungen 1996 oder 2002 kooperiert haben und den Tatbestand einer Bußgeldermäßigung erfüllen, verstößt demnach nicht gegen den Vertrauensschutzgrundsatz.

Allerdings gilt es, Folgendes zu beachten: Die Kooperation im Rahmen der Kronzeugenregelungen ist im Sinne der EG, da sie gerade der Aufdeckung schwerwiegender Wettbewerbsverstöße dient.[138] In diesem Sinne scheint es angezeigt, auch bezüglich der Unternehmen, denen eine Bußgeld*ermäßigung* zusteht, die Leitlinien anzuwenden, die Grundlage ihrer Entscheidung für eine Kooperation mit der Kommission waren, denn auch diese haben zur Aufdeckung eines Kartells beigetragen. Damit

137 Ziff. 8 ff.

138 *Bunte*, Kartellrecht 2. Auflage (2008), S. 238.

würde die Attraktivität der Regelung aus der Perspektive der Unternehmen deutlich gesteigert und die Rechtssicherheit in einen aus unternehmerischer Sicht immer noch unsicheren „bargaining process"[139] erhöht. Aus rechtspolitischen Gründen wäre es somit wünschenswert, wenn die Kommission die Leitlinien 2006 nicht auf solche Fälle rückwirkend anwandte.

VII. Zusammenfassung und Ausblick

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die rückwirkende Anwendung der Leitlinien 2006 wie sie in Ziffer 38 vorgesehen ist, problematisch ist. Jedenfalls ist ein Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes anzunehmen, sollten die Leitlinien 2006 regelmäßig zu Bußgeldern führen, die an die gesetzlich erlaubte Obergrenze des Art. 23 II VO 1/03 reichen.

Aber auch unabhängig davon kann eine Rückwirkung nicht ausnahmslos zugelassen werden. Der Ansatz des EuGH im Fall *Dansk Rørindustri* ist nicht auf die Rückwirkung der Leitlinien 2006 übertragbar und argumentativ nicht stimmig. Ebenso vermögen dessen Folgen – die rein nominelle Intensivierung des Rechtsschutzes – nicht zu überzeugen.

In dem Spannungsfeld zwischen der Schutzwürdigkeit der Unternehmen und dem Gebot der Funktionsfähigkeit der EG-Wettbewerbspolitik scheint es angezeigt, zwischen unternehmerischen Wettbewerbsverstößen, die die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbspolitik gefährden, und solchen, die dies nicht tun, zu unterscheiden. Kann eine solche Gefährdung nicht dargelegt werden, gebietet die Schutzwürdigkeit der Unternehmen, einen strengen Kontrollmaßstab bezüglich der Rechtmäßigkeit der Rückwirkung anzulegen.

Soweit ersichtlich *mussten* Unternehmen die bußgelderhöhenden Leitlinien 2006 nicht vorhersehen. Eine rückwirkende Anwendung ist m. E. dann nicht mit dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot vereinbar.

Der dargestellte Lösungsansatz enthält ein Plädoyer für eine „Sonderbegründung" der Rückwirkung, wie sie auch dem EuGH und der Literatur im Rahmen verbindlicher Rechtsnormen bekannt sind.[140] Kriterien, nach denen sich eine Einschränkung der Funktionsfähigkeit der Wettbewerbspolitik bemessen lässt, mögen schwierig zu definieren sein. Die Mühe um sie scheint dennoch angebracht, um den rechtsstaatlich gebotenen Interessenausgleich zu erreichen.

Grundsätzlich anders bewertet werden muss der Fall, dass die rückwirkende Anwendung der Leitlinien 2006 ausnahmsweise zu einem geringeren Bußgeld führen. Dann scheint es zweckmäßig, gemäß dem *lex mitior*-Grundsatz die geringere Strafe zu verhängen.[141]

---

139 *Nordlander* (Fn. 102), S. 580.

140 EuGH, Rs. 1/84 R, Slg. 1984, 423, Rn.19; *Heukels*, Intertemporales Gemeinschaftsrecht, Diss. Leiden 1990, S. 289 f.

141 Vgl. *Hirsbrunner/Schädle* (Fn. 96), S. 17 f.

Ergänzt werden muss noch, dass es aus rechtspolitischer Perspektive sinnvoll erscheint, auf eine Rückwirkung der Leitlinien 2006 im Fall der Kooperation nach der Kronzeugenregelung 2002 zu verzichten.

Die ersten Bußgeldverfahren unter dem Regime der neuen Leitlinien sind bereits abgeschlossen.[142] Da gegen Kartellentscheidungen der Kommission häufig Rechtsmittel gem. Art. 230 IV EGV eingelegt werden,[143] ist es wohl nur eine Frage der Zeit, bis der EuGH sich auch zur Frage der Rückwirkung der Leitlinien 2006 wird äußern müssen. Es bleibt insofern zu hoffen, dass die Gelegenheit genutzt wird, um einer differenzierenden Betrachtung den Vorzug zu geben.

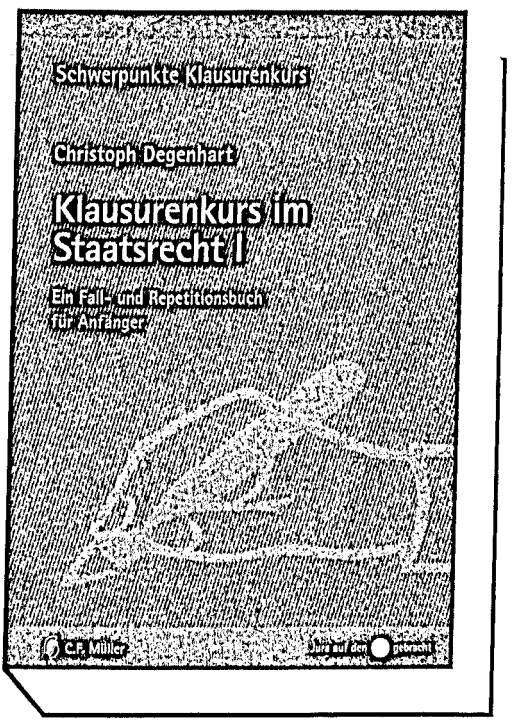
142 MEMO/08/433.

143 *Veljanovski* (Fn. 111), S. 512.

Fälle mustergültig lösen!

Die Reihe „Schwerpunkte Klausurenkurs"

- Einführung in die Technik des Klausurenschreibens
- Musterklausuren exemplarisch gelöst
- realistische Prüfungsanforderungen als Maßstab



Prof. Dr. Christoph Degenhart
Klausurenkurs im Staatsrecht I
Ein Fall- und Repetitionsbuch für Anfänger
2009. € 17,–

Prof. Dr. Christoph Degenhart
Klausurenkurs im Staatsrecht II
Mit Bezügen zum Europarecht. Ein Fall- und Repetitionsbuch für Examenskandidaten
5. Auflage 2009. Ca. € 20,–

Prof. Dr. Bodo Pieroth (Hrsg.)
Hausarbeit im Staatsrecht
Musterlösungen und Gestaltungsrichtlinien für das Grundstudium
2008. € 18,–

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

C.F. Müller Jura auf den gebracht

Jonas Steinle*

A selective comparison of the reforms on the British Limited and the German *GmbH* as a consequence of competitive constraints in the European Union

Abstract

Der Beitrag untersucht die kürzlich verabschiedeten Reformen im Gesellschaftsrecht der GmbH in Deutschland durch das MoMiG und der privaten limited company im Vereinigten Königreich durch den Companies Act 2006 vor dem Hintergrund eines zunehmenden regulatorischen Wettbewerbs im europäischen Gesellschaftsrecht. Dabei wird insbesondere der Prozess der Errichtung einer Gesellschaft in beiden Ländern gegenüber gestellt und das Erfordernis eines Mindestkapitals diskutiert. In einem letzten Schritt werden die gewonnenen Erkenntnisse mit der Entwicklung in den USA unter dem Stichwort „Delaware-Effekt" verglichen und es wird versucht einen Ausblick auf die zukünftige Entwicklung der Entwicklung des Gesellschaftsrechts in Europa zu geben.

* Der Autor ist Teilnehmer am LL.M.-Programm (International Commercial) der University of Aberdeen und war vorher Student der Ruprecht-Karls-Universität in Heidelberg. Der vorliegende Beitrag wurde im Rahmen des Kurses ‚Comparative & International Perspectives on Company Law' erstellt und wurde mit 19 von 20 möglichen Notenpunkten bewertet.

I. Introduction

The starting shot for a regulatory competition of company laws in Europe is fired through the jurisprudence of the *European Court of Justice*.[1] Nearly all the legislators in Europe have realised reform projects on company law. This enables a first evaluation of how European legislators are reacting on the fact that from now on they compete with each other with regard to company law. The objects of comparison in the following are Germany and the United Kingdom. Here, a selective comparison is drawn on two countries which each base on conceptually very different legal traditions and which have both recently passed significant reforms in their company laws. Exemplary, the two very controversial issues of the incorporating procedure of a company and the initial capital requirement are examined. Finally a comparison is drawn with the "Delaware effect" in the US in order to give an evaluation of the actual development in international company law in Europe.

II. Regulatory competition of company laws in Europe

There are different approaches within Europe to determine the law that governs a company. Under the *real seat theory*[2] the company is under governed by the law of the state in which it has its effective centre of administration.[3] The countries[4] that follow the *real seat theory* allow their companies to be established only in the country of its effective administration.[5] Under the *theory of foundation*[6] the regime of the country where the company was formed applies.[7] This theory allows – some say even encourages[8] – the promoters to select the applicable law for their company.[9]

---

1 ECJ Case C-212/97 of 9 March 1999, *Centros*, ECR 1999, I-1459; ECJ Case C-208/00 of 5 November 2002, *Überseering*, ECR 2000, I-9919; ECJ Case C-167/01 of 30 September 2003, *Inspire Art*, ECR 2003, I-10155.

2 There is no uniform translation in English. Alternatively it is referred to the 'theory of domicile' or the French term *'siège reel'* or the German term *'Sitztheorie'*, *Patrick Ryan*, 'Will there ever be a "Delaware of Europe?"' [2004] Columbia Journal of European Law, 187, 188, Footnote 9.

3 *Patrick Ryan*, 'Will there ever be a "Delaware of Europe?"' [2004] Columbia Journal of European Law, 187, 188.

4 Germany, Belgium, France, Luxembourg, Austria, Portugal and Italy. See exemplary the decision of the *Bundesgerichtshof (BGH)* [Federal High Court of Justice] [1981] Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 522, 525.

5 *Torsten Koller*, 'The English limited company – ready to invade Germany?' [2004] International Company and Commercial Law Review, 334, 334.

6 The important representative of this theory is the United Kingdom; *Koller*, n 6, 334.

7 *Koller*, *supra* n 6, 334; *Paul Omar*, 'Centros revisted: assessing the impact on corporate organisation in Europe', [2000] International Company and Commercial Law Review (ICCLR), 407, 407.

8 *Ryan*, *supra* n 3, 190.

9 *Koller*, *supra* n 6, 334.

With regard to this inconsistency the judgments *Centros,*[10] Überseering[11] and *Inspire Art*[12] have been milestones for European company law. In these decisions the *ECJ* established the right of a company that was validly incorporated in its European home state to register a branch in another Member State where it wants to pursue business.[13] Furthermore a company must not be denied legal capacity in another Member State.[14] Lastly there must be no legislation that makes requirements for companies that go further than those in their home state.[15] The breakthrough of these decisions is that one may set up a company in the Member State that offers the most favorable conditions and then pursue (even exclusively) business in another state by setting up a branch and the company must be registered and legally acknowledged without any further requirements by that state.[16] This jurisprudence has therefore set the Member States in a regulatory competition with regard to company law.[17]

III. Selective comparison of the *British Ltd.* and the German *GmbH*

Two company forms that heavily compete with each other are the *British private limited company (British Ltd.)* and the corresponding company structure in Germany, the *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).* In Germany the *British Ltd.* was praised as the new "silver bullet".[18] Consulting firms offer complete service packages for incorporations of a *British Ltd.* in the United Kingdom because the *British Ltd.* is said to be more advantageous in certain respects.[19] These activities did not remain without consequences. The number of *Centros*-like limited liability companies that are incorporated in the United Kingdom has dramatically increased in the last few years, the majority of "foreign" incorporations is carried out by German entrepreneurs.[20] In 2006, 93 % of the companies could be matched to an "address

10 ECJ Case *Centros, supra* n 2.
11 ECJ Case *Überseering, supra* n 2.
12 ECJ Case *Inspire Art, supra* n 2.
13 ECJ Case *Centros, supra* n 2.
14 ECJ Case *Überseering, supra* n 2.
15 ECJ Case *Inspire Art, supra* n 2.
16 *Ryan, supra* n 3, 190.
17 *Christoph Jaehne/Johan Henning*, 'The European Court of Justice and the future of the German private company (Gesellschaft mit beschränkter Haftung)' [2007] Company Lawyer, 33, 33.
18 *Andreas Heidinger*, 'Der Kapitalschutz der GmbH auf dem Prüfstand' [2005] Deutsche Notar-Zeitschrift (DnotZ), 97, 99.
19 See Table 9, *Marco Becht/Colin Mayer/Hannes Wagner*, 'Where do firms incorporate? Deregulation and the cost of entry' [2008] Journal of Corporate Finance, 241, 255.
20 The number of estimations goes from 4000 to 30 000 and is finally unclear, *Ulrich Seibert*, 'Close Corporations – Reforming Private Company Law: European and International Perspectives' [2007] European Business Law Review (EBOR), 83, 85; For an overview see Table 3, *Becht/Mayer/Wagner, supra* n 20, 248.

cluster" which is used by a certain number of different firms and therefore constitutes an indication for a "pseudo-foreign" incorporation.[21]

These figures suggest that by comparing the *British Ltd.* and the *GmbH* one examines two very different conceptual company forms which each represent either the rather liberal common law jurisdiction or respectively the stricter civil law jurisdiction.[22] Both jurisdictions have recently passed profound changes in their company law: The so called MoMiG[23] in Germany and the Companies Act 2006[24] in the United Kingdom. The aim in both countries was to increase the attractiveness of the company law by facilitating and rendering more effective the legal framework for companies.[25] The German reform can be said to be strongly influenced by the increasing number of "German Ltds."[26] Because of the conceptual difference of the *British Ltd.* and the *GmbH* the basis for a comparison is broad. However the following comparison is limited to the two aspects that show the greatest differences and are the most controversial issues in the current discussion: the incorporation procedure and the (absence of a) minimum capital requirement.

1. Incorporation Procedure

The requirements for the incorporation of a company may seem not to be the decisive part of a company law. However the speed and the costs of incorporation are proved to have a tremendous influence on the decision of entrepreneurs in which country to incorporate.[27] First of all there is a convergence of the United Kingdom law to the German approach which provides only one constitutional document (Satzung). The traditional "two-document" approach with the articles of asso-

21 See Table 8, *Becht/Mayer/Wagner, supra* n 20, 254.

22 *Horst Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht 2004, 3. Teil [part], Randnummer [paragraph] 2.

23 The Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) [Act to Modernise the Law Governing Private Limited Companies and to Combat Abuses] has come into force on 1st November 2008.

24 The Companies Act 2006 received the Royal Assent on the 8th November 2006 and is the most extensive revision of company law, cf. *Lean Sealy/Sarah Worthing*, Cases and Materials in Company Law (8th Edition, OUP, Oxford 2008), 4. Since October 2008 every provision of the Companies Act 2006 is in force.

25 Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) [Researcher's draft of the Act to Modernise the Law Governing Private Limited Companies and to Combat Abuses], 33; Sealy/Worthing, *supra* n 25, p. 4.

26 The governmental draft sets out explicitly the aim to face the "increasing regulatory competition" after the jurisdiction of the *European Court of Justice*, Regierungsentwurf zum MoMiG [governmental draft for the federal council] Drucksache 354/07, 25.05.2007, p. 56; *Volker Triebel/Sabine Otte*, '20 Vorschläge für eine GmbH-Reform: Welche Lektion kann der deutsche Gesetzgeber vom englischen lernen?' [2006] Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 311.

27 *Becht/Mayer/Wagner, supra* n 20, 242; *Christoph Teichmann*, 'Reform des Gläbigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht' [2006] Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2444, 2449.

ciation[28] and the memorandum of association[29] has been changed under the Companies Act 2006 to a "one-document" constitution.[30]

In the United Kingdom the necessary forms can be agreed on in written form and sent by email[31] to the Companies House in Cardiff. In Germany as a basic principle the articles of association (Satzung) must be agreed on by means of a notarization.[32] However, pursuing the objective of simplification and lowering the costs for incorporation,[33] in the reform bill MoMiG a simplified procedure has been created.[34] To benefit from this facilitation the provided model articles (Musterprotokoll) must be used which permit only a maximum of three shareholders and one director and which do not permit any variant clauses.[35] Above all, even in the simplified procedure the signatories to the model articles must at least be verified by a notary public.[36]

The involvement of a notary public is one of the reasons why the incorporation process in Germany is, with approximately €300 for the whole registration process,[37] more expensive than it is in the United Kingdom. There the fees for the registration are £20 or alternatively £50 for the registration on the same day.[38]

With regard to the speed of incorporation Germany cannot keep up with the United Kingdom. If all the documentation is in order and the additional fee is paid, Companies House issues a certificate of incorporation and the company comes into existence on the same day at midnight.[39] In Germany it takes regularly three or four weeks from the draft of the articles with the notary public to the registration in the commercial register.[40]

---

28 The articles of association are the constitution of the company; sect. 17 Companies Act 2006.

29 The memorandum of association is evidence of the subscribers to the memorandum to set up a company; sect. 7, para. 1 (a) and sect. 8 Companies Act 2006.

30 *Jessica Schmidt*, 'The New Unternehmergesellschaft (Entrepreneurial Company) and the Limited – A Comparison' Vol. 09 No. 09 [2008] German Law Journal, 1093, 1098.

31 Sealy/Worthing, *supra* n 25, p. 22, Footnote 24; *Nicolas Grier*, Company Law (2nd Edition, Thomson W. Green, Edinburgh 2005), p. 42.

32 Sect. 2 para. 1 sentence 1 GmbHG [German Limited Liability Companies Act].

33 *Jürgen Breitenstein/Bernhard Meyding*, 'Der Regierungsentwurf zum MoMiG: Die Deregulierung des GmbH-Rechts schreitet voran.' [2007] Betriebs-Berater (BB), 1457, 1457.

34 Sect. 2, para. 1a GmbHG [German Limited Liability Companies Act].

35 Sect. 2, para. 1a GmbHG [German Limited Liability Companies Act].

36 *Michael Beurskens/Ulrich Noack*, 'The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st century?' [2008] German Law Journal, 1069, 1074; *Robert Freitag/Markus Riemenschneider*, 'Die Unternehmergesellschaft – "GmbH light" als Konkurrenz für die Limited?' [2007] Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 1485, 1487.

37 In a simple case; *Beurskens/Noack*, *supra* n 37, 1075.

38 See website of the Companies House: http://www.companieshouse.gov.uk/infoAndGuide/companyRegistration.shtml (last accessed on 23.03.2009).

39 *Nicolas Grier*, Company Law (2nd Edition, Thomson W. Green, Edinburgh 2005), p. 42 et seq.

40 *Volker Römermann*, 'Die Limited in Deutschland – eine Alternative zur GmbH?' [2006] Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2065, 2066; Peter Kindler, 'Examensrelevante Aspekte der GmbH-Reform 2008 (MoMiG)' [2008] Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), 578, 580.

A significant difference during the incorporation procedure is payment of the shares. A *GmbH* may not be registered in the commercial register until half of the shares for the minimum capital have been paid up – alternatively in cash or non-cash.[41] In the United Kingdom a company may be registered although none of the shares have been paid up by then.[42] Furthermore for the *British Ltd.* shares can even be performed by providing a service.[43]

To summarise shortly the incorporation process by comparison: The incorporation of a *British Ltd.* is faster, cheaper and requires less formalities. Although Germany has made some considerable efforts to accelerate the duration of the incorporation and the costs for small businesses,[44] the United Kingdom remains more attractive for company incorporations. This may be owed to a different target group. The United Kingdom apparently wants to attract foremost standard incorporations of small businesses with a "Think-small-first" approach.[45] However, by comparing the mere figures one must also take into consideration that most of these differences are qualified in practice. So does the 'standard' promoter of an enterprise hardly have the need to incorporate within 24 hours as this is only one part of a longer planning process.[46] The business of the *GmbH* may even be started after the notarization in a company prior to registration (Vorgründungsgesellschaft), which certainly has not already limited liability.[47] Finally for German entrepreneurs the costs to set up and maintain a *British Ltd.* are at best equal and require additional effort with translations for the Companies House and another system of drawing up a balance sheet and the registration in the commercial register of the branch.[48]

---

41 Sect. 7, para. 2 GmbHG [German Limited Liability Companies Act]. For the Unternehmergesellschaft (supra) the shares must be fully paid up in cash, sect. 5a, para. 2 GmbHG [German Limited Liability Companies Act].

42 Sect. 586 of the Companies Act 2006 applies only to public companies, *argumentum e contrario.*

43 Sect. 585 of the Companies Act 2006, argumentum e contrario.

44 Such as e. g. the abolishment of the review of public licenses before the registration in the commercial register, sect. 8 para. 1 No. 6 GmbHG [German Limited Liability Companies Act]. In 2007 there has already been introduced the electronic commercial register to accelerate the register process, Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) [Act on electronic registers of trade and co-operative societies and the company registers], Bundesgesetzblatt (BGBl.) [federal law gazette] I 2006, 2553.

45 *Schmidt*, *supra* n 31, 1094.

46 *Römermann*, *supra* n 41, 2066.

47 Sect. 11, para. 2 GmbHG [German Limited Liability Companies Act].

48 The employment of a service provider and the running of a registered office in Great Britain requires cost of approximately € 260 plus annual fees of a similar amount; *Beurskens/Noack*, *supra* n 37, 1075; Seeing the British Ltd. at a disadvantage, *Wolfgang Zöllner*, 'Konkurrenz für inländische Kapitalgesellschaften durch ausländische Rechtsträger, insbesondere durch die englische Private Limited Company' [2006] GmbH-Rundschau (GmbHR), 1, 4.

2. Share capital

A significant difference between the *GmbH* and the *British Ltd.* is the amount of share capital that is necessary for the formation and the pursuance of a limited company. For the *British Ltd.* there is no minimum capital requirement.[49] For the *GmbH* the threshold of € 25.000 even after the MoMiG has not been removed.[50] Clearly this is said to be an obstacle for small business to incorporate as a *GmbH*. However, the system of a minimum capital follows the basic idea that once the minimum capital is deposited, both the creditors of the company and the shareholders are protected either way.[51] This fact is in itself desirable. The debate is merely about whether minimum capital is the best measure to achieve such a protection. There are different reasons to justify the "burden" of a minimal capital and they differ in their target course.

a) Sociopolitical argument

As a first argument, the minimum capital is seen as a substitute for the lack of personal liability.[52] The premise of this idea is that as a basic principle, businessmen bear personal responsibility for their commercial liabilities and limited liability is a 'privilege' that has to be bought.[53] Accordingly the situation shall be prevented, that businessmen collect the profits of their enterprise but do not bear any potential costs which then must be taken by the collectivity of creditors.[54] The minimum capital function as an "entry ticket" is that, once it is paid, it at least secures a minimal contribution by the shareholder.[55] This is supposed to prevent excessive risk taking from the beginning on, similar to the compulsory contribution in the case of indemnity insurance.[56] Clearly the establishment of such a minimal contribution is a discretional

---

49 *Triebel/Otte*, *supra* n 27, 311.

50 Although the governmental draft of the MoMiG still opted for an amount of € 10 000, for conver c.f. Regierungsentwurf zum MoMiG [governmental draft for the federal council] Drucksache 354/07, 25.05.2007, p. 2.

51 This bases on the assumption that once the minimum capital is paid, it cannot disbursed any more to the shareholders, for confer c.f. sect. 30 para. 1 sentence 1 GmbHG [German Limited Liability Companies Act].

52 *Alexander Daehnert*, 'The minimum capital requirement – an anachronism under conservation: Part 1' [2009] Company Lawyer, 3, 8.

53 "For the privilege of the absence of personal liability, if one chooses the legal form of the *GmbH*, one has to pay the "price" that is provided by the statutes in form of to deposit and maintenance of a minimum capital and the public disclosure of the commercial register." [translated] Decision of the Federal High Court of Justice *(BGH)* of 27.09.1997, [1999] Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 3483, 3487.

54 *Tim Drygala*, 'Stammkapital heute – Zum veränderten Verständnis vom System des festen Kapitals und seinen Konsequenzen' [2006] Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR), 587, 595 et seq.

55 *Detlef Kleindiek*, 'Auf dem Weg zur Reform des GmbH-Rechts – Die Initiative zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH (MindestkapG)' [2005] Deutsches Steuerrecht (DStR), 1366, 1369.

56 *Drygala*, *supra* n 55, 596.

legislative decision.[57] In Germany limited liability is understood as a mechanism of redistribution of loss between shareholders and creditors.[58] Of course such a protection may only target voluntary creditors in a weak position or involuntary creditors and of course it cannot be expected that the minimum capital serves as an insurance covering the entire economic risk of an enterprise.

b) Creditor protection arguments

One of the key points in the discussion about a minimum capital is the protection of the creditor's interests. Sometimes the enhancement of the attractiveness of a company law form is seen as being totally opposed to the protection of creditors.[59] The interests of shareholders and creditors in any case sometimes run in different directions. That is why different situations must be considered with regard to creditor protection.

aa) Common interests in normal business times

During normal business times both, shareholders and creditors have a common interest which is their belief in the success of the undertaking they are taking part in and from which they benefit either way.[60] In these times, the self-interest of the shareholders in a successful business, the duty of care and the duty of loyalty as a means of indirect creditor protection may be sufficient as protection for creditors.[61] Minimum capital is by that time rather exposed to criticism as it is difficult to determine the exact amount that is necessary for creditor satisfaction which then lacks economic efficiency.[62]

bb) Start-up phase of the business

During the start-up phase of a limited liability company, things lie slightly different. It is a crucial difference to start a company overnight and to solve the problem where the money for that company comes from the next day or if one has to come up with a considerable amount of money first because this necessarily means that the entrepreneur has a serious business plan and is convinced of the own idea. This is what often

---

57 *Daehnert*, *supra* n 53, 8; However the argument of *Daehnert* that the existence of the registered association in German company law, where no minimum capital is required but limited liability is granted, is not an argument that there are both solutions in German company law. The registered association for economic purposes under sect. 22 of the BGB [Civil code] a subsidiary company form and is given only in very exceptional circumstances the necessary permission of the state to protect the ordinary company forms, *Ulrich Eisenhardt*, Gesellschaftsrecht (11. Auflage, C. H. Beck, München 2003), p. 72.

58 *Teichmann*, *supra* n 20, 2444.

59 *Eidenmüller* doubts that this is the case for the *GmbH*, Eidenmüller, 'Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen' [2007] Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR), 168, 179.

60 *Daehnert*, *supra* n 53, 9.

61 *Teichmann*, *supra* n 20, 2446.

62 *Eidenmüller*, *supra* n 20, 184; *Teichmann*, *supra* n 20, 2445.

is referred to as a 'seriousness threshold' with the aim to have only respectable businesses on the market.[63] This is economically meaningful as it restrains improvident entrepreneurs from the market which generally represent a higher risk for the creditors.[64] However, minimum capital is said to produce opportunity costs as there may be ideas for prospering businesses but the promoters cannot afford the minimum capital.[65] It is therefore very difficult to find an appropriate level for all business that combines the positive effects of the minimum capital requirement without excluding good business concepts from the market because of an initial lack of capital equipment.

Another aspect that has to be taken into account in the start-up process is the fact that in most of the cases it is simply not possible to start a business without any seed capital.[66] One of the functions of minimum capital is also to provide start-ups with capital for initial investments and particularly to keep the capital of the company and the private capital of the shareholders separated.[67] The fact that without such a minimum capital, the actors in small businesses must frequently assume personal liability[68] blurs the boundaries between personal and limited liability. It cannot be the intention of the legislator to achieve sufficient creditor protection of a limited liability company through personal liability of the shareholders and directors, as this is contrary to the concept of limited liability as a whole.[69]

The argument of the 'seriousness threshold' is not convincing. Although there are positive effects of such a threshold, the price to pay in form of unrealized profitable businesses that are excluded from the market is too high. With regard to the initial investments there is the serious concern that without a minimum capital a blurring of personal and corporate liability takes place. However it has to be acknowledged that the differences with regard to the need for capital today are much wider than they were at the time of the creation of the *GmbH* in 1892 where there was almost no services sector and nearly exclusively capital intensive producing industry. The differentiation in capital requirements for companies and with it the adequate level of a minimum capital requirement therefore remains a serious concern.

---

63 *Daehnert*, *supra* n 53, 8; *Eidenmüller*, *supra* n 60, 184.

64 *Ulrich Haas*, 'Mindestkapital und Gläubiterschutz in der GmbH' [2006] Deutsches Steuerrecht (DStR), 993, 993; Pointing out the potential warning function: *Drygala*, *supra* n 55, 590; However minimum capital is unlikely to restrain dubious entrepreneurs from the marktet, *Teichmann*, *supra* n 20, 2446.

65 *Eidenmüller*, *supra* n 60, 183.

66 After No. 5 of the model contract which is provided by the MoMiG ([2008] Bundesgesetzblatt [federal law gazette], I p. 2044) the company bears the expenses of the incorporation procedure up to a maximum of € 300 or alternatively the entire share capital. A company with a share capital of € 1 runs from the beginning on the risk to go insolvent or the directors face personal liability if they do not file for bankruptcy.

67 *Drygala*, *supra* n 55, 589.

68 *Daehnert*, *supra* n 53, 10.

69 *Lorenz Fastrich*, 'Optimierung des Gläubigerschutzes bei der GmbH – Praktikabilität und Effizienz' [2006] Deutsches Steuerrecht (DStR), 656, 656.

cc) Distribution of corporate property to shareholders

A situation where shareholders and creditors have opposing interests is the distribution of corporate property to the shareholders. Under German law before the MoMiG, the minimum capital was seen as an absolute barrier for distributions if they would lower the company's assets below the minimum capital threshold (fix capital-based distribution).[70] This rule has now been relaxed significantly under the MoMiG-reform by allowing distributions against a valid counterclaim of the company which is a point of view that is geared to the balance sheet rather than the fix threshold of the minimum capital (balance sheet based distribution).[71] Contrary, in the German public company (Aktiengesellschaft) only the balance sheet profit of each business year can be distributed to the shareholders, which is a strict success-based distribution.[72] In the United Kingdom Companies Act 2006 the rules are the strictest as distributions here can be made only out of the accumulated surpluses over the years up-to-date which means, that distributions can only be paid if they are justified by the picture of the company as a whole.[73]

Hence there is an inverse ratio with regard to the distribution rules: In the *GmbH*, once one has arranged the minimum capital one can distribute the additional capital nearly at discretion. In contrast the United Kingdom balances the absence of a minimum capital with very rigid distribution rules. Here the *GmbH* has an advantage because it allows far more flexibility once the initial "burden" is cleared.

As a potential compromise, there is the so-called 'solvency test'. This requires the directors of the company to make a declaration, that after a potential distribution the company will still be solvent.[74] Most of the states in the U.S. take this approach.[75]

dd) Crisis of the company, insolvency

A last important situation with regard to the benefit of minimum capital for creditor protection is the crisis of a company. Again here shareholders and creditors have opposing interests: shareholders have nothing to lose any more as in times of a crisis no distributions will be made but the creditors can stand to lose a great deal of their money.[76] Supporters of the fix capital system argue that a minimum capital is at least a buffer against the risk of insolvency.[77] This is convincing insofar, as the more shareholder

70 Sect. 30 para. 1 of the former GmbHG [German Limited Liability Companies Act]; *Beurskens/Noack*, *supra* n 37, 1086.

71 The governmental statement expressively allows the switch of active positions on the balance sheet; Regierungsentwurf zum MoMiG [governmental draft for the federal council] Drucksache 354/07, 25.05.2007, p. 93 *et seq.*

72 Sect. 57 para. 3 *AktG*; The balance sheet profit is the maximum amount that can be distributed to the shareholders, *Bayer*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (3rd Edition, Munich 2008), sect. 57, para. 131.

73 Sect. 830 para. 1 and para. 2 of the Companies Act 2006; *Sealy/Worthing*, *supra* n 25, p. 416.

74 *Teichmann*, *supra* n 20, 2447.

75 *Beurskens/Noack*, *supra* n 37, 1080; *Eidenmüller*, *supra* n 60, 182.

76 *Teichmann*, *supra* n 20, 2447.

77 *Drygala*, *supra* n 55, 591; *Daehnert*, *supra* n 53, 5.

funds a company once had, the less likely the risk of insolvency. However this view is rooted in the first episode of the *GmbH* when the minimum capital was considerably higher.[78] The tendency in these days goes however in the other direction: versus the lowering or abolishment of the minimum capital.[79] It must be clarified that a company may still have a future prospect, even if it lost its shareholder's funds or never had some.[80] Therefore the minimum capital can be at best a first security mechanism with regard to insolvency, particularly if one acknowledges the fact that in these days it is far more common that companies are financed to a large extent with external capital.[81]

As a second security mechanism there are compulsory rules for the suspension of the business if the positive prospect for the company is gone. English law provides for this case the matter of 'wrongful trading'.[82] Under 'wrongful trading' the management or even a 'shadow director'[83] of a company can be held liable when previously to the winding-up of a company payments were made out of the company's assets and he knew or ought to have known that there was no reasonable prospect to continue the business.[84] This rule has a very wide scope[85] and comes in even before the winding-up proceedings have been initiated. It applies however exactly at the point where the business should be stopped in order to protect the creditors.[86] Before the MoMiG, a similar liability base existed in German law with the significant difference, that the 'German wrongful trading' interfered not before the point when insolvency or excessive indebtedness was established.[87] This has now been changed and the management under German law must now, similar to 'wrongful trading', refrain from payments that will definitely lead to the insolvency of the company.[88] The reason

78 After the creation of the *GmbH* in 1892 the minimum capital was 20 000 Marks. At that time this was enough to pay the wages of 10 teachers for an entire year; *Daehnert*, *supra* n 53, 5.

79 Study of the World Bank, 'Doing Business 2009', p. 13, accessible at: http://www.doingbusiness.org/Documents/FullReport/2009/DB_2009_English.pdf (last accessed on 13.03.2009).

80 *Drygala*, *supra* n 55, 594.

81 *Daehnert*, *supra* n 53, 6.

82 Sect. 214 Insolvency Act 1986; The liability out of 'fraudulent trading' is much less often used as this requires dishonesty and not only negligence; *Loose/Griffiths/Impey*, The Company Director: Powers, Duties and Liabilites (10th Edition, Jordans, Bristol 2008), 325 et seq.

83 A shadow director is "a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are aacustomed to act"; *Micheler/Prentice*, Joint Ventures in English and German law (Hart Publishing, Oxford 2000), 178; sect. 251 Insolvency Act 1986.

84 *Keenan/Smith*, Smith & Keenan's company law with Scottish supplement (13th Edition, Pearson/Longman, Harlow 2005), 389; *Janet Dine*, Company Law (5th Edition, Palgrave Macmillan, Basingstoke 2005), 327.

85 *Sealy/Worthing*, *supra* n 25, p. 665.

86 *Teichmann*, *supra* n 20, 2447.

87 The old liability was taken from sect. 64 para. 2 GmbHG [German Limited Liability Companies Act] in combination with sect. 823 para. 2 BGB [German Civil Code]; Schulze-Osterloh, GmbH-Gesetz 2006, sect. 64, para. 80.

88 Under the MoMiG the duty to file for bankruptcy has been removed from the GmbHG [German Limited Liability Companies Act] and is now to be found in sect. 15a para. 1 of the

why the interference of the 'German wrongful trading' has been moved forward in time is to bridge the gap that has been created with the more liberal capital maintaining system.[89]

It is undeniable that a company that once had a financial cushion as a start is less likely to go insolvent because of marginal and preliminary losses. An initial capital stock may even prolong a company's life in a starting phase. However minimum capital offers no protection in cases where constant losses have wasted it. The function of minimum capital can by no means be compared to the one it had at the first years of the *GmbH*. It is therefore strongly questionable whether the minimum capital for private limited liability companies on the level it exists today, can justify itself against the existing and severe disadvantages.

c) The creation of the *'Unternehmergesellschaft'* in the MoMiG

The German reform bill MoMiG has broken new grounds with regard to the minimum capital requirement of private limited liability companies. Although a lowering of the minimum capital requirement has been part of the reform until the very end,[90] the legislator finally decided to maintain the minimum capital requirement and the fixed capital system.[91] The way into limited liability with private companies has been facilitated through a new sub-company form, the *Unternehmergesellschaft*, which only requires a minimum capital of one Euro.[92] However the legislator imposed some additional duties on the *Unternehmergesellschaft*.[93] Such an *Unternehmergesellschaft* must set up a reserve equal to one quarter of the balance sheet profit of the actual year in order to increase its capital to the amount of € 25000.[94] Once this is achieved the *Unternehmergesellschaft* may be transformed into an adequate *GmbH* and can dispose freely of its annual profits.

The German legislator shows an interest in limiting the entrants in the market to those who have reasonable concepts and to maintain the minimum capital requirement. The criticism that good business plans cannot be realized because of a lack of

---

Insolvenzordnung [Insolvency Code]; Furthermore there has been introduced a sentence in sect. 64 of the GmbHG [German Limited Liability Companies Act] which contains the quoted obligation, sect. 64 sentence 3 of the GmbHG [German Limited Liability Companies Act].

89 *Wicke*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 2008, sect. 64, para. 1.

90 Regierungsentwurf zum MoMiG [governmental draft for the federal council] Drucksache 354/07, 25.05.2007, p. 2

91 The minimum capital of € 25 000 was not reduced, sect. 5, para. 1 GmbHG [German Limited Liability Companies Act].

92 Sect. 5a GmbHG [German Limited Liability Companies Act].

93 Such as the duty to pay up fully the share capital in cash before registration, sect. 5a, para. 2, sentence 1 GmbHG [German Limited Liability Companies Act].

94 Sect. 5a, para. 3 GmbHG [German Limited Liability Companies Act]; The balance sheet profit is to be established according to the rules of the Handelsgesetzbuch (HGB) [Commercial Code] (sect. 242, 264 *HGB*) and may be reduced with the deficit of the previous year.

capital has died away because of the creation of the *Unternehmergesellschaft*. However the legislator regarded the *Unternehmergesellschaft* as an "interim solution".[95] The intention with the creation of a sub-company form was rather to wipe out the key argument of those who criticized the *GmbH* in the past quite heavily. The *Unternehmergesellschaft* is an innovative concept that adjusts the approved company form of the *GmbH* to altered conditions in the market. The fact that it was created by the German legislator is owed to competitive pressure – particularly through the *British Ltd.* – which is a result of the changes in conditions in international company law after the jurisprudence of the *European Court of Justice*.[96] The *Unternehmergesellschaft* adopts quite a few advantages of the *British Ltd.*, although leaving out the disadvantages that comes with translations, a registered office and different requirements for the balance sheet.

d) Evaluation

The minimum capital requirement is the crucial issue with regard to the 'competition' between *GmbH* and *British Ltd.* The absence of this requirement in the United Kingdom has undoubtedly enormous attraction and the "Think-small-first" campaign is quite successful. However the *British Ltd.* leaves two aspects unsolved: The first is a clear limited liability for shareholders and directors. This is achieved in the *GmbH* through a system that may seem at first glance old fashioned and inefficient, but still offers clear and reliable separation of private and business affairs, at least for the bigger part of the cases. The second issue is the protection of unsecured contract-creditors and tort-creditors. With regard to this creditor group the prior and most efficient mechanism of self protection fails. The commendation of the *GmbH* is despite some weaknesses a successful balance between limited liability and creditor protection.

3. Statement

In the United Kingdom it is very simple, cheap and quick to set-up a company. The German legislator made some significant improvements to catch up but is still far from matching the *British Ltd.* in this regard. The same applies to the minimum capital and the German legislator did not do more than what was necessary to meet competitive pressure. However what we see in Germany is that reforms are made with great care and all efforts are made not to abandon the core values of the *GmbH* which has offered reliable standards for a considerable period of time. The assumption that the German legislator only partially accepts the competitive constraints is therefore not remote. In German literature there even is the theory that Germany will concentrate on the "high quality segment", as it cannot match to compete with regard to simple incorporations because this market share is already occupied by the

95 *Schmidt*, *supra* n 31, 1095.
96 *Teichmann*, *supra* n 20, 2445.

United Kingdom. The decision to finally remain the minimum capital requirement was also made because the existing *GmbHs* feared a loss of reputation.

IV. *Recent development in other European countries (France, Spain)*

France has made considerable efforts to accelerate the creation of companies. Since July 1998 it is possible to set up a company within 24 hours and since April 2007 the creation of a company by means of the internet has been enabled.[97] France had originally a minimum capital for the limited liability companies *(Société à Responsabilité limitée)* of 20 000 Francs (approximately € 3050) which was at first increased in 1984 to 50 000 F (approximately 7500 €) before it was reduced to € 1 since 1 August 2003.[98] Spain has also created a sub-form *(Sociedad Limitada Nueva Empresa)* to the traditional limited liability company *(Sociedad de Responsabilidad Limitada)* which can be created in 48 hours with a capital of € 3012.[99]

V. Comparison of the regulatory competition in Europe and in the US

It has been seen, that the regulatory competition of company laws in Europe has triggered some tremendous changes. This process is far from being finished. Often the situation in Europe is compared to the situation in the US where such a regulatory competition has begun much earlier and where there is now one "winner"-state which is Delaware. One may therefore assume that Europe will make a similar development.

1. Situation in the US – the "Delaware effect"

In the US, company law is a matter of the states' governments as a result of which there are appreciable differences in the company law of the different states.[100] Corporations are free to choose where they want to incorporate or also to re-incorporate[101]

97 *Merle*, Droit commercial – Sociétés commerciales (12th Edition, Dalloz, Paris 2008), 87.

98 Art. 223-2 Code de commerce [Commercial code]; *Merle*, Droit commercial – Sociétés commerciales (12th Edition, Dalloz, Paris 2008), 203 *et seq.*

99 *Eidenmüller, supra* n 60, 180.

100 *McCahery/Vermeulen*, 'Does the European Company Prevent the 'Delaware Effect'?' [2005] 785, 789; *Bebchuk*, 'Federalism and the corporation: the desirable limits on state competition in corporate law' [1992] Harvard Law Review, 1435, 1438.

101 Although a change of the corporate domicile in a direct way is not possible in the US, it is a common practice to allow the change of corporate domicile nevertheless if a new company in the "target" state is founded and the other company merges into that company; *Siems,*

and the basic affairs of the company and its participants are governed by the chosen law even if there is no connection with that state at all, hence a system that follows purely the *theory of foundation*.[102] These conditions enabled a vital regulatory competition between the states which can be said to be finished since the 1920s.[103] The state of Delaware turned out to be the leading state for corporations in the US because it is said to offer the most beneficial rules for all interested parties among the competing states.[104] Today Delaware serves as state of corporation for 58 % of all public traded companies in the US and 59.5 % of the Fortune 500, which are the world's 500 top-selling companies.[105] However, if one speaks about the "Delaware effect", this is more than just the attempt to offer beneficial conditions to companies. It also means confronting the competition through lowering the standards, particularly with regard to creditor protection rules, a phenomenon that is referred to as the "race to the bottom".[106] Although companies in Europe have now the same choice, it is far from sure that in Europe this will open out into a "race to the bottom".

2. Comparability of the situation in the US and Europe

a) Similarities

The situation in the US and Europe with regard to regulatory competition seems quite comparable at first sight. The distribution of competences is similar as it is the (Member) states that have the original competence for company law but there is also limited interference from a federal/european level.[107] It is conceivable that Europe will take the US as a model by liberalising the company law within the single market.[108] An example for this is the Directive 2005/56/EC[109] which facilitates cross-bor-

---

'The European Directive on cross-border mergers: an international model?' [2005] Columbia Journal of European Law, 167, 179.

102 *Drury*, 'The "Delaware syndrome": European fears and reactions' [2005] Journal of Business Law, 709, 709; *Bebchuk/Hamdani*, 'Vigorous Race or Leisurely Walk: Reconsidering the Competition over Corporate Charters' [2002] The Yale Law Journal, 553, 553; *Mc Cahery/Vermeulen*, *supra* n 101, 789.

103 *Bebchuk*, *supra* n 101, 1443.

104 *Ryan*, *supra* n 3, 199; *Eidenmüller*, *supra* n 60, 176.

105 *Bebchuk/Hamdani*, *supra* n 130, 567.

106 "One must fear that in a in such a way opened 'competition of legal systems'" precisely the legal system with the lowest standards of protection for the interests of third parties will prevail ("race to the bottom"). Particularly the creditors of the company are in need of protection." [translated] Decision of the Federal High Court of Justice *(BGH)*, [2000] Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 412, 413; *Robert Drury*, 'The "Delaware syndrome": European fears and reactions' [2005] Journal of Business Law, 709,734 et seq; *Daehnert*, *supra* n 53, 3; *Eidenmüller*, *supra* n 60, 178.

107 *McCahery/Vermeulen*, *supra* n 101, 787.

108 *Daehnert* regards the permission of competition through the European Court of Justice as an intentional step and regards this closely related to the development in the US; *Daehnert*, *supra* n 53, 3.

109 Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies, *OJ* L 310/1.

der mergers of limited liability companies in Europe. Recently the *European Court of justice* in *SEVIC*[110] has clarified that there must be the possibility of cross-border mergers.[111] This enables re-incorporations within the *European Union* like in the US.[112] However one must acknowledge that such mergers may be subject to co-determination of employees if one of the companies that participate in the mergers was subject to co-determination before the merger.[113]

b) Differences

If one takes a closer look at the conditions in both "markets" there emerge some significant differences. A first difference appears with regard to the incentives for the EU governments to enter heavily in competition with one another. In the US the states may raise a franchise tax on the firms incorporated within the state.[114] For Delaware the franchise tax revenues represent a large part of the state's budget.[115] The incentives in the US therefore seem to be rather of a financial nature. Contrary in the *EU* such taxes are negligible.[116] There the incentive is rather not to lose jurisdictional control over a substantial part of the economy which is in Europe closely linked with social rules and political influence.[117]

Furthermore the freedom of establishment is not the same in Europe compared to the US. This has been clarified by the very recent jurisprudence of the *European Court of Justice* in the *Cartesio*[118] case. The freedom of establishment in Europe enables a company the relocation of its seat to another jurisdiction and by means of change of its statute. However the freedom of establishment does not encompass the relocation of the company's seat without the change of its statute and Member States are free to impose restrictions on such a change.[119] This is however exactly the case which is relevant for the competition of company laws: The ability of companies to use the company law of a foreign state to pursue business in the home state. Germany, as an assertor of the *seat theory*, just abolished the requirement that a company

110 ECJ Case C-411/03 of 13.12.2005.

111 *Tilmann Frobenius*, '"Cartesio": Partielle Wegzugsfreiheit für Gesellschaften in Europa' [2009] Deutsches Steuerrecht (DStR), 487. 490.

112 *Mathias Siems*, 'SEVIC: Der letzte Mosaikstein im Internationalen Gesellschftsrecht der EU?' [2006] Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), 135, 139.

113 Article 16 of the Directive 2005/56/EC of 26 October 2005.

114 *Becht/Mayer/Wagner, supra* n 20, 242.

115 In 2001 the incomes of franchise tax in Delaware were about $ 600 million with a population of 796 000 inhabitants; *Bebchuk/Hamdani, supra* n 103, 556.

116 They are even illegal if they are "not collected by the Member State where the administrative headquarters are located", which is in principle the franchise tax as it is collected by Delaware. *Tobias Tröger*, 'Choice of Jurisdiction in European Corporate Law – Perspectives of European Corporate Governance' [2005] European Business Organization Law Review (EBOR), 3, 19; Article 2 (1), 4 and 10 (a) of the Council Directive 69/335/EEC of 17 July 1969 concerning indirect taxes on the raising of capital, *OJ* 1969 L 249/25.

117 *Becht/Mayer/Wagner, supra* n 20, 242 *et seq.*

118 ECJ Case C-210/06 of 16.12.2008.

119 *Frobenius, supra* n 112, 492.

must have an establishment in Germany or the management or the administration must be placed there.[120] However the Member States maintain the discretion to restrain their "own" companies from pursuing business exclusively abroad and thereby to influence the liberalisation of the incorporation market.

As a final point, Europe is not as homogenous as the US. This is reflected in different languages and different legal systems such as common law and civil law jurisdictions which cause a higher burden for the use of a foreign law and make this more inefficient.[121] Lastly businessmen are still sceptic to a certain extent about foreign company forms as they are not familiar with them.[122]

3. Evaluation

After the decisions of *Centros, Überseering* and *Inspire Art* the freedom of establishment has been advanced further for companies within Europe. Yet, it is likely that the development in Europe will be different and that there will be (at least in the near future) no "European Delaware".[123]*ndergaard Birkmose*, 'A Market for Company Incorporations in the European Union? – Is *Überseering* the Beginning of the End?' [2005] Tulane Journal of International and Comparative Law, 55, 64. This is owed to European particularities, such as co-determination and the existence of the seat theory on the one hand. On the other hand there is a stronger desire to stick to some core values of the specific company law by the Member States although one should abandon them for reasons of competitiveness.[124] The minimum capital requirement may serve here as an example. In Europe it seems more likely that there may be a greater disposition of a "federal" regulation in form of European company law. The creation of the *Societas Europaea (SE)* has proven that such a compromise is possible and the draft for a European Private Company is already on the way.[125]

---

120 Sect. 4a and sect. 10 GmbHG [German Limited Liability Companies Act]; The same change has been made with the MoMiG for the German public company (Aktiengesellschaft) in sect. 5 and sect. 39 AktG; However as there has been made no change for partnerships. This is why the relocation of a partnership abroad is inevitably regarded as liquidation under the 'seat theory'; *Frobenius, supra* n 112, 492.

121 *Tröger, supra* n 117, 20 et seq; *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht 2004, 3. Teil [part], Randnummer [paragraph] 3.

122 *Hommelhoff/Teichmann*, 'Auf dem Weg zur Europäischen Privatgesellschaft (SPE)' [2008] Deutsches Steuerrecht (DStR), 925, 927; *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, München 2004), 3. Teil [part], Randnummer [paragraph] 3.

123 *Hanne Søndergaard Birkmose*, 'A Market for Company Incorporations in the European Union? – Is Überseering the Beginning of the End?' [2005] Tulane Journal of International and Comparative Law, 55, 64.

124 *Drury*, 'The "Delaware syndrome": European fears and reactions' [2005] Journal of Business Law, 709, 727 *et seq.*

125 See www.europeanprivatecompany.eu.

VI. Conclusion

The triple *Centros, Überseering* and *Inspire Art* marked a turning point for European company law. It seems that the *theory of foundation* has ousted the *real seat theory*. Whereas countries like France and Spain have already met competition fully by lowering their standards significantly we do not see this already to the same extent in Germany. However none of the European jurisdictions can elude the competitive pressure. It is nonetheless unlikely that there will occur anything comparable to the "Delaware effect" in Europe. The more likely it is that in Europe there will be a "federal" solution like the European Private Company which is already in the wings. Such a compromise could also entail new concepts for example a solvency test for the distribution rules which we do not already know from one of the jurisdictions. If the European jurisdictions are facing the regulatory competition in a calm and deliberate way this is likely to advance the attractiveness of the entire European Single Market and not only one of the Member States. Time will tell whether Europe will make it to find the balance between a "race to the bottom" and contemporary, reasonable reforms.

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

Rechtsprechungsanalyse

Dr. Katharina Hilbig*

Neue Vorgaben für die richtlinienkonforme Auslegung

– Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05 –

Abstract

Am Fall des gemeinschaftsrechtswidrigen Nutzungsherausgabeanspruchs des Unternehmers gegen den Verbraucher bei Nachlieferung (§§ 439 Abs. 4 i. V. m. 346 Abs. 1 BGB) entspann sich die Problematik, die dem vorliegenden Urteil zugrunde liegt. Einer richtlinienkonformen Auslegung im herkömmlichen Sinne war §§ 439 Abs. 4 i. V. m. 346 Abs. 1 BGB nicht zugänglich. Der *BGH* beschreitet hier methodisches Neuland, indem er die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als zulässig erachtet. Den Weg zu dieser Schlussfolgerung aufzuzeigen, ihre Auswirkungen und Grenzen aufzuzeigen und kritisch zu beleuchten, ist Gegenstand des vorliegenden Beitrags.

* Die Autorin ist wiss. Ass. am Lehrstuhl *Prof. Dr. D. Coester-Waltjen, LL.M.* an der Georg-August-Universität Göttingen.

I. Einleitung: Das vorhergehende Verfahren

Ihren Anfang nahm die Kette von Urteilen, deren Schlusspunkt das hier besprochene bildet, mit folgendem Sachverhalt: Eine Kundin hatte vom Versandhandelsunternehmen *Quelle* ein Herdset zum Preis von rund €500 gekauft. Die Kundin und *Quelle* handelten als Verbraucher, respektive Unternehmer i. S. v. §§ 13, 14 BGB. Nach anderthalb Jahren blätterte die Emaille-Schicht im Inneren des Herdes ab – ein Sachmangel. Nachbesserung war technisch nicht möglich, der Herd wurde ausgetauscht. *Quelle* verlangte rund €70 Nutzungsersatz für die anderthalbjährige Nutzung. Zu recht?

Das *LG Nürnberg-Fürth*[1] und das *OLG Nürnberg*[2] hatten über den Antrag eines bundesweit tätigen Verbraucherschutzverbands (vgl. §§ 2, 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i. V. m. § 4 UKlaG) auf Erstattung des von der Käuferin – die den Verbraucherschutzverband ermächtigt hatte, den Rückzahlungsanspruch in eigenem Namen geltend zu machen – gezahlten Nutzungsersatz zu entscheiden.[3] Sie bejahten einen solchen Rückzahlungsanspruch der Käuferin: Zwar verweise im Falle der Nachlieferung § 439 Abs. 4 BGB auf die §§ 346–348 BGB, zwar gewähren §§ 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 100 BGB grundsätzlich einen Wertersatzanspruch für die gezogenen Nutzungen (hier: Gebrauchsvorteile), zwar habe der Schuldrechtsreformgesetzgeber einen solchen Anspruch explizit bejaht.[4] Jedoch gebiete Art. 3 der RL 1999/44/EG[5] eine richtlinienkonforme Auslegung dahingehend, dass dem Unternehmer ein Nutzungsersatzanspruch bei Nachlieferung zu versagen sei. Der *BGH* legte die Frage, ob die RL 99/44/EG einer nationalen Regelung entgegenstehe, nach der der Verkäufer im Falle der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsgutes durch Ersatzlieferung von dem Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des zunächst gelieferten vertragswidrigen Verbrauchsgutes verlangen kann, dem *EuGH* zur Vorabentscheidung vor.[6]

---

1 *LG Nürnberg-Fürth,* NJW 2005, 2558.

2 *OLG Nürnberg,* NJW 2005, 3000, hierzu *Saenger/Zurlinden,* Zur Auslegung des BGB § 439 Abs. 4, EWiR 2005, 819; *Gsell,* Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache, JuS 2006, 203; *Fest,* Kein Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsersatz bei Nachlieferung?, NJW 2005, 2959; *Wagner/Michal,* Keine Nutzungsvergütung bei Nachlieferung, VuR 2006, 46; *Muthorst,* Keine Nutzungsherausgabe bei Ersatzlieferung, ZGS 2006, 90, s. a. *BGH* Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05, Rn. 8 f.

3 Die Anträge auf Unterlassung, die nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags sind, wies das LG ganz, das OLG teilweise ab – vgl. näher *LG Nürnberg-Fürth,* NJW 2005, 2558 sub. Gründe B. und C., *OLG Nürnberg,* NJW 2005, 3000 sub. Gründe II.

4 BT-Drucks. 14/6040, S. 232 f.

5 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

6 *BGH,* NJW 2006, 3200, hierzu *Kniffka,* BauR 2006, 2051; *Hummel,* Zum Anwendungsvorrang von EG-Richtlinien im Zivilrecht, EuZW 2007, 268; *Bruns,* Zum Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsentschädigung im Fall der Ersatzlieferung, EWiR 2006, 675; *ders.,* Kaufrechtliche Ersatzlieferung nur gegen Nutzungsentschädigung? NZV 2006, 640; *Theisen,*

Der *EuGH* bejahte die Frage durch Urteil v. 17.04.2008.[7] „Unentgeltlichkeit" bedeute Schutz vor finanziellen Belastungen im Zusammenhang mit der Nacherfüllung, die den Verbraucher von der Geltendmachung seiner Rechte abhalten könnten.[8] Daher schließe die RL 99/44/EG „jede finanzielle Forderung des Verkäufers im Rahmen der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustands" aus.[9] Eine ungerechtfertigte Bereicherung des Verbrauchers entstehe dadurch nicht – er erhalte lediglich verspätet, was er bereits zu Beginn hätte erhalten müssen.[10]

Hier zu besprechen ist nun die im Anschluss an die Vorabentscheidung des *EuGH* ergangene Revisionsentscheidung des *BGH* vom 26.11.2008.[11] Freilich sind die auf den Nutzungsersatzanspruch des Unternehmers im Verbrauchsgüterkauf bezogenen Ausführungen des *BGH* bereits überholt, da zum 01.01.2009 § 474 Abs. 2 BGB neugefasst wurde und nun den Nutzungsherausgabeanspruch des Unternehmers bei Verbraucherverträgen ausschließt.[12] Die Bedeutung der Entscheidung liegt jedoch nicht in ihren materiellrechtlichen Aussagen zur Nutzungsersatzproblematik, sondern vielmehr darin, dass hier erstmals von der Rechtsprechung das methodische Neuland der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung beschritten wird.

Nutzungsentschädigung für den Gebrauch einer mangelhaften Sache?, GPR 2007, 276; *Rohlfing*, Nutzungsvergütung bei Ersatzlieferung? Beschluss des BGH vom 16.8.2006, VIII ZR 200/05, GPR 2007, 80; *Riesenhuber*, Vorabentscheidungsbeschluss zur Frage des Wertersatz für die Nutzung einer vertragswidrigen Sache, LMK 2006, 199730; *ders.*, LMK 2007, II, 85; *S. Lorenz*, NJW 2006, 3202; *Witt*, Nutzungsersatz bei Nachlieferung – BGH-Vorlage an den EuGH, NJW 2006, 3322; *P. Schmidt*, Nutzungsentschädigung bei Nacherfüllung durch Ersatzlieferung, ZGS 2006, 408; *Herrler/Tomasic*, Nutzungsersatzpflicht im Fall der Neulieferung?, ZGS 2007, 209, s. a. *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05, Rn. 14–16.

7 *EuGH* Urt. v. 17.4.2008, Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433 – *Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*. Hierzu *Herrler/Tomasic*, Keine Nutzungsersatzpflicht im Falle der Neulieferung, BB 2008, 1245; *Osterloh-Konrad*, Quelle und die Folgen: kein Nutzungsersatz bei Ersatzlieferung, CR 2008, 545; *S. Lorenz*, Zum Wertersatz für die Nutzung vertragswidriger Verbrauchsgüter – Anmerkung, DAR 2008, 330; *Fischinger*, Für die Nutzung vertragswidrigen Gebrauchsguts fällt kein Nutzungsersatz an, EuZW 2008, 312; *Westermann*, Zur Vereinbarkeit von BGB § 439 Abs. 4 mit EGRL 44/99 Art 3, EWiR 2008, 425; *G. Schulze*, Kein Nutzungsersatz bei Ersatzlieferung, GPR 2008, 128; *Möllers/Möhring*, Recht und Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung bei generellem Umsetzungswillen des Gesetzgebers, JZ 2008, 919; *Felling*, Keine Nutzungsentschädigung bei mangelbedingter Nachlieferung, MDR 2008, 733; *Herresthal*, Die Richtlinienwidrigkeit des Nutzungsersatzes bei Nachlieferung im Verbrauchsgüterkauf, NJW 2008, 2475, s. a. *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05, Rn. 17 f.

8 *EuGH*, NJW 2008, 1433, 1434 Rn. 33.

9 *EuGH*, NJW 2008, 1433, 1434 Rn. 34.

10 *EuGH*, NJW 2008, 1433, 1435 Rn. 41.

11 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05 – *Quelle*, NJW 2009, 427 = ZIP 2009, 176 = BB 2009, 292 = MDR 2009, 248 = EuZW 2009, 155.

12 Art. 5 d. Ges. v. 10.12.2008, BGBl I S. 2399, vgl. BT-Drucks. 16/10607, S. 2. Zur Verjährung s. *Henssler*, Rückforderung von Nutzungsersatz beim Verbrauchsgüterkauf: Verzögerter Beginn der Verjährungsfrist wegen unübersichtlicher Rechtslage, NJW 2009, 1845.

II. Kernaussagen der Entscheidung

1. Zulässige Reichweite der „richtlinienkonformen Auslegung"

Die Umsetzung der RL 99/44/EG durch den deutschen Gesetzgeber war, so die Folgerung aus dem Urteil des *EuGH* vom 17.04.2008, im Hinblick auf § 439 Abs. 4 BGB fehlerhaft – innerhalb des Regelungsbereichs der Richtlinie ist die Rückgabe der zunächst gelieferten Sache so auszugestalten, dass der Verbraucher mit keinerlei finanziellen Ansprüchen des Unternehmers konfrontiert wird.[13] Missachtet ein Mitgliedstaat durch Nichtumsetzung oder fehlerhafte Umsetzung seine Pflicht zur Richtlinienumsetzung (Art. 249 Abs. 3 EG), so setzt sich die Umsetzungspflicht auf judikativer Ebene fort (Art. 249 Abs. 3, Art. 10 EG): Die nationalen Gerichte haben die Auslegung „so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten" und dabei „im Rahmen ihrer Zuständigkeit" das nationale Recht „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen ihr Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden" (sog. richtlinienkonforme Auslegung).[14] Unter „Zuständigkeit" ist hierbei die innerstaatliche Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung zu verstehen.[15]

Dass sich im Wege dessen, was herkömmlich als „richtlinienkonforme Auslegung" verstanden wurde – nämlich die Auslegung im engeren Sinne, orientiert an Wortlaut, Systematik, Zweck etc. –, das dem Verbraucher günstige und vom *EuGH* vorgegebene Ergebnis nicht erreichen lässt, hatte der *BGH* bereits im Vorlagebeschluss festgestellt.[16] Denn der Wortlaut[17] des Verweises von § 439 Abs. 4 BGB auf die §§ 346–348 BGB[18] und die Gesetzgebungsgeschichte der Norm stehen so klar wie selten der gewünschten Auslegung entgegen. Insbesondere der gesetzgeberische Wille war besonders deutlich:

---

13 Daher schied auch die etwa von *Herrler/Tomasic* (Fn. 6), S. 213 f. favorisierte Lösung über das Bereicherungsrecht (§§ 346 Abs. 3 S. 2, 818 ff. BGB) sowie eine Vorteilsausgleichung aus (so schon *Muthorst* (Fn. 2), S. 95; problematisch daher *Ayad/Hesse,* BB 2009, 297).

14 St. Rspr. seit *EuGH,* Slg. 1984, 1921, Rn. 26 – *Harz*; vgl. *EuGH,* Slg. 1984, 1891, Rn. 28 – *von Colson und Kamann*; *EuGH,* Slg. 2004 I – 8804, Rn. 113 – *Pfeiffer*; *EuGH,* Slg. 1994 I, 1657, Rn. 10 – *Habermann-Beltermann*; *EuGH,* Slg. 1994 I – 3325, Rn. 26 – *Faccini Dori,* vgl. zuletzt *EuGH,* Slg. 2007 I – 6199 Rn. 60–63 – *Lucchini*; vgl. auch *BGH,* Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 19.

15 *Lorenz,* LMK 2009, 273 611 sub 2. a.

16 *BGH,* NJW 2006, 3200, Rn. 12, 14 f.; vgl. erneut in *BGH,* Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 20.

17 Anders hatten das *LG Nürnberg-Fürth,* NJW 2005, 2558, 2560 sub. 3. a. und das *OLG Nürnberg,* NJW 2005, 3000 f. sub. I.1. u. I.2. den Wortlaut verstanden: Sie hatten angenommen, § 439 Abs. 4 enthalte nur eine Rechtsgrund- und nicht eine Rechtsfolgenverweisung und hatte sodann mit teleologischen und Billigkeitserwägungen einen Nutzungsersatzanspruch abgelehnt.

18 Hierzu gehören, dass der Verweis den Nutzungsersatzanspruch des § 346 Abs. 1 BGB und die ausschließlich mit Nutzungen befasste Norm des § 347 Abs. 1 BGB umfasst, vgl. nur *BGH,* NJW 2006, 3200 Rn. 14; *BGH,* Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 20.

„Deshalb muss der Käufer, dem der Verkäufer eine neue Sache zu liefern und der die zunächst gelieferte fehlerhafte Sache zurückzugeben hat, gem. §§ 439 IV, 346 I RE auch die Nutzungen, also gem. § 100 auch die Gebrauchsvorteile, herausgeben. Das rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll."[19]

Sodann fährt der Gesetzgeber fort, diese Regelung sei mit der RL 99/44/EG vereinbar und setzt sich mit dem Begriff der „unentgeltlichen Herstellung" (Art. 3 Abs. 2 RL 99/44/EG) ausführlich auseinander.[20]

Fraglich ist angesichts des Wortlauts des Verweises und der Gesetzgebungsgeschichte, wie weit eine „richtlinienkonforme Auslegung" noch zulässig ist. Der *EuGH* betont in ständiger Rechtsprechung, das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung sei durch „den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot" begrenzt und dürfe „nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen".[21] Daher muss die Grenze bestimmt werden, an denen die richtlinienkonforme Auslegung endet und das Judizieren *contra legem* beginnt. Ist die „richtlinienkonforme Auslegung" auf die Auslegung „im engeren Sinne" beschränkt (und daher eine darüber hinausgehende „Auslegung" *contra legem*) oder umfasst sie auch eine richtlinienkonforme Fortbildung (mit den Instrumenten der Analogie sowie der teleologischen Extension und Reduktion und ggf. weiteren)? Diese Frage war bislang lediglich in der Literatur diskutiert worden. Teilweise wurde die richtlinienkonforme Fortbildung als „Auslegung" im gemeinschaftsrechtlichen Sinne für zulässig gehalten,[22] teilweise wurde aber auch vertreten, die richtlinienkonforme Auslegung scheide aus, wenn weder Wortlaut noch Systematik der Norm den erforderlichen Auslegungsspielraum beließen.[23] Für eine Erstreckung der richtlinienkonformen Auslegung auf die Fortbildung spricht jedoch, dass dem *EuGH* die in der deutschen Methodik geläufige Grenze zwischen Auslegung und Fortbildung fremd ist.[24] Da der EG-Vertrag keine fertige Rechtsordnung geschaffen hat, liege auch die Rechtsfortbildung im Spektrum der teleologischen Auslegung.[25]

---

19 BT-Drucks. 14/6040, S. 232 f.

20 BT-Drucks. 14/6040, S. 232 f.

21 Vgl. nur *EuGH*, NJW 2006, 2465 (2467, Rn. 110) – *Konstantinos Adeneler u. a./ELOG* m. w. N.; Freilich kennt auch das deutsche Recht das Verbot des Judizierens contra legem, vgl. *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: FS Bydlinski, 2002, S. 47 (83).

22 Bejahend *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 358 m. w. N.; *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 317 f.; *Pfeiffer*, Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes – Die Quelle-Folgeentscheidung des BGH, NJW 2009, 412, 413.

23 *Lorenz*, in: MünchKomm BGB, 5. Aufl. 2008, Vor § 474 BGB, Rn. 5.

24 *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Aufl. 2007, S. 49.

25 *Stotz*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2006, § 22, Rn. 13 unter Verweis auf den „eindrucksvollen" Beschluss des BVerfG vom 08.04.1987, Rs. 2 BvR 687/85 (BVerfGE 75, 223 – *Kloppenburg*).

Noch im Vorlagebeschluss von 2006 war der *BGH* davon ausgegangen, eine „einschränkende Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB [sei] unter Berücksichtigung der Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) ... nicht zulässig .... Die Möglichkeit der Auslegung endet dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde".[26] In der vorliegenden Entscheidung nun greift der *BGH* diese Formulierung auf, bezeichnet den im Vorlagebeschluss von 2006 umschriebenen Auslegungsvorgang als „einschränkende Gesetzesauslegung *im engeren Sinne*"[27] und fährt fort mit der Feststellung, dass der vom *EuGH* geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung von den nationalen Gerichten über eine Gesetzesauslegung im engeren Sinne hinaus auch verlange, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, *richtlinienkonform fortzubilden*.[28] Das Verbot des *contra legem*-Judizierens stehe, so der *BGH*, nicht entgegen, da der Begriff funktionell auszulegen sei und denjenigen Bereich bezeichne, in dem eine richterliche Rechtsfindung nach nationalen Methoden unzulässig sei.[29]

2. Durchführung der teleologischen Reduktion

An eine rechtsfortbildende Auslegung sind andere Anforderungen zu stellen als an eine Auslegung im engeren Sinne.[30] Eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt, so der *BGH*, eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus.[31] Eine planwidrige Unvollständigkeit könne sich daraus ergeben, dass der Gesetzgeber eine richtlinienwidrige Regelung geschaffen hat, obwohl er die Absicht hatte und davon ausging, eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen. Die spezifische rechtliche Auffassung des Gesetzgebers hinsichtlich § 439 Abs. 4 BGB habe keinen „Vorrang" vor seinem Willen und der Annahme, die RL 99/44/EG zutreffend umzusetzen. Dieser Wille sei maßgeblich, da der Gesetzgeber – wie auch durch die aktuelle Änderung des § 474 Abs. 2 BGB deutlich wird[32] – § 439 Abs. 4 BGB in Kenntnis seines „Fehlers" so nicht erlassen hätte.[33]

§ 439 Abs. 4 BGB sei daher im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs, § 474 Abs. 1 S. 1 BGB, einschränkend so anzuwenden, dass die in Bezug genommenen Rücktrittsvorschriften (§§ 346 bis 348 BGB) nur

26 *BGH*, NJW 2006, 3200, Rn. 15. Krit. hierzu bereits *Schmidt* (Fn. 6) (indes ebenda auch irrige Auslegung der *Mangold*-Entscheidung).

27 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 20.

28 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 21 u. Ls. 1.

29 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 21 unter Berufung auf *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: FS Bydlinski, 2002, S. 47 (91). Anders berechtigterweise etwa noch das Verständnis des Vorlagebeschlusses bei *Schmidt*, ZGS 2005, 408 (410).

30 *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 359 m. w. N.

31 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 22 u. Ls. 2.

32 S. o. Fn. 12.

33 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 23–25.

für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst gelten und nicht zu einem Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen oder auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache führen.[34]

Schließlich erläutert der *BGH* die differenzierte Reichweite der teleologischen Reduktion. Sie solle alle Verbrauchsgüterkäufe (§§ 474 Abs. 1 S. 1 i. V. m. 13, 14 BGB erfassen.[35] Hiermit geht der *BGH* über die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe hinaus, die von einem engeren Verbraucherbegriff ausgeht (vgl. Art. 1 II lit. a RL 99/44/EG und § 13 BGB). Auf der anderen Seite soll die teleologische Reduktion nur Verbrauchgüterkäufe und nicht alle Kaufverträge erfassen – denn über die Verbrauchsgüterkäufe hinaus bestünde keine gemeinschaftsrechtliche Notwendigkeit für eine derartige Fortbildung.[36] Bei anderen als Verbrauchsgüterkäufen i. S. d. § 474 BGB bleibt es also bei dem Nutzungsersatzanspruch des Verkäufers.[37]

III. Würdigung und Ausblick

1. Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des BGH

Das vorliegende Urteil bedeutet eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des *BGH*.[38] Nicht nur hat er bislang nie explizit auf eine „richtlinienkonforme Fortbildung" abgestellt, vor allem hat er bereits richtlinienkonforme Auslegungen apodiktisch am Gesetzeswortlaut scheitern lassen. So etwa im Falle des heutigen § 312 Abs. 3 Nr. 3 BGB, der – über die Ausschlussmöglichkeiten der Haustürwiderrufsrichtlinie 85/577/EWG hinausgehend – das Widerrufsrecht ausschließt, wenn die Willenserklärung von einem Notar beurkundet worden ist. Selbst wenn diese Regelung gegen die Richtlinienvorgaben verstieße, so der *BGH* in zwei Entscheidungen, bliebe „angesichts des klaren Gesetzeswortlauts für eine richtlinienkonforme Auslegung kein Raum".[39] In beiden Entscheidungen verzichtet der *BGH* ohne weitere Ausführungen darauf, die Frage der Richtlinienkonformität des § 312 Abs. 3 Nr. 3 BGB[40] dem *EuGH* zur Vorabentscheidung vorzulegen. Im Lichte der Voraussetzungen der Vorlagepflicht gemäß Art. 234 EG muss daraus gefolgert werden, dass der *BGH* davon ausging, die Richtlinie könne unter keinen Umständen die Auslegung des nationalen Rechts beeinflussen.[41] Mit der Möglichkeit richtlinienkonformer

34 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 26 u. Ls. 3.

35 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 27.

36 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, Rn. 28.

37 Vgl. zu den krit. Stimmen in der Lit. die Nachw. bei *Lorenz*, in: MünchKomm BGB (Fn. 23), Vor § 474 BGB, Rn. 19.

38 Obgleich der BGH hierauf nicht hinweist.

39 Vgl. *BGH*, ZIP 2003, 2149 = NJW 2004, 154 Rn. 18, krit. *Pfeiffer*, Grenzen für eine mit der Haustürgeschäfterichtlinie konforme Auslegung deutschen Rechts – kein Widerruf bei notarieller Beurkundung, LMK 2004, 17; ebenso *BGH*, ZIP 2003, 1692 = WM 2004, 21 Rn. 22 – beide zu § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG, heute § 312 Abs. 3 Nr. 3 BGB.

40 Bzw. ihrer Vorgängerregelung § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG.

41 *Pfeiffer* (Fn. 39), S. 18.

Fortbildung oder der Analogie hatte sich der *BGH* in keiner Entscheidung befasst, sondern streng auf die Wortlautgrenze der herkömmlichen Auslegung abgestellt. Darüber hinaus ist der *BGH* in den genannten Entscheidungen nicht auf den Umstand eingegangen, dass nicht nur das konkrete Umsetzungsrecht (hier also § 312 BGB), sondern das gesamte einschlägige nationale Recht vom Gebot der richtlinienkonformen Auslegung erfasst ist, gleich ob es älter oder jünger ist als die Richtlinie.[42] Daher wäre hier auch daran zu denken gewesen, die Berufung auf die notarielle Beurkundung als rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB) zurückzuweisen.[43]

2. Die richtlinienkonforme Auslegung im System der Umsetzungsfehlerfolgen

Zunächst sei daran erinnert, dass bei fehlender oder fehlerhafter Richtlinienumsetzung außer an die „richtlinienkonforme Auslegung" an zwei weitere mögliche Reaktionen zu denken ist. Zum einen könnte eine *unmittelbare Wirkung der Richtlinie* unabhängig vom Umsetzungsgesetz in Betracht kommen. Jedoch kann – trotz der Vorstöße dreier Generalanwälte[44] – nach ständiger Rspr. des *EuGH* eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für Private begründen, also nicht unmittelbar horizontal wirken.[45] Hiergegen spricht für den *EuGH* der Wortlaut des Art. 249 Abs. 3 EG, wonach die Richtlinie nur „jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird", bindet, nicht Private; ferner der notwendige und nicht zu verwischende Unterschied zur Verordnung, der gerade darin besteht, dass die Verordnung Einzelnen Verpflichtungen auferlegen kann; sowie schließlich der Gedanke, dass eine mitgliedstaatliche Umsetzungssäumnis nicht Privaten zur Last gelegt werden kann.[46]

Zum anderen könnte – wenn und soweit Auslegung und unmittelbare Wirkung abzulehnen sind – der *gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch* Abhilfe schaffen (bei dem der potentiell belastete Private – hier der Unternehmer – unbelastet bleibt und dem potentiell berechtigten Privaten – hier dem Verbraucher – unter bestimmten Voraussetzungen ein Schadensersatzanspruch gegen den Staat zugesprochen wird).[47]

---

42 *EuGH* Slg. 1990 I-4135, Rn. 8 – *Marleasing*.

43 So *Pfeiffer* (Fn. 39), S. 17.

44 *GA van Gerven*, Schlußantr. zu *EuGH* Rs. C-271/91, Slg. 1993, I-4367, Rn. 12 – *Marshall*; *GA Jacobs*, Schlußantr. zu *EuGH* Rs. C-316/93, Slg. 1994, I-763, Rn. 18 ff. – *Vaneetveld*; *GA Lenz*, Schlußantr. zu *EuGH* Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325, Rn. 43 ff. – *Faccini Dori*.

45 Vgl. nur *EuGH*, Slg. 1986, 723, Rn. 48 – *Marshall I*; *EuGH*, Slg. 1987, 3969, Rn. 9 – *Kolpinghuis Nijmegen*; *EuGH*, Slg. 1990, I-4135, Rn. 6 – *Marleasing*; *EuGH*, Slg. 1994 I-3325, Rn. 19 ff. – *Faccini Dori*; *EuGH*, Slg. 1996 I-1281, Rn. 17 – *El Corte Inglés*; *EuGH*, Slg. 1997, I-6843, Rn. 24 – *Daihatsu*; *EuGH*, Slg. 2004, I-8835, Rn. 108 – *Pfeiffer*.

46 Vgl. *Ruffert*, in: Callies/Ruffert, EGV/EUV, 3. Aufl. 2007, Art. 249 EGV, Rn. 83, 87 m. w. N.

47 Vgl. zum Staatshaftungsanspruch v. a. die Entscheidung *EuGH*, Slg. 1996 I-4845, Rn. 21 ff. – *Dillenkofer u. a.* Voraussetzungen sind die Verletzung einer Schutznorm, ein hinreichend qualifizierter (also offenkundiger und erheblicher) Verstoß gegen die Richtlinie durch einen Mitgliedstaat sowie die Kausalität zwischen Richtlinienverstoß und Schaden; als Rechtsfolge ist völlige Wiedergutmachung des tatsächlich entstandenen Schadens nach der Differenzhypothese geschuldet; vgl. auch *Langenbucher*, Europarechtliche Methodenlehre, in: Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, Rn. 116.

3. Reichweite und Kritik an der „richtlinienkonformen Auslegung"

Dem *BGH* und den von ihm zitierten Stimmen in der Literatur ist zuzugeben, dass die richtlinienkonforme Auslegung, wie sie vom *EuGH* gefordert wird, nicht vor der Rechtsfortbildung Halt machen kann, sondern grundsätzlich auch teleologische Reduktionen, Extensionen und Analogien vornehmen muss. Dies zum einen, weil „Auslegung" für den *EuGH* stets auch „Rechtfortbildung" umfasst (s. o.), und zum anderen, weil die Rechtsfortbildung in der BRD zu den traditionellen und verfassungsrechtlich zulässigen Funktionen der Gerichtsbarkeit gehört.[48]

Das Instrument der richtlinienkonformen Auslegung ist trotz seiner Ubiquität seit langem Gegenstand berechtigter Kritik. Da es „nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen" darf,[49] kommt es zu willkürlichen Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten – was in einem Mitgliedstaat noch als zulässige richterliche Entscheidung gilt, kann in einem anderen Mitgliedstaat Judizieren *contra legem* sein.[50] Für eine gemeinschaftsrechtsautonome Bestimmung dessen, was innerhalb des national zulässigen richterlichen Beurteilungsspielraums liegt, fehlt dem *EuGH* die Kompetenz.[51] Ferner wird mit Recht darauf hingewiesen, der *EuGH* handle inkonsequent, wenn er zwar die unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung (auch unter Berufung auf die Belastung Privater) untersage, gleichwohl aber eine Auslegung fordere, die in ihrer praktischen Umsetzung zu demselben Ergebnis führe: einem Unterliegen der anderen Seite im Prozess. Der Unterschied – einmal unterliegt die Partei aufgrund des unmittelbar angewandten Gemeinschaftsrechts, einmal aufgrund richtlinienkonform ausgelegten nationalen Rechts – macht für die Belastung des Einzelnen keinen Unterschied.[52]

Diese Grenzverwischung von richtlinienkonformer Auslegung und horizontaler Richtlinienwirkung wird durch das vorliegende Urteil verstärkt, weil sie den Bereich möglicher „Auslegung" um die Fortbildung erweitert und die Rechtsfortbildung für den Rechtsunterworfenen (noch) weniger transparent und vorhersehbar ist als die klassische Auslegung. (Zumal, wenn sie der detailliert zum Ausdruck gebrachten gesetzgeberischen Rechtsauffassung widerspricht.) Der *BGH* stellt fest, die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung „laufe [nicht] auf eine horizontale Direktwirkung hinaus".[53] Zur Begründung kann der Entscheidung lediglich entnommen werden, richtlinienkonforme Rechtsfortbildung sei ein *aliud* zur horizontalen unmittelbaren Direktwirkung.[54] Daran ist freilich nicht zu rütteln[55] – die richtlinienkonforme

48 *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 358 m. w. N.
49 S. o. Fn. 21.
50 *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts. Der EuGH als Zivilrichter, Diss. St. Gallen, 1997, S. 39.
51 *Canaris* (Fn. 29), S. 61.
52 *Klauer* (Fn. 50), S. 39.
53 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05, Rn. 34.
54 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05, Rn. 35.
55 Anders *Lorenz*, LMK 2009, 273 611 sub. 2. b., der hier die Grenze zur unmittelbaren horizontalen Direktwirkung überschritten sieht.

Rechtsfortbildung führt nicht zu einer „dynamischen Verweisung" auf die Richtlinie, sondern steht unter der Voraussetzung der Planwidrigkeit. Ferner würde eine unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung inhaltliche Unbedingtheit und hinreichende Genauigkeit der Richtlinienvorschrift voraussetzen.[56] Die beiden Instrumente unterscheiden sich also in ihren Voraussetzungen und ihrer Wirkweise deutlich. Damit ist indes noch nichts über die tatsächliche Auswirkung auf den Rechtsunterworfenen gesagt (s. oben).

Konsequenter – aber nicht unbedingt wünschenswert – wäre, die unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung zuzulassen. Denn die Argumente ihrer Gegner können überzeugend zurückgewiesen werden. Der Wortlaut des Art. 249 Abs. 3 EG ist nicht unüberwindlich.[57] Der Unterschied zur Verordnung bliebe trotz Bejahung unmittelbarer horizontaler Wirkung erhalten, denn durch das Umsetzungserfordernis (und parallel dazu dem Charakter der Richtlinienvorschriften als Zielvorgaben) sowie die Voraussetzung des Fristablaufs bestehen weiterhin maßgebliche Unterschiede zwischen Richtlinie und Verordnung.[58] Die Ablehnung der horizontalen unmittelbaren Wirkung bewirkt zudem in Verbindung mit dem Schadensersatzanspruch des Betroffenen eine systemwidrige Subventionierung des durch die Nichtumsetzung begünstigten Unternehmens.[59] Die Unterscheidung staatlicher und privater Stellen führe häufig zu Wertungswidersprüchen, etwa zu einer Ungleichbehandlung öffentlicher und privater Arbeitgeber.[60] Die unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung bewirkt jedenfalls keine stärkere Rechtsunsicherheit als die jetzige Praxis: Denn im Augenblick wird zum einen der Begriff „Mitgliedstaat" (in Art. 249 Abs. 3 EG) sehr weit ausgelegt, so dass Richtlinien auch gegenüber gewerblichen Unternehmen durchgesetzt werden können, an denen der Staat lediglich eine Beteiligung hält oder über die er eine Aufsicht ausübt – selbst wenn diese Unternehmen im unmittelbaren Wettbewerb zu privaten Unternehmen stehen (die von denselben Richtlinien nicht gebunden sind).[61] Zum anderen bedingt der Auftrag an die nationalen Gerichte, die nationalen Rechtsvorschriften bis an die Grenze des Zulässigen auszulegen, aufgrund der verschiedenen nationalen Verfahrensordnungen erhebliche Unsicherheit (s. bereits oben).

---

56 St. Rspr. des *EuGH* (zur unmittelbaren vertikalen Richtlinienwirkung), vgl. nur *EuGH*, verb. Rs. C-6/90 u. C-9/90 – *Andrea Francovich et al. gegen Italienische Republik*, Slg. 1991, I-05357, insbes. Rn. 12.

57 Mit Wortlautargumenten hätte auch die horizontale Direktwirkung des Primärrechts abgelehnt werden können, die jedoch nicht zur bei Art. 81 ff. und 141 EG, sondern inzwischen weitgehend auch bei den Grundfreiheiten angenommen wird – so *GA Jacobs*, Schlußantr. zu *EuGH* Rs. C-316/93, Slg. 1994, I-763, Rn. 20 – *Vaneetveld*.

58 *Ruffert*, in: Callies/Ruffert (Fn. 46), Art. 249 EGV, Rn. 86.

59 *Ruffert*, in: Callies/Ruffert (Fn. 46), Art. 249 EGV, Rn. 86.

60 *GA Jacobs*, Schlußantr. zu *EuGH* Rs. C-316/93, Slg. 1994, I-763, Rn. 21 – *Vaneetveld*; *GA van Gerven*, Schlußantr. zu *EuGH* Rs. C-271/91, Slg. 1993, I-4367, Rn. 12 – *Marshall*.

61 *GA Jacobs*, Schlußantr. zu *EuGH* Rs. C-316/93, Slg. 1994, I-763, Rn. 31 – *Vaneetveld*.

4. Planwidrige Unvollständigkeit?

Unter Berufung auf den im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zum Ausdruck kommenden allgemeinen Gesetzgeberwillen und den konkreten Gesetzgeberwillen zur Umsetzung der RL 99/44/EG bei Schaffung des § 439 Abs. 4 BGB lässt der *BGH* die gesetzgeberischen Ausführungen zu § 439 Abs. 4 BGB außer Betracht und bejaht eine *planwidrige* Unvollständigkeit des Gesetzes. Überraschend wäre dies, wenn der generelle gesetzgeberische Wille dem speziellen gesetzgeberischen Willen im Hinblick auf den Nutzungsersatzanspruch bei Nachlieferung vorginge.[62] Stellt man auf den generellen gesetzgeberischen Willen ab, so lässt sich jede richtlinienwidrige Umsetzung überwinden. Da in jeder Gesetzesbegründung zu Umsetzungsgesetzen der Wille zur richtlinienkonformen Umsetzung enthalten ist,[63] wird zutreffend vertreten, dass es bei einem „rechtspolitischen Fehler" – bei dem sich der Gesetzgeber bewusst für bzw. gegen eine Regelung, die sich später als richtlinienwidrig bzw. -konform erweist, entscheidet – an der erforderlichen planwidrigen Lücke fehlt.[64]

Indes geht die Begründung des *BGH* hier tiefer: Es ist nicht so, dass der „allgemeine" Wille Vorrang gegenüber dem „speziellen" Willen beanspruche. Vielmehr stellt der *BGH* auf den Widerspruch zwischen der konkreten Befassung mit den Richtlinienvorgaben bei den Ausführungen zu § 439 Abs. 4 ab (nicht auf den allgemeinen, der gesamten Gesetzesänderung vorangehenden Willen) und sieht eine *verdeckte* planwidrige Regelungslücke darin, dass ein konkreter, auf § 439 Abs. 4 BGB spezialisierter Wille zur richtlinienkonformen Auslegung geäußert wurde, die rechtliche Auffassung des Gesetzgebers jedoch fehlerhaft war.[65] Diese feine Unterscheidung zwischen konkretem und allgemeinem Gesetzgeberwillen wird es künftig zu beachten gelten, damit die vorliegende Entscheidung des *BGH* nicht zur *carte blanche* für unbegrenzte gemeinschaftsrechtskonforme Rechtsfortbildung wird.

5. Fazit

Die *BGH*-Entscheidung ist sorgfältig begründet, konsequent und in sich stringent. Unbedingt zu beachten ist, dass gerade nicht dem allgemeinen Umsetzungswillen des Gesetzgebers der Vorrang vor seiner Absicht in Bezug auf einzelne Regelungen zukommt, sondern hier im Hinblick auf die konkrete Regelung Wille und Handeln des Gesetzgebers im Widerspruch zueinander standen.

Abgesehen davon ist äußerst fraglich, ob die Entscheidung zu begrüßen ist – oder ob eine klare Verneinung der Anwendung der Richtlinienvorgabe des Art. 3, insb. Abs. 2 RL 99/44/EG, wonach die Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung auch einen

---

62 Dagegen etwa *Schmidt* (Fn. 6), S. 410.

63 So wohl auch *Ayad/Hesse* BB 2009, 297. Der Fall des vorsätzlichen Richtlinienverstoßes durch den Gesetzgeber dürfte rein hypothetisch sein, vgl. *Lorenz*, LMK 2009, 273 611 sub 2. b.

64 *Lorenz*, in: MünchKomm BGB (Fn. 23), Vor § 474 BGB, Rn. 5.

65 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05, Rn. 24 u. 31.

Nutzungsersatzanspruch ausschließt (sei es durch „Auslegung" oder im Wege horizontaler Direktwirkung) nicht vorzuziehen[66] gewesen wäre. Denn die Entscheidung ist geeignet, die Entstehung eines gleichermaßen konturlosen wie „unsichtbaren" Verbraucherschutzrechtes unter der Oberfläche des BGB weiter voranzutreiben: Konturlos ist das durch Rechtsfortbildung entwickelte (Verbraucherschutz-)Recht, wenn es sich nicht in die Systematik und zugrundeliegenden Konzeptionen des Gesetzes einfügt, sondern den Wertungen der sie umfassenden Normenkomplexe widerspricht. Als Beispiel sei hier die derzeit dem *EuGH* vorliegende Frage nach der Erstattungsfähigkeit der vom Verbraucher bezahlten Hinsendekosten im Fernabsatz genannt.[67] Eine teleologische Extension des § 346 Abs. 1 BGB, die als „empfangene Leistungen" auch vom Verbraucher gezahlte Hinsende*kosten*, nicht aber die vom Unternehmer erbrachte Hinsende*leistung* qualifiziert, würde der den §§ 346 ff. BGB zugrundeliegenden Symmetrie der Rückabwicklung widersprechen.[68]

Mit der Frage hinreichender Rechtssicherheit setzt sich der *BGH* zwar auseinander und ist dabei der Ansicht, Vertrauen auf die Regelung des § 439 Abs. 4 BGB habe nicht entstehen können, weil die Norm von Beginn an, auch im Hinblick auf ihre Gemeinschaftsrechtskonformität, stark umstritten war.[69] Mag die Rechtsprechung auch die Grenze der rechtsstaatlich gebotenen Rechtssicherheit (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht überschritten haben, so wird – gerade angesichts der Vielzahl von Umsetzungsgesetzen und der Vielzahl der hieran anknüpfenden Streitigkeiten – gleichwohl die Vorhersehbarkeit und Transparenz der rechtlichen Bewertung erheblich beeinträchtigt. Es wäre daher wünschenswert, wenn von der Möglichkeit richtlinienkonformer Rechtsfortbildung nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht würde.

66 Und sodann auf den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch – trotz der Nachteile, die eine (zweite) Klage gegen den Staat für den Verbraucher mit sich bringt – zu rekurrieren gewesen wäre.

67 Vgl. Vorlagebeschluss des *BGH*, MMR 2009, 107 = WRP 2009, 62 = ZIP 2008, 2367.

68 Naheliegender wäre daher – ähnlich wie im vorliegenden Fall – eine gesetzgeberische Klarstellung in der für die Rückabwicklung von Fernabsatzgeschäften auf §§ 346 ff. BGB verweisenden Norm des § 357 BGB.

69 *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, VIII ZR 200/05, Rn. 33.

Till Wansleben*

Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 16.12.2008, Rs C-210/06 („Cartesio")

Abstract

Obwohl das mit Spannung erwartete und am 16. Dezember 2008 ergangene Urteil des *EuGH* in der Rechtssache „Cartesio" noch nicht sehr alt ist, gehört sein Name schon zu den Grundbegriffen des europäischen Gesellschaftsrechts. Sowohl der angehende als auch der in diesem Gebiet praktizierende Jurist wird sich daher mit dem Urteil und seinen Folgen auseinandersetzen müssen. „Cartesio" befasst sich vordergründig mit dem Wegzug einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedsstaat der EG durch Verlegung des Verwaltungssitzes. Hintergründung gibt es aber auch Aufschluss über den Standpunkt des *EuGH* zum grenzüberschreitenden Formwechsel.
Nachdem auf die Gründe des Urteils „Cartesio" eingegangen wurde, erläutert die Urteilsanmerkung das Konzept des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit der Artt. 43, 48 EG sowohl im Hinblick auf die Verlegung des Verwaltungssitzes unter Beibehaltung des anwendbaren Rechts als auch für den Fall des rechtsformändernden Wegzugs. Nach einer kritischen Auseinandersetzung werden die Folgen für die Praxis dargestellt.

---

* Der Verfasser studiert im sechsten Semester Rechtswissenschaft an der Goethe-Universität Frankfurt am Main und ist studentischer Mitarbeiter bei *Prof. Dr. Dres. h. c. Theodor Baums*, Institute for Law and Finance, Frankfurt a. M. Er dankt *ref. iur. Caspar Behme* und *Wiss. Mit. Roland Schmidtbleicher* für die Diskussionsbereitschaft und Anmerkungen.

I. Einleitung

Mit der zunehmenden Verwirklichung des Binnenmarktes innerhalb der EG hat auch der Wettbewerb der Rechtssysteme der einzelnen Mitgliedsstaaten zugenommen. In Folge der liberalen Urteile des *EuGH* zur Anerkennung ausländischer Gesellschaften ist insbesondere ein Wettbewerb der Gesellschaftsformen entstanden.[1] Diese mobilitätsfreundlichen Urteile betrafen jedoch immer den Zuzug europäischer Gesellschaften. Ob ein nationaler Gesetzgeber dagegen die grenzüberschreitende Verlegung des Verwaltungssitzes seiner Gesellschaften verhindern durfte, war eine der noch offenen Fragen zur Niederlassungsfreiheit. Aus diesem Grund war das am 16. Dezember 2008 ergangene Urteil „Cartesio" des *EuGH* mit Spannung erwartet worden.[2]

II. Das Urteil „Cartesio" des *EuGH*

Mit dem Urteil „Cartesio" beantwortete der *EuGH* die Vorlagefrage des ungarischen Regionalgerichts Szeged zur Verwaltungssitzverlegung einer ungarischen Gesellschaft. Er verneinte die Wegzugsfreiheit unter Verweis auf sein Urteil „Daily Mail"[3] und sorgte damit für Überraschung in Praxis und Wissenschaft. Auch für die Kommission wird das Urteil überraschend gewesen sein, hatte sie doch die Arbeiten an der Sitzverlegungsrichtlinie[4] mit der Ansicht eingestellt, dass eine solche Richtlinie nach der Rechtsprechung des *EuGH* überflüssig sei.[5] Dem hat der *EuGH* mit seinem Urteil „Cartesio" eine klare Absage erteilt und die Kommission damit indirekt aufgefordert, die Arbeiten wieder aufzunehmen.

1. Sachverhalt und Vorlagefrage

Namensgebend für das Urteil war eine, nach ungarischem Recht gegründete Kommanditgesellschaft mit dem Namen „Cartesio".[6] Als Sitz der Gesellschaft war im un-

1 Dazu *Eidenmüller,* Wettbewerb der Gesellschafsrechte in Europa, ZIP 2002, 2233 (2234 ff.); *Hommelhoff/Teichmann,* Das Recht der GmbH im Wettbewerb der Gesetzgeber, StudZR 2006, 3 (3 ff.).

2 Vgl. auch *Seibt* in FAZ v. 24.12.2008, S. 23 („Richter bremsen die europaweite Mobilität").

3 *EuGH,* Urteil v. 27.9.1988 – Rs. 81/87 „Daily Mail".

4 Ausführlich zum Vorentwurf der Richtlinie *Grundmann,* Europäisches Gesellschaftsrecht, 2004, S. 383 ff.; zur Richtlinie *Baums,* Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, AG 2007, 57 (63); *Kindler,* Der Wegzug von Gesellschaften in Europa, Der Konzern 2006, 811 (817)

5 *Teichmann,* Anmerkung zu EuGH, GA Poiares Maduro, Schlussanträge v. 22.5.2008 – Rs C-210/06, EWIR Art. 43 EG 1/08, 397 (398); *Grohmann/Gruschinske,* Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU – die Rechtssache Cartesio, EuZW 2008, 463 (464).

6 *EuGH,* Urteil v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 „Cartesio", Rn. 21 ff.; siehe zum Sachverhalt auch die Vorlage des Regionalgerichts Szeged/Ungarn ZIP 2006, 1536.

garischen Handelsregister Baja (Ungarn) eingetragen. Cartesio stellte beim zuständigen Handelsregister einen Antrag, die Verlegung ihres Verwaltungssitzes nach Gallarate (Italien) zu bestätigen und im Handelsregister zu vermerken. Dabei aber wollte sie ihre Eigenschaft als ungarische Gesellschaft behalten. Dieses Ersuchen wurde vom Handelsregister mit der Begründung abgelehnt, dass das ungarische Recht eine Verlegung des Verwaltungssitzes einer nach ungarischem Recht gegründeten Gesellschaft ins Ausland unter Beibehaltung des ungarischen Gesellschaftsstatuts nicht gestatte: Der Sitz einer ungarischen Gesellschaft muss sich an dem Ort im Inland befinden, an dem auch die Hauptverwaltung der Gesellschaft ist. Wenn die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegen möchte, müsse sie zuerst aufgelöst und dann nach dem Recht des Staates, in den sie ihren Sitz verlegen möchte, neu gegründet werden. Gegen diese Entscheidung klagte Cartesio beim Regionalgericht mit der Begründung, dass ein solches Sitzverlegungsverbot gegen Artt. 43, 48 EG verstoßen würde. Daraufhin legte das Regionalgericht dem *EuGH* im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens gem. Art. 234 EG neben einer verfahrensrechtlichen Fragestellung – die hier nicht weiter ausgeführt werden soll – die Frage vor, ob die Untersagung einer solchen grenzüberschreitenden Verwaltungssitzverlegung gegen die Niederlassungsfreiheit aus Artt. 43, 48 EG verstößt.

2. Entscheidungsgründe

Bezug nehmend auf sein Urteil „Daily Mail"[7] führt der *EuGH* aus, dass nach seiner Ansicht eine aufgrund einer nationalen Rechtsordnung gegründete Gesellschaft jenseits dieser nationalen Rechtsordnung, der die Gründung und die Existenz der Gesellschaft unterliegt, keine Realität habe.[8] Die nationalen Rechtsordnungen würden die Verlegung eines Verwaltungssitzes unterschiedlich behandeln und daran verschiedene Rechtsfolgen knüpfen. Diesen Unterschieden würde der EG-Vertrag auch Rechnung tragen. Da sich die Fähigkeit einer Gesellschaft, ihren Verwaltungssitz in ein anderes Land zu verlegen, nach nationalem Recht bestimmt, respektiere der EG-Vertrag Beschränkungen, die nationale Rechtsordnungen Gesellschaften im Hinblick auf solche Verwaltungssitzverlegungen auferlegen. Das Gemeinschaftsrecht könne, da es eine keine einheitliche gemeinschaftsrechtliche Definition von Gesellschaften i. S. d. Art. 48 EG und keine einheitliche Anknüpfungsnorm gebe, keine Antwort auf die Frage geben, wann einer nationalem Recht unterliegenden Gesellschaft die Niederlassungsfreiheit zukommt, d. h. wann eine Gesellschaft nach diesem nationalen Recht existiert. Dies sei dem nationalen Recht vorbehalten. Erst wenn dieses ergebe, dass sich eine Gesellschaft auf Artt. 43, 48 EG berufen kann, könne die Frage beantwortet werden, ob diese Gesellschaft einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ausgesetzt ist.

Das mitgliedsstaatliche Recht könne zum einen die kollisionsrechtliche Anknüpfung und zum anderen was zum Erhalt der Rechtsform nötig ist bestimmen. Das nationale

7 Siehe Fn. 3 oben.

8 *EuGH*, Urteil v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 „Cartesio", Rn. 104 ff.

Recht könne daher vorsehen, dass eine Gesellschaft, die ihren Verwaltungssitz in ein anderes Land verlegt, nicht mehr als Gesellschaft nach seinem nationalen Recht angesehen wird. Davon zu unterscheiden sei jedoch der Fall, dass eine nach mitgliedsstaatlichem Recht gegründete Gesellschaft in einen anderen Mitgliedsstaat zieht, sich das auf die Gesellschaft anzuwendende Recht ändert und die Gesellschaft sich in eine Gesellschaft nach dem Recht des Zuzugsstaats umwandelt. In einem solchen Fall dürfe ein Staat die Niederlassungsfreiheit nicht dadurch einschränken, dass er die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft fordert, sondern müsse eine Umwandlung in die Rechtsform eines anderen Mitgliedstaates ermöglichen, wenn dessen Recht eine solche Umwandlung gestattet. Diese Anmerkung des *EuGH* beruht wohl darauf, dass das vorlegende Gericht ausführte, nach ungarischem Recht sei eine formwechselnde Umwandlung ins Ausland nicht möglich.[9] Der *EuGH* betont auch, dass nach seiner Ansicht die Frage des Wegzugs von Fällen des Zuzugs klar zu trennen ist, da sich bei einem Zuzug die Frage nach dem Umfang der Kompetenzen des Rechts des Wegzugsstaates nicht stellen würde.[10]

3. Verhältnis zu den Schlussanträgen des Generalanwaltes

Mit seinem Urteil stellt sich der *EuGH* gegen die Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro*.[11] *Maduro* hatte in seinen Schlussanträgen dafür plädiert, die seit dem Urteil „Daily Mail" bestehende Unterscheidung zwischen Zuzugs- und Wegzugsfällen aufzugeben.[12] Daher möchte er auch Fälle, die den Wegzug von Gesellschaften betreffen, am Maßstab der Niederlassungsfreiheit aus Artt. 43, 48 EG messen. Nach seiner Ansicht nimmt der *EuGH* vom Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit keine speziellen Rechtsbereiche aus, die der nationalstaatlichen Gesetzgebung ohne gemeinschaftsrechtliche Kontrolle überlassen sind. Aus diesem Grund darf nach Ansicht des Generalanwalts der aus dem Urteil „Daily Mail" herauszulesende Grundsatz, dass die Staaten die Befugnisse ihrer Gesellschaften autonom festlegen dürfen, nicht soweit gehen, dass sie völlig frei, ohne Beachtung der Niederlassungsfreiheit, über „Leben und Tod" der Gesellschaften entscheiden können.[13] Die Niederlas-

9 *Teichmann*, Cartesio: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug, ZIP 2009, 393 (401); siehe dazu den Sachverhalt bei *GA Maduro*, Schlussanträge v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 „Cartesio", Rn. 1; *Kindler*, Verwaltungssitzverlegung und Wegzugsfreiheit: das EuGH-Urteil im Fall „Cartesio", S:R 1/2009, S. 9 und *Ders.*, Ende der Diskussion über die sogenannte Wegzugsfreiheit, NZG 2009, S. 130 (131) dagegen spricht davon, dass ich der EuGH ungefragt äußern würde.

10 *EuGH*, Urteil v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 „Cartesio", Rn. 121 ff.

11 *GA Maduro*, Schlussanträge v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 „Cartesio".

12 *GA Maduro*, Schlussanträge v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 „Cartesio", Rn. 28; zustimmend *Behme/Nohlen*, Zur Wegzugsfreiheit von Gesellschaften – Der Schlussantrag von Generalanwalt Maduro in der Rechtssache Cartesio (C-210/06), NZG 2008, 496; *Ringe*, Anmerkung zu den Schlussanträgen des Generalanwaltes am EuGH Poiares Maduro v. 22.5.2008 zur Rs C-210/06 („Cartesio"), ZIP 2008, 1072 (1073); vgl. auch *Wilhelmi*, Der Wegzug von Gesellschaften im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit, DB 2008, 1611.

13 *GA Maduro*, Schlussanträge v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 „Cartesio", Rn. 30 f.

sungsfreiheit würde andernfalls der Gestaltung durch nationales Recht völlig offen stehen.

III. Die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften aus Sicht des *EuGH* nach „Cartesio"

Das Urteil „Cartesio" fügt sich in die Rechtsprechung des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in Europa ein. Nachfolgend wird das Konzept des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in Europa nach dem „Cartesio"-Urteil dargestellt. Da der *EuGH* zwischen rechtsformwahrendem und rechtsformwechselndem Wegzug unterscheidet, ist dabei insbesondere der grenzüberschreitende Formwechsel von Interesse.[14] Für das Verständnis dieser Frage ist allerdings vorher eine Analyse der Ansicht des *EuGH* zur rechtsformwahrenden Verlegung des Verwaltungssitzes unerlässlich.

1. Die Verlegung des Verwaltungssitzes

Bei der rechtsformwahrenden Verlegung des Verwaltungssitzes sind sowohl Beschränkungen des Staates, in den der Verwaltungssitz verlegt wird („Zuzugsstaat") als auch des Staates, in dem der Verwaltungssitz ursprünglich lag („Wegzugsstaat") denkbar.

a) Beschränkungen durch den Zuzugsstaat

Lange Zeit dominierten die Rechtsprechung des *EuGH* zur grenzüberschreitenden Mobilität die Fälle, in denen ein Staat Gesellschaften aus anderen Mitgliedsstaaten am Zuzug hinderte.[15]

Nach der Urteilstrilogie „Centros" (1999),[16] „Überseering" (2002)[17] und „Inspire Art" (2003)[18] ist geklärt, dass Zuzugsstaaten Gesellschaften, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates gegründet wurden, zumindest grundsätzlich vollumfänglich anerkennen und nach dem Recht des Gründungsstaates behandeln müssen.[19]

---

14 Vgl. *Behme/Nohlen*, Kommentar zu EuGH, Urteil vom 16.12.2008 – Rs. C-210/06, Cartesio, BB 2009, 13; *Teichmann* (Fn. 9), S. 394; *Knop*, Die Wegzugsfreiheit nach dem Cartesio-Urteil des EuGH, DZWIR 2009, 147 (151); *Goette*, Anmerkung zu EuGH – Cartesio, DStR 2009, 128.

15 Vgl. zur Rechtsprechung des EuGH auch *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, Habil. Heidelberg 2005, S. 79 ff.; *Jüttner*, Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit, Diss. Marburg 2004, S. 46 ff.

16 *EuGH*, Urteil v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 „Centros".

17 *EuGH*, Urteil v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 „Überseering".

18 *EuGH*, Urteil v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 „Inspire Art".

19 Vgl. nur *Behme*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei der britischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland, ZIP 2008, 351; *Jüttner* (Fn. 15), S. 84; *Schneider*, Internationales Gesellschaftsrecht vor der Kodifizierung, BB 2008, 566 (568); *Altmeppen*, in: Münchener

Jede Maßnahme, die auch nur geeignet ist grenzüberschreitende Niederlassungen zu behindern, bedarf mithin einer gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigung. Dies gilt auch dann, wenn die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz nicht grenzüberschreitend verlegt, sondern Satzungs- und Verwaltungssitz von Anfang an auseinanderfallen (sog. „Briefkastengesellschaft").[20]

In seiner Rechtsprechung zu Zuzugsfällen stellte der *EuGH* aber auch fest, dass es sich dabei um Zuzugsbeschränkungen eines anderen Staates (nicht des Gründungstaates) handeln muss. Zu Beschränkungen, die der Staat aufstellt, dessen Gesellschaftsstatut die Gesellschaft unterliegt, äußert sich der *EuGH* nicht. Er unterscheidet mithin danach, ob es um die Anerkennung des Rechts eines anderen Mitgliedsstaates oder um den Umfang des eigenen Rechtes geht.[21] Nach Ansicht des *EuGH* sind dabei sowohl die Hauptniederlassung, als auch der satzungsmäßige Sitz oder die Hauptverwaltung geeignet, die Zugehörigkeit zu einer Rechtsordnung zu bestimmen.[22]

b) Beschränkungen durch den Wegzugsstaat

Spannender und umstritten war bis zum Urteil „Cartesio" die Frage, ob die Verwaltungssitzverlegung einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedsstaat durch den Wegzugsstaat erschwert oder verboten werden darf.

Über einen solchen Wegzugsfall hatte der *EuGH* erstmals in der Sache „Daily Mail"[23] zu urteilen. Der *EuGH* entschied, dass eine Gesellschaft jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und Existenz regelt, keine Realität habe (sog. „Geschöpftheorie"[24]), da der EG-Vertrag unterschiedliche Anknüpfungsmomente für die von der Niederlassungsfreiheit erfassten Gesellschaften achte.[25] Der *EuGH* orientiert sich dabei am Wortlaut des Art. 48 EG. Für seine Anwendbarkeit sei zu klären, ob ein Gebilde als eine Gesellschaft zu qualifizieren ist. Das Ge-

---

Kommentar zum AktG IX/2, 2. Aufl. (2006), Europ. Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 18 ff.; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 1), S. 16; dazu auch *Wendehorst,* in: Langenbucher (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2. Aufl. (2008), § 8 Rn. 101 ff.

20 Vgl. nur *Eidenmüller* (Fn. 1), S. 2243 f.; *Leible/Hoffmann,* Wie inspiriert ist „Inspire Art"?, EuZW 2003, 677 (681 f.); *Behme/Nohlen* (Fn. 12), S. 498; *Altmeppen* (Fn. 19), Europ. Niederlassungsfreiheit, 4. Kapitel, Rn. 1 ff.; a. A. wohl *Franz/Laeger,* Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach der Umsetzung des MoMiG unter Einbeziehung des Referentenentwurfs zum internationalen Gesellschaftsrecht, BB 2008, 678 (681); a. A. *Brakalova/Barth,* Nationale Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU bleiben zulässig, DB 2009, 213 (216).

21 Vgl. *Wilhelmi* (Fn. 12), S. 1612; *Leible/Hoffmann,* Cartesio – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen, DB 2009, 58.

22 Vgl. *Wilhelmi* (Fn. 12), S. 1612.

23 *EuGH,* Urteil v. 27.9.1988 – Rs. 81/87 „Daily Mail".

24 *Kindler* (Fn. 9), S. 9; *Weng,* Die Rechtssache Cartesio – Das Ende Daily Mails?, EWS 2008, 264 (268).

25 Vgl. *EuGH,* Urteil v. 27.9.1988 – Rs. 81/87 „Daily Mail", Rn. 19 ff.; *Wilhelmi* (Fn. 12), S. 1611 f.; kritisch *Kieninger,* Grenzüberschreitende Verschmelzungen in der EU – das SEVIC-Urteil des EuGH, EWS 2006, 49 (51).

meinschaftsrecht bestimme jedoch nicht autonom ob es sich um eine solche Gesellschaft handelt, sondern mache dies von den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten abhängig („nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften", Art. 48 UAbs. 1 EG).[26] Daraus folgt für den *EuGH*, dass zwar der Zuzugsstaat eine Gesellschaft des Wegzugsstaates anerkennen muss, der Wegzugsstaat aber bestimmen kann, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Wegzug überhaupt möglich ist.[27] Wie „Cartesio" zeigt, haben die Urteile des *EuGH* zu Zuzugsfällen auch nicht zu einer Abkehr von diesem Grundsatz geführt. Der *EuGH* hat vielmehr stetig die Unterscheidung zwischen Zuzugs- und Wegzugsfällen herausgearbeitet.[28]

In Teilen der Literatur wurde dagegen vertreten, der Differenzierung zwischen Zuzugs- und Wegzugsfällen stehe die Entscheidung des *EuGH* in der Rechtssache „de Lasteyrie du Saillant"[29] entgegen. Darin hatte der *EuGH* entschieden, dass eine Erschwerung der Wohnsitzverlegung einer natürlichen Person ins Ausland als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit zu werten sei. Daraus, dass für natürliche Personen die Wegzugsfreiheit bejaht wurde und juristische Personen diesen gleichstehen, wurde gefolgert, dass auch für Gesellschaften die Wegzugsfreiheit zu bejahen sei.[30] Der *EuGH* trifft jedoch zwischen natürlichen und juristischen Personen eine gewichtige Unterscheidung:

Anders als natürliche Personen unterliegen nach Ansicht des *EuGH* juristische Personen als „Fiktion"[31] allein dem Recht des Staates nach dem sie gegründet wurden.[32] Die juristischen Personen brauchen, anders als natürliche Personen, eine positive Definition um „leben" zu können.[33] Weil es keine europarechtliche Ausgestaltung von Gesellschaften gibt, richten sich der Umfang ihrer Rechte und Pflichten und ihre Eigenschaften nach ihrem Gründungsrecht.[34] Dies besagt die schon angesprochene „Geschöpftheorie". Für den *EuGH* besteht eine enge Bindung zwischen Gründung, Existenz und Liquidation einer Gesellschaft. Vergleichbar mit dieser Zuschreibung bei juristischen Personen ist die Staatsangehörigkeit bei natürlichen Personen. Diese unterliegt im gemeinschaftsrechtlichen Kontext ebenfalls dem mitgliedsstaatlichen

---

26 *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Band II (EUV/EGV), 36. Lfg., Juli 2008, Art. 48 EGV, Rn. 10; *Bröhmer*, in: Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union (EUV/EGV), 3. Aufl. 2007, Art. 48 EGV, Rn. 5.

27 *Eidenmüller* (Fn. 1), S. 2243.

28 *Weng* (Fn. 24), S. 268; dies kritisierend *Kieninger* (Fn. 25), S. 51.

29 *EuGH*, Urteil v. 11.3.2004 – Rs. C-9/02 „de Lasteyrie du Saillant".

30 Vgl. *Teichmann* (Fn. 5), S. 398; *Wilhelmi* (Fn. 12), S. 1612; a. A. *Weng* (Fn. 24), S. 268 f.; kritisch *Korsten/Bieniek*, Kurzkommentar zu EuGH, Urt. v. 11.3.2003 – Rs C-9/92, EWiR Art. 43 EG 2/04, 801 (802); zur Wegzugsfreiheit natürlicher Personen auch *Randelzhofer/Forsthoff* (Fn. 26), Art. 43 EGV Rn. 61 und 104.

31 Zur Fiktionstheorie der juristischen Person *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), S. 187 ff.

32 Vgl. auch *Leible/Hoffmann* (Fn. 21), S. 59; instruktiv *Teichmann*, Binnenmarktkonformität von Gesellschaften nach „Sevic", ZIP 2006, 355 (358).

33 Vgl. *Krause/Kulpa*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, ZHR 171 (2007), S. 38 (42).

34 Dazu auch *Altmeppen* (Fn. 19), Europ. Niederlassungsfreiheit, 1. Kapitel, Rn. 25 ff.

Recht.[35] Aus diesem Grund ist auch das Urteil „de Lasteyrie du Saillant" nicht direkt mit „Cartesio" zu vergleichen.[36] Im Hinblick auf natürliche Personen könnte man daher nach der Logik des *EuGH* (zumindest bei isolierter, formaler Betrachtung der Niederlassungsfreiheit) davon ausgehen, dass einer natürlichen Person bei beim Wegzug die Staatsangehörigkeit aberkannt werden kann, so lange sie im Zuzugsstaat eine neue zuerkannt bekommt.[37] Gegen einen Widerspruch zwischen den Urteilen spricht auch, dass der Entzug der Staatsbürgerschaft in keiner Weise die „Existenz" einer natürlichen Person betrifft, während eine Gesellschaft bei einem entsprechenden Vorgang unmittelbar aufhört zu „existieren".[38]

Diese, auf das nationale Recht abstellende Sichtweise, zieht die Folgefrage nach sich, wie weit das Gründungsrecht die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit aus Art. 48 EG für Gesellschaften bestimmen darf. Art. 48 EG spricht lediglich davon, dass die Gesellschaft nach dem Recht eines Mitgliedsstaates „gegründet" sein muss. Der *EuGH* geht aber soweit, dass er dazu auch das Ende der Existenz zählt.[39] Daher unterfällt der statutenwahrende Wegzug nach Ansicht des *EuGH* nicht der Niederlassungsfreiheit.[40] Will die Gesellschaft dagegen ihren Sitz in einen anderen Mitgliedsstaat unter Änderung ihres Gesellschaftsstatuts verlegen, wird dies von Artt. 43, 48 EG erfasst.[41] Diese Unterscheidung mag zwar im Ergebnis nicht begrüßenswert sein, im Rahmen der Sichtweise des *EuGH* ist sie aber stimmig:[42] Im Fall der Verwaltungssitzverlegung bleibt das Recht des Gründungsstaates weiter anwendbar, während bei der rechtsformändernden Satzungssitzverlegung das „Band" zum Gründungsstaat zerschnitten wird.

Auch bei der Verlegung des Satzungssitzes, unter Beibehaltung des Gründungsrechts, kann nach der Rechtsprechung des *EuGH* die Niederlassungsfreiheit nicht eröffnet sein.[43] In einem solchen Fall bleibt weiter das Gründungsstatut anwendbar, das dann auch über die Zulässigkeit einer solchen Satzungssitzverlegung entscheiden

35 *EuGH*, Urteil v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 „Cartesio", Rn. 109; *Randelzhofer/Forsthoff* (Fn. 26), vor Art. 39–55 EGV Rn. 12; *Teichmann* (Fn. 9), S. 393 f.

36 Vgl. auch *Zimmer/Naendrup*, Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW 2009, 545 (546); a. A. *Leible/Hoffmann* (Fn. 21), S. 60; *Teichmann* (Fn. 32), S. 357.

37 Kritisch *Richter*, Der identitätswahrende Wegzug deutscher Gesellschaften ins EU-/EWR-Ausland auf dem Vormarsch, IStR 2008, 719 (723); *Knof/Mock*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 16.12.2008 – Rs C-210/06, ZIP 2009, 30 (32); *Leible/Hoffmann* (Fn. 21), S. 59; wohl auch *Teichmann* (Fn. 9), S. 396.

38 So mit gewichtigen Argumenten *Zimmer/Naendrup* (Fn. 36), S. 546 f.

39 Dies kritisierend *Knof/Mock* (Fn. 37), S. 31 f.; für eine Bereichsausnahme für den Wegzug *Randelzhofer/Forsthoff* (Fn. 26), Art. 48 EGV Rn. 59 f.

40 Dies kritisierend *Campos Nave*, Die Liberalisierung der Wegzugsfreiheit in Europa, BB 2008, 1410 (1413).

41 *EuGH*, Urteil v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 „Cartesio", Rn. 111 f. *Weng* (Fn. 24), S. 268; dazu unter III.2.b). unten.

42 A. A. *Knof/Mock* (Fn. 37), S. 32.

43 *Mörsdorf*, Beschränkung der Mobilität von EU-Gesellschaften im Binnenmarkt – eine Zwischenbilanz, EuZW 2009, 97 (101 f.); unklar *Knof/Mock* (Fn. 37), S. 33.

könnte. Anderes gilt nur, wenn sich mit Verlegung des Satzungssitzes auch das Gesellschaftsstatut ändert.

2. Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel

Nach „Cartesio" sind die Fragen der grenzüberschreitenden Verwaltungssitzverlegung zumindest im Ergebnis nahezu abschließend geklärt. Durch die Ausführungen des *EuGH* rückt nun aber der grenzüberschreitende Formwechsel in den Blickpunkt.

Zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen hatte der *EuGH* bereits 2005 in seinem Urteil „Sevic"[44] Stellung genommen. Dieses hatte die Verschmelzung einer luxemburgischen SA auf eine deutsche AG nach dem deutschen UmwG zum Gegenstand. Das deutsche UmwG erlaubte nur die Eintragung eine innerstaatlichen, nicht aber eine grenzüberschreitenden Verschmelzung in das Handelsregister. Der *EuGH* sah darin einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, da insofern grenzüberschreitende Verschmelzungen gegenüber rein innerstaatlichen Sachverhalten nachteilig behandelt würden.[45]

Da „Sevic" von einer Hineinverschmelzung handelte, ähnelt dieser Fall grundsätzlich den Zuzugsfällen.[46] Anders als in den typischen Zuzugsfällen ging es in „Sevic" jedoch nicht darum, welche ausländischen Gesellschaften anerkannt werden müssen, sondern welchen Umfang das eigene Gesellschaftsrecht (in diesem Fall das Umwandlungsrecht) haben darf.[47] Die Aussage von „Sevic" steht auch nicht im Widerspruch zu „Daily Mail" und „Cartesio". Anders als in den beiden Urteilen zu reinen Wegzugsfällen geht es in „Sevic" darum, welche Reichweite eine Regelung des nationalen Gesellschaftsrechts in Bezug auf andere Rechtsordnungen haben darf.[48] Daraus folgt, dass Beschränkungen, die lediglich die Sitzverlegung nach Gründungsrecht betreffen, nicht von der Niederlassungsfreiheit erfasst werden. Andere Beschränkungen, die einen Bezugspunkt zu einer zweiten Rechtsordnung aufweisen, wie beispielweise die Beschränkungen im Fall „Sevic", verstoßen dagegen gegen die Niederlassungsfreiheit.[49] Die Mitgliedsstaaten können mithin nur über „ihre" Gesellschaften entscheiden, nicht über die Gesellschaften mit der Rechtsform anderer Mitgliedsstaaten.[50] Folglich werden auch Hinausverschmelzungen von der Niederlassungsfreiheit erfasst. Dem *EuGH* geht es dabei aber nicht um die Anknüpfungsfrage i. S. d. Kollisionsrechts, sondern vielmehr darum, wie weit das Gründungsrecht über die Rechte einer Gesellschaft entscheiden darf.[51]

---

44 *EuGH*, Urteil v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03 „Sevic".
45 Vgl. auch *Teichmann* (Fn. 32), S. 356.
46 *Wilhelmi* (Fn. 12), S. 1613; *Grohmann/Gruschinske* (Fn. 5), S. 463.
47 Vgl. *Weng* (Fn. 24), S. 269; *Wilhelmi* (Fn. 12), S. 1613.
48 Siehe auch *Wilhelmi* (Fn. 12), S. 1613.
49 Vgl. *EuGH*, Urteil v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 „Cartesio", Rn. 110 f.; auch *Wilhelmi* (Fn. 12), S. 1613; kritisch *Knop* (Fn. 14), S. 150 f.
50 *Zimmer/Naendrup* (Fn. 36), S. 547.
51 A. A. wohl *Wilhelmi* (Fn. 12), S. 1614.

Aus diesen Folgerungen zu „Sevic", den oben geschilderten Aussagen zur Verwaltungssitzverlegung und den Feststellungen des *EuGH* zu „Cartesio" lässt sich die Zulässigkeit von grenzüberschreitenden Formwechseln in Europa beurteilen.

a) Beschränkungen durch den Zuzugsstaat

Beschränkungen eines grenzüberschreitenden Formwechsels sind zum einen durch den Zuzugsstaat denkbar. Dieser könnte beispielsweise Formwechsel „hinein" gänzlich verbieten.[52] In einem solchen Fall der Hereinumwandlung durch Formwechsel ergibt sich kein Unterschied zur Aussage des *EuGH* im Urteil „Sevic". Diese Rechtssache bezog sich zwar nicht auf einen Formwechsel, sondern auf eine Verschmelzung, jedoch darf auch bei einem Formwechsel, bei dem gar keine inländische, sondern nur eine ausländische Gesellschaft beteiligt ist, eine ausländische Gesellschaft nicht schlechter als eine inländische gestellt werden.[53] Diese Aussage lässt sich auch der Rechtsprechung des *EuGH* zu Zuzugsfällen bei der Verwaltungssitzverlegung entnehmen. Beschränkungen des grenzüberschreitenden Formwechsels müssen sich damit grundsätzlich an der Niederlassungsfreiheit aus Artt. 43, 48 EG messen lassen.[54] Dies gilt unabhängig davon, ob der Zuzugsstaat der Gründungstheorie oder der Sitztheorie[55] folgt.[56]

Eine Hereinumwandlung durch Formwechsel darf der Zuzugsstaat nur dann verbieten, wenn er auch für inländische Gesellschaften keinen Formwechsel kennt.[57] Maßgeblich ist die Schlechterstellung von grenzüberschreitenden gegenüber inländischen Sachverhalten. Eine solche Schlechterstellung lässt sich nicht schon deshalb verneinen, weil ausländischen Gesellschaften die grenzüberschreitende Verschmelzung möglich ist. Erlaubt man den inländischen Gesellschaften sowohl Verschmelzung als auch Formwechsel, muss man ausländischen Gesellschaften im Sinne einer Gleichstellung ebenfalls beide Umwandlungsoptionen gestatten.

b) Beschränkungen durch den Wegzugsstaat

Ein grenzüberschreitender Formwechsel kann aber auch durch den Wegzugsstaat behindert werden. Nach „Sevic" fällt auch die Hinausverschmelzung unter die Niederlassungsfreiheit, da der *EuGH* dort den Anwendungsbereich der Niederlassungs-

52 Zur Situation in Deutschland V.3. a) unten.

53 Vgl. auch *Jaensch*, Der grenzüberschreitende Formwechsel vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH, EWS 2007, 97 (102).

54 Vgl. nur *Behme/Nohlen* (Fn. 14), S. 14; *Teichmann* (Fn. 9), S. 402; *Geyrhalter/Weber*, Transnationale Verschmelzungen – im Spannungsfeld zwischen SEVIC Systems und der Verschmelzungsrichtlinie, DStR 2006, 146 (150); unklar *Drinhausen*, in: Semler/Stengel, UmwG, 2. Aufl. (2007), Einleitung C, Rn. 29; kritisch *Krause/Kulpa* (Fn. 33), S. 47 f.; a. A. *Siems*, SEVIC: Der letzte Mosaikstein im Internationalen Gesellschaftsrecht der EU?, EuZW 2006, 135 (139 f.); a. A. wohl *Leible/Hoffmann* (Fn. 21), S. 60.

55 Dazu auch V.1. unten.

56 A. A. *Leible/Hoffmann* (Fn. 21), S. 61.

57 Vgl. *EuGH*, Urteil v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 „Cartesio", Rn. 112; *Behme/Nohlen* (Fn. 14), S. 14.

freiheit nicht nur für speziell für die Hineinverschmelzung bejaht hat.[58] Dies muss auch für die formwechselnde Herausumwandlung gelten. Anders als bei der Verwaltungssitzverlegung ändert sich bei einer Herausumwandlung durch Formwechsel das Gesellschaftsstatut. Die Eigenschaften der Gesellschaft unterliegen damit nicht mehr dem Gründungstatut, so dass ein Staat einen Formwechsel „hinaus" nicht verbieten kann.[59] Dies ist hat der *EuGH* mit „Cartesio" nochmals klargestellt, in dem er ausführte, dass ein Mitgliedsstaat bei Verlegung des Satzungssitzes einer Gesellschaft, unter Änderung des anwendbaren Rechts, nicht verlangen darf, dass die Gesellschaft in seinem Staat liquidiert wird.[60] Der *EuGH* unterscheidet mithin zwischen formwechselndem und formwahrendem Wegzug.[61]

Die Pflicht des Wegzugsstaates, eine formwechselnde Herausumwandlung zuzulassen, besteht jedoch nur insoweit, wie der Zuzugsstaat eine Hereinumwandlung erlaubt. Der Zuzugsstaat muss eine solche formwechselnde Hereinumwandlung gestatten, soweit er seinen inländischen Gesellschaften einen Formwechsel erlaubt.[62] Mithin muss der Gründungsstaat einen Formwechsel ins Ausland soweit zulassen, wie die Hereinumwandlung nach dem Recht des Zuzugsstaats möglich ist oder sein muss.[63]

Man könnte geneigt sein anzunehmen, dass der Wegzugsstaat die formwechselnde Herausumwandlung dann nicht zulassen muss, wenn er seinen Gesellschaften die Verwaltungssitzverlegung erlaubt. In einem solchen Fall, so wäre das Argument, würde er den Gesellschaften bereits ausreichende Mobilität ermöglichen. Diese Sichtweise kann jedoch nicht überzeugen, denn dem Konzept des *EuGH* liegt eine Unterscheidung zwischen den rechtlichen Berührungspunkten der Maßnahme zu Grunde. Sofern die Maßnahme nur das Recht des Wegzugsstaates berührt (statutenwahrende Verwaltungssitzverlegung), ist eine Beschränkung durch das Gründungsrecht zulässig. Wird dagegen auch eine zweite Rechtsordnung berührt (statutenändernder Wegzug) fällt die Beschränkung unter die Niederlassungsfreiheit. Damit kann die Zulässigkeit der Verwaltungssitzverlegung das Defizit bei der formwechselnden Herausumwandlung nicht aufwiegen. Dem Gebot des *EuGH*, die Statutenänderung zuzulassen, genügt auch die Möglichkeit zur grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht. Dem *EuGH* wird die entsprechende Richtlinie über die grenz-

58 *EuGH*, Urteil v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03 „Sevic", Rn. 21 und 30; so auch *Teichmann* (Fn. 32), S. 357; *Kieninger* (Fn. 25), S. 51 f.; *Drygala*, Kurzkommentar zu EuGH, Urt. v. 13.12.2005 – Rs C-411/03, EWiR § 1 UmwG 1/06, 25 (26); *Siems* (Fn. 54), S. 138; *Koppensteiner*, Zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2006, 40 (42); *Jaensch* (Fn. 53), S. 103; *Bungert*, Grenzüberschreitende Verschmelzungsmobilität – Anmerkung zur Sevic-Entscheidung des EuGH, BB 2006, 53 (55 f.) sieht zu Recht alle Umwandlungen erfasst; a. A. *Kindler* (Fn. 4), S. 819.

59 *Weng* (Fn. 24), S. 269.

60 *EuGH*, Urteil v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 „Cartesio", Rn. 111 f.; die Argumentation des EuGH kritisierend *Knof/Mock* (Fn. 37), S. 32.

61 Siehe *Behme/Nohlen* (Fn. 14), S. 13; zustimmend *Teichmann* (Fn. 9), S. 394; vgl. weitere Nachweise in Fn. 14 oben.

62 Siehe oben III.2.a).

63 So *Mörsdorf* (Fn. 43), S. 100.

überschreitende Verschmelzung[64] bei Formulierung des Urteils bekannt gewesen sein, so dass seine Ausführungen nur so verstanden werden können, dass die Verschmelzung keinen ausreichenden Ersatz für einen Formwechsel darstellt.

Eine Herausumwandlung durch Formwechsel muss der Wegzugsstaat auch dann zulassen, wenn der Verwaltungssitz der Gesellschaft weiter im Inland verbleibt.[65] Auch hier endet der Anwendungsbereich seines eigenen Rechts. Lediglich das neue Gesellschaftsstatut kann verbieten, dass eine Gesellschaft nach seinem Recht einen Verwaltungssitz im Ausland hat.[66] Die grundsätzliche Hereinumwandlung kann es dagegen nicht verbieten.[67] Die Rechtfertigung von Beschränkungen des Formwechsels aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls bleibt dagegen weiterhin möglich.[68] Eine generelle Versagung der Herausumwandlung wird diesen Maßstäben jedoch nicht gerecht werden.[69]

IV. Bewertung des vom *EuGH* verfolgten Konzepts der Niederlassungsfreiheit

Die Unterscheidung zwischen Wegzugs- und Zuzugsfällen ist in keinem Fall „künstlich",[70] sondern ist, wie oben dargestellt, mit guten Argumenten vertretbar. Die These des *EuGH*, dass die Gesellschaften, mangels europarechtlicher Definition, dem Recht des Gründungsstaates unterstehen müssen, erscheint zumindest im Grundsatz nachvollziehbar.[71] Im Ergebnis muss man jedoch an der Richtigkeit der Rechtsprechung des *EuGH* zweifeln,[72] da sie zu erheblichen Störungen des Binnenmarktes führen kann.[73] Die Mobilität der Gesellschaften (zumindest im Hinblick auf den statutenwahrenden Wegzug) in so hohem Maße in das Ermessen der Mitgliedstaaten zu stellen, kann zum Leerlauf der Niederlassungsfreiheit führen. Insbesondere unter dem Gesichtspunkt des *effet utile* ist das Ergebnis zweifelhaft.[74] Eine „unkontrollierte" Bestimmung der Wegzugsfreiheit durch die Mitgliedsstaaten ist mit der Zielsetzung eines einheitlichen Binnenmarktes nicht zu vereinbaren.[75]

---

64 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten, Abl. EU v. 25.11.2005 Nr. L 310, S. 1.

65 Dagegen *Leible/Hoffmann* (Fn. 21), S. 62.

66 *Altmeppen* (Fn. 19), Europ. Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 208; siehe auch III.1. b) oben.

67 Dazu oben unter III.2.a).

68 Vgl. *EuGH*, Urteil v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 „Cartesio", Rn. 113; *Knop* (Fn. 14), S. 152; *Zimmer/Naendrup* (Fn. 36), S. 547 f.

69 *Knop* (Fn. 14), S. 152.

70 So aber *Grohmann/Gruschinske* (Fn. 5), S. 464.

71 Vgl. auch *Teichmann* (Fn. 32), S. 358.

72 In diese Richtung auch *Eidenmüller* (Fn. 1), S. 2243.

73 *Behme/Nohlen* (Fn. 14), S. 13.

74 Vgl. *Behme/Nohlen* (Fn. 12), S. 497; *Behme/Nohlen* (Fn. 14), S. 13.

75 Auch *Grohmann/Gruschinske* (Fn. 5), S. 464.

Der Ansatzpunkt des *EuGH*, die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit auf ein Gebilde von nationalem Recht abhängig zu machen, ist dogmatisch stimmig. Eine solche Auslegung wird vom Wortlaut des Art. 48 EG gefordert. Art. 48 EG fordert aber nur, dass eine Gesellschaft nach mitgliedsstaatlichem Recht gegründet wurden. Damit hängt zwar die Existenz und Auflösung einer Gesellschaft zusammen, eine Bereichsausnahme von der Hoheit des Gründungsstaates für die Verwaltungssitzverlegung erscheint aber mit dem Grundgedanken eines Binnenmarktes besser vereinbar.[76] Der Verknüpfung des *EuGH* von Gründung und Fortbestand ist insoweit nicht zuzustimmen, da sie im Wortlaut des Art. 48 UAbs. 1 EG keine Entsprechung findet.[77] Lehnt man eine entsprechende Verknüpfung zwischen Gründung und Auflösung bei Verwaltungssitzverlegung ab, fallen auch die Abgrenzungsprobleme des *EuGH* zu natürlichen Personen weg.[78] Hinzu kommt, dass auch die nationalen Vorschriften zur Gründung einer Gesellschaft nicht „immun" gegen die Anforderungen der Niederlassungsfreiheit sind, sondern sich an ihr messen lassen müssen.[79] Dies ermöglicht es, ohne das dogmatische Konzept des *EuGH* in Frage zu stellen, mitgliedsstaatlichen Beschränkungen der Verwaltungssitzverlegung zu begegnen. Das alles spricht dafür, dem nationalen Gesellschaftsrecht aufzuerlegen, auch Verwaltungssitzverlegungen zuzulassen.

V. Auswirkungen der Rechtsprechung des *EuGH* auf das deutsche Recht

Im Folgenden sollen die Auswirkungen des oben dargestellten Konzepts des *EuGH* auf das deutsche Recht dargestellt werden. Bevor auf die deutschen Sachvorschriften eingegangen wird, ist zunächst das Internationale Privatrecht in den Blick zu nehmen.

1. Internationales Privatrecht

Die Frage, welches nationale Gesellschaftsrecht als Sachrecht bei grenzüberschreitenden Vorgängen Anwendung findet, beantwortet als Kollisionsrecht das Internationale Gesellschaftsrecht.

Im Internationalen Gesellschaftsrecht stehen sich die Konzepte der Gründungs- und der (Verwaltungs-)Sitztheorie gegenüber. Nach der (Verwaltungs-)Sitztheorie bestimmt sich das für eine Gesellschaft maßgebliche Recht nach dem Ort, an dem die Gesellschaft ihren (tatsächlichen) Verwaltungssitz hat.[80] Die Gründungstheorie wen-

76 Vgl. auch *Knof/Mock* (Fn. 37), S. 31 f.
77 Auch *Knop* (Fn. 14), S. 150; ähnlich *Mörsdorf* (Fn. 43), S. 99.
78 Lesenswert dazu *Zimmer/Naendrup* (Fn. 36), S. 546 f.
79 *Teichmann* (Fn. 9), S. 399.
80 Vgl. nur *Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB XI 4. Aufl. (2006), IntGesR, Rn. 400 ff.; *Kußmaul/Richter*, Die Sitztheorie hat endgültig ausgedient! – Anmerkungen

det dagegen, unabhängig vom Verwaltungssitz der Gesellschaft, auf eine Gesellschaft das Recht an, nach dem sie wirksam gegründet wurde.[81] Da die meisten Staaten einen inländischen Satzungssitz verlangen, kann auch von der Satzungssitztheorie gesprochen werden.[82] Die in Deutschland herrschende Sitztheorie ist durch die Rechtsprechung des *EuGH* zu Zuzugsfällen[83] nicht mehr uneingeschränkt anwendbar.[84] Gleichwohl stehen der *EuGH* und die Artt. 43, 48 EG den kollisionsrechtlichen Regelungen betreffend der Gesellschaften grundsätzlich neutral gegenüber.[85] Entsprechende nationale Vorschriften werden daher unabhängig davon, ob sie Ausprägung der Gründungstheorie oder der (Verwaltungs-)Sitztheorie sind, anerkannt. Das Ergebnis der Anwendung der Rechtsnormen muss sich aber, unabhängig davon, ob es sich um Sach- oder Kollisionsnormen handelt, an der Niederlassungsfreiheit messen lassen.[86] Ein der Sitztheorie folgender Mitgliedsstaat muss insofern bei Hineinverlegung des Verwaltungssitzes, entgegen der Sitztheorie eine Rückverweisung auf das Gründungsrecht vornehmen.[87] Im Ergebnis bildet damit die grundsätzliche Anwendung der Gründungstheorie die vom *EuGH* aufgestellten Erfordernisse besser ab.[88] Auch durch „Cartesio" ergibt sich weder ein Zwang die Gründungstheorie umfassend anzuwenden, noch lässt sich das Urteil als ein Zeichen für eine Präferierung der Sitztheorie deuten.[89] Trotz dieser grundsätzlichen Neutralität der Rechtsprechung des *EuGH* gegenüber dem Kollisionsrecht gibt es auch in Deutschland Versuche, die Sitztheorie auch auf kollisionsrechtlicher Ebene gänzlich abzuschaffen.[90] Der Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen[91] sieht vor, dass auch in Deutschland das auf eine Gesellschaft anwendbare Recht künftig nach der Gründungstheorie bestimmt werden soll.[92]

---

zum Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, DB 2008, 451.

81 Vgl. nur *Kußmaul/Richter* (Fn. 80), S. 452.

82 *Altmeppen* (Fn. 19), Europ. Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 48.

83 Siehe III.1.a) oben.

84 *Altmeppen* (Fn. 19), Europ. Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 36.

85 *GA Maduro*, Schlussanträge v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 „Cartesio", Rn. 30; *Wilhelmi* (Fn. 12), S. 1613; *Kindler* (Fn. 9), S. 9; *Randelzhofer/Forsthoff* (Fn. 26), Art. 48 EGV Rn. 2; *Ahrens*, Quo vadis, secietate? Das Internationale Gesellschaftsrecht auf dem Prüfstand der EG-Niederlassungsfreiheit, RNotZ 2003, 32 (35 f.); a. A. *Eidenmüller* (Fn. 1), S. 2241 f.

86 *Weng* (Fn. 24), S. 265.

87 Vgl. nur *Schmidtbleicher*, Verwaltungssitzverlegung deutscher Kapitalgesellschaften in Europa: „Sevic" als Leitlinie für „Cartesio"?, BB 2007, 613 m. w. N.; *Behme*, Der Weg deutscher Aktiengesellschaften ins Ausland – Goldene Brücke statt Stolperpfad, BB 2008, 70 (71).

88 Vgl. auch *Randelzhofer/Forsthoff* (Fn. 26), Art. 48 EGV Rn. 73 ff.

89 Vgl. auch *Leible/Hoffmann* (Fn. 21), S. 62.

90 Für eine stille Bestattung der Sitztheorie bereits *Hoffmann*, Die stille Bestattung der Sitztheorie durch den Gesetzgeber, ZIP 2007, 1581 (1582 ff.).

91 Der Referentenentwurf ist abrufbar unter http://bmj.de/files/-/2751/RefE%20Gesetz%20zum%20Internationalen%20Privatrecht%20der%20Gesellschaften,%20Vereine%20und%20juristischen%20Personen.pdf.

92 *Schneider* (Fn. 19), S. 569 ff.; *Bollacher*, Referentenentwurf zur Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts, RIW 2008, 200 (201 ff.); *Kußmaul/Richter* (Fn. 80), S. 454 f.

2. Gesellschaftsrecht

Durch „Cartesio" hat der *EuGH* die Autonomie des nationalen Gesellschaftsrechts gestärkt. Der deutsche Gesetzgeber hat aber mit unnötigem „vorauseilendem Gehorsam"[93] schon früher mit dem MoMiG[94] reagiert.[95]

Vor dem MoMiG wurde bei Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland eine deutsche Gesellschaft sachrechtlich aufgelöst.[96] Entweder wurde der Akt der tatsächlichen Verlegung als Auflösungsgrund angesehen oder der Beschluss über die Verwaltungssitzverlegung wurde als Auflösungsbeschluss gedeutet.[97] Mit dem MoMiG hat sich dies nun geändert.[98] Durch die Streichung der § 4a Abs. 2 GmbHG und § 5 Abs. 2 AktG können nun zumindest unstreitig deutsche Kapitalgesellschaften in Form der GmbH oder AG ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegen oder bereits bei Gründung einen ausländischen Verwaltungssitz angeben.[99] In § 4a Abs. 1 GmbHG und § 5 Abs. 1 AktG wurde aber klargestellt, dass der Satzungssitz einer deutschen Kapitalgesellschaft weiterhin im Inland liegen muss.[100] Obwohl vom *EuGH* nicht verlangt, können deutsche Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH daher ihren Verwaltungssitz ins Ausland (auch außerhalb der EG) verlegen. „Cartesio" hat damit keine Auswirkungen auf das deutsche Gesellschaftsrecht. Die Anerkennung von Gesellschaften aus dem europäischen Ausland bleibt davon unberührt.

3. Formwechsel nach dem Umwandlungsgesetz

Nach „Sevic" und „Cartesio" sind die Auswirkungen der Niederlassungsfreiheit auf den Formwechsel nach deutschem Umwandlungsrecht zu untersuchen.

Obwohl beim grenzüberschreitenden Formwechsel nur ein Rechtsträger beteiligt ist, richten sich seine Zulässigkeit und seine Wirkungen nach der Vereinigungstheorie, da

---

93 *Knof/Mock* (Fn. 37), S. 33.

94 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.10.2008, BGBl. I 2008, 2026.

95 Interessant dazu auch *Behme/Nohlen* (Fn. 14), S. 14.

96 *Weng* (Fn. 24), S. 267; *Behme* (Fn. 87), S. 70; kritisch *Kindler* (Fn. 4), S. 813 f.

97 Vgl. nur *Schmidtbleicher* (Fn. 87), S. 613 m. w. N.; *Peters,* Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer GmbH ins Ausland, GmbHR 2008, 245 (246).

98 *Behme/Nohlen* (Fn. 14), S. 14; kritisch *Weng* (Fn. 24), S. 267.

99 Dazu nur *Hirte,* Die „Große GmbH-Reform" – Ein Überblick über das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NZG 2008, 761 (766); *Peters* (Fn. 97), S. 247 f.; *Franz/Laeger* (Fn. 20), S. 680 ff.; kritisch *Kindler,* Grundzüge des neuen Kapitalgesellschaftsrechts – das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NJW 2008, 3249 (3251).

100 *Frenzel,* Regionalgericht Szeged versus OLG München: Verstößt die Ablehnung der Eintragung einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung gegen die Niederlassungsfreiheit?, EWS 2008, 130 (134); *Hoffmann* (Fn. 90), S. 1582; *Hirte* (Fn. 99), S. 766; *König/Bormann,* Die Reform des Rechts der Gesellschaften mit begrenzter Haftung, DNotZ 2008, 652 (658).

auch hier zwei Rechtsordnungen betroffen sind.[101] Nach der Vereinigungstheorie müssen sowohl das Recht des Wegzugsstaates, als auch das Recht des Zuzugstaates einen Formwechsel zulassen. Das deutsche Sachrecht ist damit sowohl bei der formwechselnden Hereinumwandlung als auch der formwechselnden Herausumwandlung betroffen.[102]

a) Formwechsel in eine deutsche Rechtsform

Nach der Rechtsprechung des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit dürfen zuziehende Gesellschaften aus anderen Mitgliedsstaaten nicht schlechter behandelt werden als inländische Gesellschaften.

§ 1 UmwG sieht dagegen nur Rechtsträger mit Sitz im Inland als umwandlungsfähig an.[103] Entscheidend ist dabei der Satzungssitz.[104] Vor „Sevic" war daher die Hereinumwandlung ausländischer Gesellschaften als unzulässig angesehen worden und es wurde stattdessen eine Neugründung im Inland verlangt.[105] Dies umfasste auch den grenzüberschreitenden Formwechsel, da § 191 Abs. 1 UmwG die Ausgangsrechtsformen für eine Umwandlung nach deutschem Recht abschließend auflistet.[106] Da dort ausländische Rechtsträger nicht vorkommen, war eine Hereinumwandlung ausländischer Gesellschaften unzulässig.

Diese Schlechterstellung grenzüberschreitender Sachverhalte verstößt gegen die Niederlassungsfreiheit.[107] Durch die Beschränkung der Umwandlungsfähigkeit auf deutsche Gesellschaften, wird zum einen das Gebot auf Anerkennung ausländischer Gesellschaften verletzt: Ihre nach dem Heimatrecht bestehende Umwandlungsfähigkeit wird in Deutschland nicht anerkannt.[108] Zum anderen werden die ausländischen Gesellschaften gegenüber deutschen Gesellschaften schlechter gestellt, da sich deutsche Gesellschaften, im Gegensatz zu ausländischen, formwechselnd umwandeln können. Auch die Anerkennung der ausländischen Gesellschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann dieses Defizit nicht beheben, da sie haftungsrechtlich schlechter gestellt wird.[109] §§ 1 und 191 UmwG verletzen insoweit die durch den *EuGH* aufgestellten Grundsätze und sind gemeinschaftsrechtswidrig.[110] Bereits jetzt ist in analoger An-

101 Vgl. *Jaensch* (Fn. 53), S. 98; a. A. wohl *Spahlinger/Wegen,* Deutsche Gesellschaften in grenzüberschreitenden Umwandlungen nach „SEVIC" und der Verschmelzungsrichtlinie in der Praxis, NZG 2006, 721 (722).

102 *Lutter/Drygala,* in: Lutter/Winter, Umwandlungsgesetz I, 3. Aufl. (2004), § 1 Rn. 5.

103 Dazu auch *Drinhausen* (Fn. 54), Einleitung C, Rn. 26.

104 *Jaensch* (Fn. 53), S. 98; *Drinhausen* (Fn. 54), Einleitung C, Rn. 19; *Lutter/Drygala* (Fn. 102), § 1 Rn. 7 mit abweichenden Nachweisen.

105 Vgl. *Teichmann* (Fn. 32), S. 355 f.; *Decher,* in: Lutter/Winter, UmwG II, Vor § 190 Rn. 35; mit anderer Auslegung *Ahrens* (Fn. 85), S. 37.

106 *Spahlinger/Wegen* (Fn. 101), S. 722; *Siems* (Fn. 54), S. 137.

107 So auch *Zimmer/Naendrup* (Fn. 36), S. 549; a. A. vor „Cartesio"*Drinhausen* (Fn. 54), Einleitung C Rn. 34; siehe oben III.2.a).

108 *Lutter/Drygala* (Fn. 102), § 1, Rn. 15.

109 Vgl. *Lutter/Drygala* (Fn. 102), § 1 Rn. 18; a. A. wohl *Leible/Hoffmann* (Fn. 21), S. 62 f.

110 A. A. *Kindler* (Fn. 9), S. 132.

wendung der Vorschriften eine Hereinumwandlung ausländischer Gesellschaften zu ermöglichen. Dafür müssen nach § 1 UmwG auch Rechtsträger aus dem europäischen Ausland als umwandlungsfähig angesehen werden.[111] Des Weiteren müssen ausländische Rechtsträger auch formwechselnder Rechträger nach § 191 Abs. 1 UmwG sein können.[112]

b) Formwechsel aus einer deutschen Rechtsform

Gravierender sind die Auswirkungen der Rechtsprechung des *EuGH* (insbes. „Cartesio") dagegen auf die Fälle, in denen eine deutsche Gesellschaft sich in die Gesellschaftsform eines anderen Mitgliedsstaats umwandeln möchte.

Bis jetzt führte die Verlegung des Satzungssitzes und der Statutenwechsel zur Auflösung der Gesellschaft.[113] Der Beschluss zur Satzungssitzverlegung mit Statutenwechsel wurde entweder als Auflösungsbeschluss gedeutet[114] oder aber die eine Eintragung fand nicht statt.[115] Die Unzulässigkeit einer formwechselnden Herausumwandlung wurde zum einen aus § 1 Abs. 1 UmwG geschlossen.[116] Zum anderen sind gem. § 191 Abs. 2 UmwG ausländische Gesellschaftsformen nicht als zulässige Zielrechtsformen für eine Umwandlung nach deutschem Recht anerkannt.[117]

Nach dem Urteil „Cartesio" fällt die formwechselnde Herausumwandlung deutscher Gesellschaften unter die Niederlassungsfreiheit (s. o. III.2.b)).[118] Das deutsche Umwandlungsrecht muss dementsprechend eine Herausumwandlung grundsätzlich zulassen.[119] Beschränkungen der formwechselnden Herausumwandlung können aber gerechtfertigt werden.[120] Zu den Rechtfertigungsgründen zählen insbesondere der Gläubigerschutz und der Schutz von Minderheitsgesellschaftern.[121] Entsprechende Einschränkungen, wie sie beispielweise Art. 4 der Verschmelzungsrichtlinie[122] vorsieht, müssen daher zulässig sein. Eine generelle Versagung aber verstößt

111 Ähnlich *Kieninger* (Fn. 25), S. 51.
112 Verhalten *Decher* (Fn. 105), § 191 Rn. 1.
113 *Decher* (Fn. 105), Vor § 190 Rn. 35; *Teichmann* (Fn. 9), S. 401.
114 Kritisch *Leible*, in: Michalski, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz) I, 2002, Syst. Darst. 2 Rn. 133.
115 Vgl. *Behme* (Fn. 87), S. 72; *OLG München*, NZG 2007, 915; *OLG Brandenburg*, GmbHR 2005, 484 (486); *BayOLG*, GmbHR 2004, 490 (490 f.); *Altmeppen* (Fn. 19), Europ. Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 167 und 226.
116 *Kindler* (Fn. 4), S. 818.
117 *Spahlinger/Wegen* (Fn. 101), S. 722.
118 *Behme/Nohlen* (Fn. 14), S. 14.
119 So auch *Leible/Hoffmann* (Fn. 21), S. 62; a. A. *Kindler* (Fn. 9), S. 132.
120 *Drygala* (Fn. 58), S. 26; für das Vorliegen solcher Gründe *Kindler* (Fn. 9), S. 9; dagegen *Kieninger* (Fn. 25), S. 52 f.
121 Siehe bspw. *Kindler* (Fn. 9), S. 9; *Siems* (Fn. 54), S. 136; *Geyrhalter/Weber* (Fn. 54), S. 149; *Lutter/Drygala*, Internationale Verschmelzungen in Europa, JZ 2006, 770 (772); zum Schutz der Gesellschafter und Gläubiger im Entwurf der Sitzverlegungsrichtlinie *Grundmann* (Fn. 4), S. 393.
122 Siehe oben Fn. 64.

gegen die Niederlassungsfreiheit.[123] Bis solche Beschränkungen für den Wegzug jedoch kodifiziert sind, ist deutschen Gesellschaften die formwechselnde Umwandlung in das europäische Ausland unbeschränkt zu gestatten. Dies hat fatale Folgen für die Gläubiger der sich umwandelnden Gesellschaften, da für sie jegliche Schutzvorschriften fehlen. Abhilfe kann hier eine analoge Anwendung der §§ 122a ff. UmwG schaffen. Auch das SE-Ausführungsgesetz stellt mit den §§ 12 ff. SEAG ein Instrumentarium bereit, das analog herangezogen werden kann.[124] Eine solche Analogie innerhalb des Umwandlungsgesetzes wird durch § 1 Abs. 2 UmwG auch nicht ausgeschlossen.[125]

Da jedoch die direkte formwechselnde Herausumwandlung mangels europarechtlicher Ausgestaltung mit erheblicher Rechtsunsicherheit behaftet ist, empfiehlt sich in der Praxis auch weiterhin eine Verschmelzung nach der Verschmelzungsrichtlinie[126] auf eine ausländische Vorratsgesellschaft.[127] Sofern der Verwaltungssitz im Inland verbleiben soll, ist dabei eine Gesellschaftsform zu wählen, deren Rechtsordnung einen ausländischen Verwaltungssitz zulässt.

VI. Fazit und Ausblick

„Cartesio" hat die Autorität der Mitgliedsstaaten bei der Gestaltung der Eigenschaften „ihrer" Gesellschaften gestärkt. Diese Gestaltungsfreiheit reicht soweit, wie keine andere Rechtsordnung betroffen ist. Mitgliedsstaaten der EG können „ihren" Gesellschaften die Verwaltungssitzverlegung ins Ausland untersagen, müssen aber sowohl die Herein- als auch die Herausumwandlung zulassen. Das Urteil fügt sich zwar in die Rechtsprechung des *EuGH* ein, ist im Ergebnis aber kritisch zu beurteilen, da es die Niederlassungsfreiheit in weiten Teilen zur Disposition der Mitgliedsstaaten stellt. Im Hinblick auf den grenzüberschreitenden Formwechsel wirft es außerdem einige neue Fragen auf. Die Kommission sollte daher die Arbeit an der Sitzverlegungsrichtlinie wieder aufnehmen, um die Unklarheiten zu beseitigen und den Gläubigerschutz für formwechselnde Herausumwandlungen zu erhalten.[128] Der *EuGH* hat dazu einen klaren Auftrag gegeben. In Deutschland sollte die Kodifikation der Gründungstheorie vorangetrieben und das UmwG gemeinschaftsrechtskonform gestaltet werden.

---

123 Siehe oben III.2. a); *Kieninger* (Fn. 25), S. 50.

124 *Teichmann* (Fn. 9), S. 403; *Ders.* (Fn. 32), S. 362.

125 *Hörtnagl,* in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. (2006), § 1 Rn. 61; *J. Semler,* in: Semler/Stengel, UmwG, § 1 Rn. 62.

126 Siehe Fn. 64 oben.

127 Vgl. auch *Knof/Mock* (Fn. 37), S. 32; *Lutter/Drygala* (Fn. 102), § 1 Rn. 26.

128 Vgl. auch *Leible/Hoffmann* (Fn. 21), S. 63; *Seibt* in FAZ v. 24.12.2008, S. 23 („Richter bremsen die europaweite Mobilität").

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