

HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

SCHWERPUNKT ■ RECHT INTERNATIONAL

AUS DEM INHALT

AUFSÄTZE

**Janwillem
van de Loo**

Weltraumrecht

**Anna-Sophia
Tiedeke /**

**Maximilian
Waßmuth**

Die Krim-Krise

Matthias Stupp

Internationaler
Unternehmenskauf

STUDIUM

Ole Schley

Examenshausarbeit
Investment Law

2
2014

MANCHMAL FÄLLT DIE AUSWAHL SCHWER.

DIE ENTSCHEIDUNG FÜR WHITE & CASE WAR EINFACH.



Dr. Martin Weber, Associate bei White & Case

WHITE & CASE

White & Case ist eine der führenden internationalen Anwaltssozietäten. Wir beraten unsere Mandanten an 39 Standorten in 26 Ländern weltweit. In Deutschland gehören wir zu den TOP-10-Wirtschaftskanzleien mit einem Führungsanspruch in vielen Rechtsgebieten.

Für unsere deutschen Standorte **Berlin, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg** und **München** suchen wir **Referendare (m/w)** und **Rechtsanwälte (m/w)**.

Sie haben Interesse an der Bearbeitung komplexer juristischer Fragestellungen und bringen ausgezeichnete juristische Qualifikationen, sehr gute Englischkenntnisse, einen ausgeprägten Teamgeist sowie unternehmerisches Denken mit? Dann entscheiden Sie sich für uns.

Wir freuen uns über Ihre Bewerbung:

Verena Szulczyk, Legal Recruiting

Tel.: + 49 69 29994 1235, E-Mail: bewerbung@whitecase.com

Mehr über uns: www.whitecase.com/careers/europe/germany



White & Case Karriere-App

Unsere Standorte in Deutschland: Berlin, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg, München

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Cand. iur. Janwillem van de Loo	
Nach dem Himmel kommt das Weltraumrecht	93
Eine Einführung zum völkerrechtlichen Blick nach oben	
Cand. iur. Anna-Sophia Tiedeke/Cand. iur. Maximilian Waßmuth	
Die Krim-Krise aus völkerrechtlicher Perspektive.	98
Stud. iur. Nicolas Sölter	
Art. 114 AEUV als Kompetenznorm zur Errichtung von (Regulierungs-)Agenturen	
und Adressierung privater Akteure durch Agenturen.	105
Anmerkung zum Urteil des EuGH (Große Kammer) vom 22. Januar 2014	
Dr. Karl-Alexander Neumann, LL.M. (Sorbonne)	
Das SEPA-Lastschriftverfahren im europäischen Zahlungsverkehrsraum	111
Dr. Matthias Stupp	
Der internationale Unternehmenskauf.	117
Die Zielgesellschaft richtig leiten, auch aus dem Ausland	
Stud. iur. Friedrich-Asmus Matzen	
Die verdeckte Geschäftsführung ohne Auftrag und der irrende Dritte – Wertungswiderspruch? . . .	121
Ref. iur. Sina Nienhaus	
Klausurrelevante Probleme der Manipulation von Organtransplantationsunterlagen	125

Klausuren

Stud. iur. Brian Hagiel	
Klausur im Kreditsicherungsrecht: Sittenwidrige Bürgschaft	132
Stud. iur. Anisja Porschke	
Klausur Strafrecht II	137
Stud. iur. Philipp Lee	
Klausur im Staatsorganisationsrecht.	143

Hausarbeiten

Stud. iur. Ole Schley	
Transparency in Investment Arbitration	148
Stud. iur. Rebekka Jost	
Die Rolle von Frontex bei der Absicherung der europäischen Außengrenzen	154
Wiss. Mit. Katharina Goldberg	
Das Problem des Treaty Override (Teil 2)	165

Rechtsprechung

Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst BGH vom 14.05.2014: Aufrechnung gegen CISG-Kaufpreisforderung	173
Jun.-Prof. Dr. Stefanie Kemme BGH vom 25.03.2014: Beschränkung des Notwehrrechts nach schuldhafter Provokation der Notwehrlage	176
Jun.-Prof. Dr. Ulrike Lembke EGMR vom 01.07.2014: Burka-Verbot im öffentlichen Raum	179

Rezensionen

Stud. hist. Andreas Raffener Michael Stolleis: Nahes Unrecht, fernes Recht. Zur Juristischen Zeitgeschichte im 20. Jahrhundert	181
--	-----

Tagungsberichte

Martina Dierks/Maureen Macoun/Nicola Nagorsnik 40 Jahre FJT – ein Jubiläumswochenende in Leipzig	182
Valérie Suhr/Dana Valentiner/Katharina Jagelowitz Tagungsbericht zum 40. Feministischen Juristinnentag	183

Hamburger Rechtsnotizen

Impressum	184
Maximilian Ewert „Karrierestart Großkanzlei“ bei ESCHÉ SCHÜMANN COMMICHAU.	III
Fuluk Liu/Tanja Siggelkow Step2gether – Mentoring für Studierende der Hamburger Fakultät für Rechtswissenschaft	III

AUFSÄTZE
KLAUSUREN
HAUSARBEITEN
RECHTSPRECHUNG
REZENSIONEN

HRN – HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

Herausgegeben durch den Hamburger Rechtsnotizen e.V. – www.hamburger-rechtsnotizen.de

Janwillem van de Loo*

Nach dem Himmel kommt das Weltraumrecht

Eine Einführung zum völkerrechtlichen Blick nach oben

„Zwei Dinge erfüllen das Gemüt mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Ehrfurcht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt: Der bestirnte Himmel über mir, und das moralische Gesetz in mir.“ (Immanuel Kant, Kritik der praktischen Vernunft, Beschluß)

Das Weltraumrecht ist für viele eine Überraschung: „So etwas gibt es?!“. Dabei hat es nicht nur schon heute eine mit steigender Tendenz große Relevanz, sondern weist sehr interessante Besonderheiten wie das *gemeinsamen Erbe der Menschheit* auf. Der Blick nach oben lohnt sich also.

I. Einleitung und Einordnung des Themas

Der *bestirnte Himmel* und das Greifen nach ihm haben sowohl die Fantasie vieler, von Cicero, Kepler, Verne, Well¹ bis Roddenberry angeregt, als auch den berechtigten Einwand provoziert, dass wir uns zuerst auf der Erde vernünftig verhalten und – um es mit Kant zu sagen – das *moralische Gesetz in uns* entwickeln sollten, bevor wir uns weiter wagen.² So oder so – es wird sich weiter gewagt: Im September 2013 ist das erste von Menschenhand geschaffene Objekt in den interstellaren Raum vorgedrungen: Die Sonde *Voyager 1*.³ Wenige haben dies als das verstanden, was es ist: Eine Art „Sputnik 2“.

Das Weltraumrecht erfährt jedoch nur begrenzt Beachtung, wenn es nicht gerade mal wieder um die Frage geht, ob nun der Kauf von Mondgrundstücken und Sternen möglich ist oder nicht.⁴ Dies wird ihm nicht gerecht, da es sich z. B. gut in das größere Geschehen der Entwicklung des Völkerrechts einordnen lässt. Die Umbrüche, in denen sich das Völkerrecht befindet⁵ und in welche sich die im folgenden vorgestellten *Grundprinzipien des Weltraumrechts* (GpWR) einordnen lassen, haben viele Namen. Die *anthropozentrische* Wende im Völkerrecht⁶, der Weg zum *Weltrecht*⁷ und vom *Kompetenz-* zum *Kooperationsvölkerrecht*⁸ seien hervorgehoben. Der Weltraumvertrag (WRV) mit seinem umfassenden Ordnungsgehalt und der starken Bezugnahme auf die UN-Charta⁹ ist ein gutes Beispiel dafür. Doch ging er bei seiner Formulierung in den 1960ern sogar noch einen Schritt weiter: Mit seiner *province of mankind* beschränkt er nicht nur die staatliche Handlungsfreiheit und damit die Souveränität, sondern er verpflichtet die Staaten, den Interessen der Allgemeinheit, insbesondere der schwächsten Mitglieder der Staatengemeinschaft, zu dienen. Damit wurde erstmals der Gedanke des *solidarischen* Völkerrechts¹⁰ kodifiziert, der einen nachhaltigen Einfluss auf die weitere Entwicklung des Völkerrechts hatte¹¹ und angesichts der sich zuspitzenden globalen Herausforderungen des 21. Jahrhunderts haben wird, da diese nur kooperativ zu überwinden sind.¹²

4 S. dazu Alexander Soucek, Darf's ein Stückchen Mond sein?, unter: <http://tinyurl.com/oycocr>.

5 Bspw. Andreas Paulus, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland, ZaöRV 2007, 695 ff.

6 Markus Kotzur, in: Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, 2012, S. 811 ff.; Hans Gießmann, Ein Plädoyer für das moderne Völkerrecht, WeltTrends Papiere 16 (WTP) 2013, S. 84.

7 Angelika Emmerich-Fritsche, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, 2007, S. 188 ff.

8 Den Begriff prägend Wolfgang Friedmann, The Changing Structure of International Law, 1964, S. 60 ff.; ders., S. 41; Albert Bleckmann, Allgemeine Staats- und Völkerrechtslehre: vom Kompetenz- zum Kooperationsvölkerrecht, 1995, S. 963 ff.

9 Art. 3 WRV, Art. 2 MV, Art. 7 WHÜ (s.u.).

10 O. sozialem VR, s. Markus Kotzur, Soziales Völkerrecht für eine solidarische Völkergemeinschaft?, JZ 2008, 265 ff.

11 Stephan Hobe, Die rechtlichen Rahmenbedingungen der wirtschaftlichen Nutzung des Weltraums, 1992, S. 288 ff.

12 Bspw. die Asymmetrie zwischen globaler Wirtschaft und natio-

* Cand. iur. an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg. Stark gekürzte Fassung einer zur Veröffentlichung in Archiv des Völkerrechts (AVR), Band 53, Heft 1, 2015, vorgesehenen, im Sommersemester 2013 im Schwerpunktbereich X (Europa- und Völkerrecht) von Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M. (Duke), mit dem Thema „Wie auf Erden so im Himmel? – Die fundamentalen Grundprinzipien des Weltraumrechts und die Relevanz des allgemeinen Völkerrechts für deren Herausbildung und Weiterentwicklung“ gestellten Schwerpunktbereichshausarbeit, die mit „gut“ bewertet wurde.

1 Sämtlich m.w.N. Manfred Lachs, The Law of Outer Space, 1972, S. 3.

2 Bertrand Russell, Why man should keep away from the Moon, The Times vom 15.07.1969, S. 9.

3 NASA Pressemitteilung vom 12.09.2013, <http://tinyurl.com/ok3fw42> (alle Weblinks sind mit Stand vom 12.09.2014); Voyager hat allerdings nicht das Sonnensystem, sondern die sog. Heliosphere verlassen: <http://tinyurl.com/o7kbbey>.

II. Weltraumrecht – Begrifflicher Ursprung und Definition

Das Weltraumrecht ist ein eigenständiges Teilgebiet des Völkerrechts. Argumente dafür, es bspw. dem Luftrecht unterzuordnen,¹³ konnten bisher ebenso wenig überzeugen, wie dass es dem Völkerrecht als *Meta-* oder *Comic-Law* übergeordnet sei.¹⁴

Den wissenschaftlichen Grundstein für die Raumfahrt und damit die Voraussetzung des Weltraumrechts legte 1903 Konstantin Tsiolkovsky mit seiner Raketengrundgleichung. Die rechtliche Dimension dieser sich abzeichnenden technischen Entwicklung wurde zuerst 1910 am Rande der aufkommenden Diskussion um das Luftrecht thematisiert¹⁵ und im Deutschen erstmalig detailliert in einer Monografie 1932 behandelt.¹⁶ Mit zunehmender technischer Entwicklung gewann das bis dahin nur für Weltraum-Enthusiasten interessante Thema an Relevanz.¹⁷ In seiner Entstehungszeit kursierten neben *Weltraumrecht* Begriffe wie *Ätheronautisches*, *Interastrales* und *Interplanetares* Recht.¹⁸

Mit dem ersten menschlichen Objekt im Weltraum am 04.10.1957, dem Satelliten *Sputnik 1* der Union der sozialistischen Sowjetrepubliken (UdSSR),¹⁹ und wenige Jahre später am 12.04.1961 mit dem ersten Menschen, *Yuri Alekseyevich Gagarin*, war das Weltraumrecht schließlich an oberster Stelle auf der Tagesordnung der internationalen Gemeinschaft angelangt. Mit dem 1958 zunächst als *ad hoc* Ausschuss gegründeten *United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (COPUOS)*²⁰ nahm das bis heute maßgebliche Entwicklungsgremium für dieses neue Rechtsgebiet seine Arbeit auf.²¹ In diesem setzte sich schlussendlich der Begriff *Weltraumrecht*

naler Regulierung, wie sie die weltweite Bankenkrise 2007 offenlegte, der offenkundig an keiner (nationalen) Grenze halt-machende anthropogene Klimawandel u. a.; s. a. *Kotzur*, JZ 2008, 266, 270 ff.

13 S.a. *Isabella Diederiks-Verschoor* u. a., *Introduction to Space Law*, 2008, S. 3 ff.; *Elie Bogaert*, *Aspects of Space Law*, 1986, S. 27 ff.

14 Etwa die etwas bizarre Schule um *Prof. Dr. Küchenhoff*, bspw. m. w. N. *Horst Kiderlen*, *Methodische Grundlagen des Weltraumrechts*, 1968, S. 41 ff. Zur völkerrechtlichen Debatte um die Stellung von Außerirdischen s. *Andrew Haley*, *Space law and Metalaw – A Synoptic View*, *Harvard Law Record (HLR)* Nr. 8, 23.11.1956, S. 323 ff.

15 „un droit nouveau [...] il s'agit du droit de l'espace.“ ist die erstmalige Nennung von *Emil Laude*, *Comment s'appellera le droit qui régira la vie de l'air*, *Revue Juridique de la Locomotion Aérienne*, 1910, S. 18.

16 *Vladimir Mandl*, *Das Weltraumrecht: Ein Problem der Raumfahrt*, 1932, S. 1 ff.

17 *Eugene Korovine*, *La conquête de la stratosphère et le droit international*, *Revue générale de droit international public (RDIP)*, No. 6, 1934, S. 675 ff.; *Prinz Welf Heinrich v. Hannover*, *Luftrecht und Weltraum*, 1953, S. 11 ff.

18 *Manfred Lachs*, *The Law of Outer Space*, 1972, S. 23 ff.; *Andreas Peck* u. a., *Weltraumrecht*, 1978, S. 22.

19 *Simone Schlindwein/Olaf Stampf*, *Die Eroberung des Himmels*, *Der Spiegel* 39/2007, S. 178 ff.

20 Eingerichtet durch UN-GA-Resolution 1472 (XIV) vom 19.12.1959.

21 *Marcus Schladebach*, *50 Jahre Weltraumrecht: Entwicklungsstand und Perspektiven*, *Sitzungsberichte der Leibniz-Sozietät der Wissenschaften zu Berlin* 96, 2008, S. 35 ff.

durch.²² Er beschreibt *die Summe aller internationalen und nationalen Rechtsnormen, welche sich mit der Erforschung und Nutzung des Weltraums durch Staaten, internationale Organisationen, Privatpersonen und Privatunternehmen befassen*.²³

III. Geltungsbereich

Die entscheidende Frage, wo der Weltraum, der Geltungsbereich des Weltraumrechts beginnt, wurde im WRV offen gelassen und ist es bis heute geblieben.²⁴ Schon 1580 verteidigte Königin Elisabeth I. englische Aktivitäten im Pazifik mit der Begründung, der Ozean stünde ebenso wie die Luft allen Völkern zur freien Verfügung.²⁵ Auch bei *H. Grotius* findet sich schon erstaunlich früh eine Festlegung, dass oberhalb der Reichweite der Waffen der Jäger eine Freiheit des Raumes beginnt.²⁶ Mit der Herausbildung des Luftrechts und seiner Kodifizierung bis 1944²⁷ setzte sich zumindest für den Luftraum zunächst das römische Prinzip *cuius est solum, eius est usque ad coelum* durch. Heute ist zwar die Souveränität der Staaten über ihren Luftraum als allgemeines Völkerrecht anerkannt, allerdings auch, dass dieser *coelum* nicht ins Unendliche reicht, wobei auch hier keine feste Grenze festgelegt wurde. Grundsätzlich ist also die Abgrenzung von Luft- / und Weltraum entscheidend.²⁸ Dabei werden verschiedene Grenzziehungen vorgeschlagen: u. a.

– die *Kármán Primary Jurisdiction Line* in 83 km Höhe, da in größeren Höhen Fliegen auf der Basis des Luftauftriebs mangels entsprechender Luftdichte nicht möglich ist,

– eine flexible Grenze in Abhängigkeit vom Stand der Satellitentechnik in derzeit 100–120 km Höhe,²⁹ da ein Satellit bei größerer Annäherung an die Erde abstürzt und

– eine feste Grenze in 110 km Höhe über der Erdoberfläche.³⁰

22 Engl. *space law*, franz. *droit de l'espace*, spanisch *derecho espacial*, russisch *Космическое право*; *Gennady Zhukov/Yuri Kolosov*, *International Space Law*, 1984, S. 5 ff.

23 *Karl-Heinz Böckenstiegel*, *Handbuch des Weltraumrechts (HdWR)*, 1991, S. 7.

24 Grds. Erläuterung der *Delimitation* bei *Marietta Benkö* u. a., *Space Law in the United Nations*, 1985, S. 122 ff.

25 *Richard Zouche*, *Iuris et iudicii feialis* (1650), wiedergegeben in: *Thomas Erskine Holland*, *Classics of international Law* Bd. 1, 1911, S. 79.

26 Zit. nach *Lachs*, *The Law of Outer Space*, 1972, S. 42.

27 *Chicago Konvention*, *Chicagoer Abkommen über die internationale Zivilluftfahrt* vom 07.12.1944, 15 UNTS S. 297 ff.

28 *Manfred Dausen*, *Die Grenzen zwischen Luftraum und Weltraum*, 1972, S. 15 ff.

29 U.U. ist diese Grenze bereits Völkergewohnheitsrecht; *Elmar Wins*, *Weltraumhaftung im Völkerrecht*, 2000, S. 35 f.

30 *Ulf Häußler*, *Räume im Völkerrecht*, JA 2002, 822 f.

Die Raumfahrnationen³¹ jedoch betonen, dass der Status Quo, die funktionale Trennung nach der Nutzung für Luft- bzw. Raumfahrt, gut funktioniere.³² Nach dieser Abgrenzung soll auch im Folgenden der Geltungsbe- reich des Weltraumrechts festgestellt werden.

IV. Die „fundamentalen Grundprinzipien“ des Weltraumrechts

Der Kristallisationspunkt der GpDWR ist zweifelsfrei der WRV,³³ weswegen er – gleich ob verflucht³⁴ oder geprie- sen³⁵ – auch als *Magna Charta* oder *Weltraumverfassung* bezeichnet wird.³⁶ Weitgehend deckt sich sein Inhalt mit der UN-Resolution 1962 (XVIII) von 1963, die insoweit konstitutiv für die Herausbildung des Weltraumrechts war. Der WRV lässt sich als Status-Vertrag einordnen.³⁷

Anders als Jahrhunderte zuvor bei der großen Expansi- on der damaligen Weltmächte Spanien und Portugals, teilte der WRV den Weltraum nicht an einer neuen *Tordesillas-Linie* in Ost und West auf,³⁸ sondern erklärte ihn zum *province of mankind*.

Das Prinzip dieses schillernden Begriffs wird heutzuta- ge als *common heritage of mankind* bzw. *humankind*³⁹ (CHOH) bezeichnet, welches als solches zwar erst nach dem Entstehen des Weltraumrechts formuliert wurde, dessen Anfänge sowie alle einschlägigen Charakteristi- ka sich aber schon im WRV finden.⁴⁰ Daher wird es heu- te auch dort nach überwiegender Ansicht als CHOH be- zeichnet.⁴¹

31 Russland, USA, ESA-Mitgliedstaaten, Japan, China, Indien, Israel, Iran und Nordkorea.

32 Proelß, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 2010, S. 413 f.; Bruno Simma u. a., *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*. Unveränderter Nachdruck der 3. Auflage, 2010, § 1129, § 1136.

33 *Weltraumvertrag*, Vertrag vom 10.10.1967 über die Grundsätze zur Regelung der Tätigkeiten von Staaten bei der Erforschung und Nut- zung des Weltraums einschließlich des Mondes und der Himmelskör- per, 610 UNTS S. 205 ff., BGBl. 1969 II S. 1969 ff.

34 Z. B. er enthalte „juristisch unbrauchbare Präambellyrik.“ James Fawcett, *Weltraumrecht*, 1970, S. 25 ff.; sowie vor allem Adrian Bueck- ling, *Weltraumrecht – ein System aus völkerrechtlichem Soft-Recht?*, DRiZ 1977, 76, 77.

35 Z. B. er habe „hervorragende, zukunftsweisende Grundentschei- dungen getroffen“ u. a. Böckstiegel, *Handbuch des Weltraumrechts* (HdWR), 1991, S. 11; Schladebach, 50 Jahre Weltraumrecht: Entwick- lungsstand und Perspektiven, Sitzungsberichte der Leibniz-Sozietät der Wissenschaften zu Berlin 96, 2008, S. 37; Manfred Lachs, in *Jasentuliyana, Nandasiri* (Hrsg.), *Space Law – Development and scope* (SL), 1992, S. ix f.

36 Detlev Wolter, *Völkerrechtliche Grundlagen „Gemeinsamer Sicher- heit“ im Weltraum*, ZaöRV 2002, 941.

37 Matthias Herdegen, *Völkerrecht*, 2013, S. 124.

38 Portugal und Spanien teilten 1494 die „neue“ Welt anhand einer etwa 38° verlaufenden Linie zwischen sich auf.

39 Wohl die aktuellere Fassung vgl: Rüdiger Wolfrum, *Common Heri- tage of Mankind*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL), Rn. 1.

40 Stocker, *Das Prinzip des Common Heritage of Mankind als Aus- druck des Staatengemeinschaftsinteresses im Völkerrecht*, 1992, S. 226.

41 Norman Paech, *Gerhard Stuby*, *Völkerrecht und Machtpolitik in den internationalen Beziehungen*, 2013, S. 811 ff.; m. w. N. Detlev Wol-

ter hebt es treffend als *Strukturprinzip* im Welt- raumrecht hervor.⁴² Art. 11 des Mondvertrags⁴³ legt ex- plizit fest, dass der Mond CHOH ist. Das CHOH ist sehr vielschichtig, weshalb seine Elemente im Folgenden als einzelne GpDWR behandelt werden, obwohl sie unter dem Dach des CHOH zusammenkommen.⁴⁴ Es um- fasst ein Aneignungsverbot, ein ökologisches, ein zum Frieden verpflichtendes und ein solidarisches Element.⁴⁵ Diese ergänzen und/oder begrenzen die GpDWR der Weltraumfreiheit und des Haftungs- und Hoheitsgewalt- Elements.

1. Weltraumfreiheit

Schon 1932 ging V. Mandl von einem Weltraum als *co- elum liberum* aus, der keiner Staatsgewalt unterläge und frei zur Nutzung aller stünde.⁴⁶ Unter dem Überbegriff *Weltraumfreiheit* sind die Freiheiten der Erforschung und Nutzung des Weltraums zusammengefasst, die gem. Art. 1 II, III WRV allen Staaten zustehen. Dies umfasst, dass es allen Staaten erlaubt ist, ein eigenes Raumfahrt- programm zu betreiben, uneingeschränkter Zugang zu allen Gebieten des Weltraums und den Himmelskörpern zu haben⁴⁷ und dort forschen zu können.⁴⁸ Unterhalb der Schwelle des Aneignungsverbots können *insulare* Nut- zungsgebiete in Gestalt von Stationen jeder Art errichtet und unterhalten werden⁴⁹ und es besteht die durch Völ- kergewohnheitsrecht gefestigte Handlungsfreiheit, den Weltraum für erdgerichtete Tätigkeiten (bspw. Satelliten) zu nutzen.⁵⁰

2. Aneignungsverbot

Obwohl der Weltraum keiner „einzelnen“ staatlichen Souveränität unterliegt, ist er damit kein *res nullius*,⁵¹ den sich Staaten aneignen könnten, sondern gem. Art. 2 WRV grundsätzlich ein hoheitsfreier Gemeinschafts-

ter, Grundlagen „Gemeinsamer Sicherheit“ im Weltraum nach uni- versellem Völkerrecht – Der Grundsatz der friedlichen Nutzung des Weltraums im Lichte des völkerrechtlichen Strukturprinzips vom „Gemeinsamen Erbe der Menschheit“, 2003, S. 172.

42 Wolter, Grundlagen „Gemeinsamer Sicherheit“ im Weltraum nach universellem Völkerrecht – Der Grundsatz der friedlichen Nutzung des Weltraums im Lichte des völkerrechtlichen Strukturprinzips vom „Gemeinsamen Erbe der Menschheit“, 2003, S. 167 ff., 215 ff.

43 Übereinkommen vom 18.12.1979 zur Regelung der Tätigkeiten von Staaten auf dem Mond und anderen Himmelskörpern (Mondver- trag), 1363 UNTS, S. 3 ff.

44 Alle CHOH-Gebiete (s. u., Tiefsee, Arktis etc) teilen grds. auch al- le diese Elemente.

45 Die Lit. nimmt in Details unterschiedliche Einteilungen vor (zw. 4 bis zu 11 GpDWR), diese ist meine eigene; s. a.: Stephan Hobe u. a., *Colo- gne Commentary on Space Law – Vol. I*, Bearbeiter: Ram Jakhu u. a., 2009 (CoCoSL), S. 14.

46 In diesem Fall bezogen auf *coelum* jenseits des Luftraums, Mandl, *Das Weltraumrecht: Ein Problem der Raumfahrt*, 1932, S. 33

47 Art. 1 WRV, Art. 11 MV.

48 Ebd., sowie Art. 6 MV.

49 Art. 12 WRV, Art. 8 MV.

50 Bueckling HdWR, 1991, S. 59; James Crawford, *Brownlie’s Princi- ples of Public International Law*, 8th Edition, 2012, S. 348 f.; Hobe, *Co- CoSL*, 2009, Art. 1 Rn. 34.

51 *Malcolm Shaw*, *International Law*, 6th Edition, 2008, S. 544 ff.

raum.⁵² Schon sehr früh war man sich sicher, dass das Aneignungsverbot des WRV zum Völkergewohnheitsrecht zählt,⁵³ z. T. sogar, dass es *ius cogens* sei.⁵⁴ Dies zeigt auch die Völkerrechtspraxis: So wurde z. B. der 1976 erhobene Anspruch einiger Äquatorialstaaten in der sog. *Bogota-Deklaration*, dass der für Satelliten besonders geeignete geo-stationäre Orbit, aufgrund der von ihnen Territorium ausgehenden Erdanziehungskraft, Teil ihres Territoriums sei, einhellig abgelehnt.⁵⁵

3. Solidarisches Element

Das Aneignungsverbot ist zwar auch eine Stütze der Freiheit des Weltraums, liegt aber darin begründet, dass der Weltraum der Menschheit (*humankind*) insgesamt „gehört“, was zur wichtigsten Einschränkung der Freiheit des Weltraums führt: dem solidarischen Element des CHOH. Mit *humankind*⁵⁶ gibt es einen Rechtsträger, dessen Interessen zu berücksichtigen sind. Dieser als zentral beschriebene⁵⁷ Grundsatz ist in Art. 1 WRV festgehalten und besagt, dass [D]ie [...] Nutzung des Weltraums zum Vorteil und im Interesse aller Länder ohne Ansehen ihres [...] Entwicklungsstandes durchgeführt [wird] und ist Sache der gesamten Menschheit. Weiteres Indiz seiner Anerkennung als verpflichtende Völkerrechtsnorm ist u. a. die Debatte um die Erderkundungstechnologien.⁵⁸ Daher kann der Ansicht, das CHOH sei nur ein philosophisches Konzept ohne jeden rechtlichen Wert,⁵⁹ nicht gefolgt werden. Allerdings ist seine genaue Reichweite für die verschiedenen Arten der Nutzungen individuell festzulegen und ist somit auch Richtschnur für das Weltraumrecht *de lege ferenda*.⁶⁰ Selbst der Mondvertrag, der in seinem Art. 11 VII vier Grundsätze für eine solche

solidarische Nutzung festlegt, erklärt in Art. 11 V unmissverständlich, dass es noch einer zu schaffenden, die Verpflichtungen konkretisierenden *internationalen Ordnung* bedarf. Diese ist für das CHOH unerlässlich, damit die *Tragik der Allmende* vermieden wird.⁶¹

Festzuhalten bleibt, dass das solidarische Element des CHOH – auch ohne den noch näher auszugestaltenden Ausgleich bei der Nutzung des Weltraums – jetzt schon zu einer zwingenden Berücksichtigung des Allgemeinwohls verpflichtet.⁶² Darin ist das CHOH sowohl den Ideen der distributiven-⁶³, der internationalen sozialen-⁶⁴ und der Generationen-⁶⁵ Gerechtigkeit verwandt.

Neben den allgemein zur internationalen Kooperation und Hilfeleistung verpflichtenden Art. 1 III, 9 I WRV finden sich in Art. 5 WRV besondere Pflichten in Bezug auf Astronauten. Diese sind demnach *Boten* der Menschheit, woraus nach einhelliger Meinung zwar kein diplomatischer Status erwächst, aber alle Staaten – so weit möglich – zur Hilfe in Notsituationen und bei Notlandungen verpflichtet sind.⁶⁶ Ferner müssen Satelliten oder bemannte Raumkapseln, die auf fremdem Territorium abgestürzt sind, an den Herkunftsstaat überführt werden.

Dieses GpDWR wurde im Rettungs- und Rückführungsübereinkommen von 1968 konkretisiert und ist in Art. 10 Mondvertrag entsprechend auf den Mond erweitert.

4. Friedliche Nutzung

Der Grundsatz der friedlichen Nutzung des Weltraums findet sich in Art. 1 I WRV i. V. m. seiner Präambel⁶⁷ und der Spezialvorschrift des Art. 4 WRV, der explizit Massenvernichtungswaffen verbietet. In der Literatur und Staatenpraxis ist jedoch umstritten wie weit dieser Grundsatz reicht.⁶⁸ Dazu haben sich maßgeblich zwei Theorien entwickelt:

52 Adrian Bueckling, *Der Weltraumvertrag*, 1980, S. 61 f.; Gyula Gál, *Space Law*, 1969, S. 122 f.; Lachs, *The Law of Outer Space*, 1972, S. 42 f.; Ernst Fasan, *Weltraumrecht*, 1965, S. 76.

53 Fariborz Nozary, *The Law of outer Space*, 1973, S. 31.

54 Reginald Dekanov, *Forming of the Principle "Common Heritage of Mankind"*, *Proceedings of the 25th Colloquium on the Law of Outer Space (CLOS I)* 1982, S. 217.

55 Stephen Gorove, *International Space Law in Perspective*, *Recueil des Cours (RdC)*, 1983 Band 181, S. 349 ff.; Stocker, *Das Prinzip des Common Heritage of Mankind als Ausdruck des Staatengemeinschaftsinteresses im Völkerrecht*, 1992, S. 89.

56 Bzw. wie o.g. *humankind*; s. a. detailliert: Gyula Gál, *Some Remarks to General Clauses of Treaty Space Law*, *Miskolc Journal of International Law (MJIL)* Vol. 1, 2004, No. 1, S. 1.

57 Dekanov, *Forming of the Principle "Common Heritage of Mankind"*, *Proceedings of the 25th Colloquium on the Law of Outer Space (CLOS I)* 1982, S. 218; s. a. Ratifikationsdebatte zum Weltraumvertrag im U.S. Senat, *Hearings before the Committee on Foreign Relations U.S. Senate, 90th Congress, 1st Session, 7.3., 13.3. und 12.4.1967 (US Printing Office 1967)*, S. 59; m. w. N. Wolter, *Völkerrechtliche Grundlagen „Gemeinsamer Sicherheit“ im Weltraum*, *ZaöRV* 2002, 947.

58 Alfred Heinzinger, *Der Freie Weltraum und Souveräne Rechte: dargestellt anhand der rechtlichen Problematik von Erderkundungs- und Aufklärungssatelliten*, 1976, S. 25.

59 Christopher Pinto, *The common Heritage of Mankind – Then and now*, *Recueil des Cours (RdC)*, Band 361, 2012, S. 112–113.

60 Hobe, *Die rechtlichen Rahmenbedingungen der wirtschaftlichen Nutzung des Weltraums*, 1992, S. 106, 289; Wolter, *Völkerrechtliche Grundlagen „Gemeinsamer Sicherheit“ im Weltraum*, *ZaöRV* 2002, 947; Clarence Jenks, *Space Law*, 1965, S. 192 ff.

61 S. dazu George Appell, *Hardin's Myth of the Commons: The Tragedy of Conceptual Confusions*, 1993, S. 3 ff.; s. a. Wirtschaftsnobelpreisträgerin Elinor Ostrom, in *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (1990).

62 ILA, *Report of the 54th Conference, 1970, 427*; Wolter, *Völkerrechtliche Grundlagen „Gemeinsamer Sicherheit“ im Weltraum*, *ZaöRV* 2002, 947 Anm. 26.

63 John Rawls, *Das Recht der Völker*, 2002, S. 143.

64 Johannes Messner, *Das Naturrecht*, 1966, S. 1248 ff.

65 Katharina Konert, *Die unterschiedliche Behandlung im Welthandels- und Umweltvölkerrecht und ihr Einfluss auf die Herausbildung eines Solidaritätsprinzips*, 2010, S. 7; s. a. Separate opinion of Vice-President Weeramantry in *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, 1997, para 4 ff., ICJ, 37 ILM 162 (1998).

66 Bittlinger, *HdWR*, S. 216 f.; v. d. Dunk/Goh, *CoCoSl*, Art. 5, Rn. 16 ff.

67 Werner Scholtz, *Common heritage: saving the environment for humankind or exploiting resources in the name of eco imperialism?*, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa (CILSA)*, Vol. 41, No. 2 (Juli 2008), S. 280.

68 *Andreas v. Arnould*, *Völkerrecht*, 2012, S. 333; *Diederiks-Verschoor* u. a., *Introduction to Space Law*, 2008, S. 139 ff.

Die *maximalistische* Theorie hält nach einer weiten Auslegung nur nicht-militärische Maßnahmen für zulässig, was jedoch der langen Nutzung des Weltraums durch Satelliten für militärische Zwecke (bspw. Aufklärungs- und Navigationssatelliten) widerspräche. Zudem entstehen in Bezug auf *dual-use*-Technologien große Abgrenzungsschwierigkeiten.⁶⁹ Außerdem könnte als Umkehrschluss aus Art. 4 WRV abgeleitet werden, dass konventionelle Waffen im Weltraum nicht verboten seien. Dem steht jedoch wiederum die überwiegende Staatenpraxis und Literatur entgegen.⁷⁰ Auch der heftige Protest der internationalen Gemeinschaft 2007 gegen den Test einer Anti-Satelliten-Waffe Chinas belegt diese Ansicht.⁷¹

Die *minimalistische* Theorie sieht dagegen „nicht-aggressive“ militärische Nutzungen als mit dem Grundsatz vereinbar an. Dies würde der oben genannten Staatenpraxis entsprechen. Dann wäre er jedoch fast identisch mit dem Gewaltverbot der UN-Charta, deren Anwendung Art. 3 WRV bereits ausdrücklich vorsieht.⁷² Außerdem sprechen die Entstehungsgeschichte des Weltraumrechts und zahlreiche Äußerungen der Weltraummächte eher für die *maximalistische* Theorie.⁷³

Im Ergebnis sind jedoch *D. Wolter* zuzustimmen, der die *unfruchtbare Dichotomie der minimalistischen und maximalistischen Interpretation überwinde[t]* und aus dem Grundsatz der friedlichen Nutzung die noch zu erfüllende Verpflichtung ableitet *ein System der gemeinsamen Sicherheit zu beschließen*.⁷⁴

5. Ökologisches Element

Im Prinzip ist die Verpflichtung den Weltraum friedlich zu nutzen, schon ein mittelbarer Schutz der Umwelt, wie sich insbesondere an den späteren Übereinkünften der Internationalen Gemeinschaft zeigt.⁷⁵ Das Weltraumrecht geht in einigen Punkten jedoch weiter: Art. 9 II WRV und Art. 7 Mondvertrag verpflichten gesundheitsschädliche Kontamination des Raumes und der Himmelskörper sowie die „Rück-“ Kontaminierung der Erde durch außerirdische Stoffe zu unterlassen. Verbunden mit Konsultationspflichten und -rechten bei potenziell gefährlichen Vorhaben (Art. 9 III, IV WRV) und strengen Haftungsregeln (s. u.) bilden sie die Grundlage des Weltraum-Umweltrechts.⁷⁶

⁶⁹ *Engels; Hobe*, CoCoSl, S. 14, Rn. 44.

⁷⁰ *Ebd.*; *ders.* S. 164 ff.

⁷¹ *Schrogl* u. a., CoCoSl, Art. 4 Rn. 42; Art. 9 Rn. 45.

⁷² *Ebd.*, Art. 4 Rn. 65 ff.

⁷³ *Wolter*, Völkerrechtliche Grundlagen „Gemeinsamer Sicherheit“ im Weltraum, ZaöRV 2002, S. 945 ff.

⁷⁴ *Ebd.*, S. 949, 975 ff., 979.

⁷⁵ Bspw. UN Principles Relevant to the Use of Nuclear Power Sources in Outer Space (NPS) (1992), UN A/RES/47/68.

⁷⁶ *Franzen*, HdWR, S. 610; *Proelß*, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 2010, S. 445; *Marchisimo*, CoCoSl, Art. 9 Rn. 28 f.

6. Hoheitsgewalt und Haftung

Das Gegenstück zur Weltraumfreiheit und der Himmelskörper ist nach Art. 8 WRV der Fortbestand der staatlichen Souveränität über Gegenstände und Personen im Weltraum.⁷⁷ Staaten müssen diese Gegenstände registrieren, sind nach Art. 6 WRV verantwortlich für die nationale Raumfahrt – gleich ob von staatlichen oder nicht-staatlichen Stellen durchgeführt – und haften nach Art. 7 WRV für Schäden, die durch ihre Weltraumgegenstände verursacht werden.⁷⁸ Anders als sonst im Völkerrecht ist diese Haftung absolut, d. h. sie umfasst eine Gefährdungshaftung und greift auch ohne dass gegen Völkerrecht verstoßen wurde.⁷⁹ In Art. 9 WRV und Art. 7 Mondvertrag finden sich schon das Völkerrecht-Prinzip des *due diligence*. In Art. 6 WRV wird auch eine Aufforderung gesehen, nationale Gesetze zu Weltraumrecht-Haftungsfragen, bspw. in Bezug auf Private, zu lassen.⁸⁰

Diese GpDWR wurden im Haftungsübereinkommen von 1972 und Registrierungsübereinkommen von 1975 konkretisiert. Mit ihnen wird deutlich, dass sich die Souveränität der Staaten im Weltraumrecht auch in Anbetracht des CHOH nicht verabschiedet hat.⁸¹ Insbesondere ist dies an der Internationalen Weltraumstation ISS zu sehen. Für sie wurde in dem von allen 15 Mitgliedstaaten geschlossenem *Memorandum of Understanding* nicht etwa vereinbart, eine Internationale Organisation zu schaffen, der die ISS untersteht, sondern festgelegt dass jeder Staat die Hoheitsgewalt über seine einzelnen Module behält und soweit nötig die USA die zentrale Verwaltung übernehmen.⁸²

V. Gegenwärtige Situation und Ausblick

Trotz dieser ausgeprägten Grundstruktur befindet sich das Weltraumrecht aktuell in einer Krise, da seit dem Ende des „Wettlaufs ins All“ zwischen den USA und der UdSSR eine geringere Bereitschaft herrscht neue, konkretisierende völkerrechtliche Übereinkommen in Bezug auf den Weltraum zu schließen. Dies könnte die internationale Gemeinschaft vor große Probleme stellen, da sich eine Zunahme von Weltraumaktivitäten abzeichnet.⁸³

⁷⁷ *Hintz*, HdWR, S. 185 ff.

⁷⁸ *Ebd.*; *Schmidt-Tedd* u. a., CoCoSl, Art. 8 Rn. 25 f.; *Proelß*, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 2010, S. 446.

⁷⁹ *Ebd.*; *Hobe*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen der wirtschaftlichen Nutzung des Weltraums, 1992, S. 496.

⁸⁰ *Gerhard*, CoCoSl, Art. 6 Rn. 25 ff., 56 ff.

⁸¹ *Benkö* u. a., Space Law in the United Nations, 1985, S. 178.

⁸² Zu aus diesem „Flickenteppich“ s. *Hobe*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen der wirtschaftlichen Nutzung des Weltraums, 1992, S. 499; *Schmidt-Tedd/Mick*, CoCoSl, Art. 8 Rn. 59 f.

⁸³ Nachdem zuletzt im Dezember 2013 die chinesische Mission *Chang'e 3* die erste erfolgreiche „weiche“ Mondlandung seit der *Luna 24* Mission der UdSSR 1976 war, sind nun bis 2018 international insgesamt zehn weitere Mondmissionen geplant, s. <http://goo.gl/LIGwhu>; dass sich auch schon militärisch genähert wird, zeigt eine Übersicht potenzieller Konflikte des Planungsamt der Bundeswehr Dezer-

und in ferner Zukunft die Erschließung von Ressourcen im Weltraum Realität werden könnte: Neben Asteroiden mit äußerst wertvollen Mineralien gibt es Wasser und große Mengen Helium-3 auf dem Mond.⁸⁴ Letzteres hat als wichtigste Ressource für die Kernfusion vielleicht das Potenzial in den nächsten 50 Jahren sogar die primäre Energiequelle auf der Erde zu werden: Schätzungsweise reichen 25 t Helium-3, um den Jahresbedarf an Energie der USA zu decken.⁸⁵ Wer bedenkt welches Konfliktpotenzial mit solchen Energieträgern (bspw. Öl) verbunden ist, ahnt welches Risiko Helium-3 bergen könnte.⁸⁶

Zudem könnte Weltraumschrott durch eine zunehmende Zahl von Kollisionen eine solch kritische Masse er-

reichen, dass gewisse Orbits unbenutzbar würden.⁸⁷ Im schlimmsten Fall könnte der *Dreck aus der Wiege* den Zugang zum *Kindergarten* versperren,⁸⁸ wenn sich die Menschheit nicht auf das *Moralische Gesetz* in sich und ihre Faszination für den *bestirnten Himmel* über sich besinnt und verbindliche Regeln für seine Benutzung zu finden. Zumal dies auch im Interesse ganz utilitaristischer Ziele sein sollte.

Bleiben diese neuen, verbindlichen Vertragssysteme zur Lösung der oben skizzierten Probleme aus, könnte die Interpretation und rechtswissenschaftliche Weiterentwicklung der GPdWR eine große Relevanz haben, um potenzielle Konflikte zu lösen.

nat Zukunftsanalyse, Future Study 2012 – Nichtstaatliche Konflikte in Räumen begrenzter Staatlichkeit, S. 30 ff.

⁸⁴ Mike Wall, Water on the moon, *Live Science* 21.10.2010 (<http://tinyurl.com/p4wjgt7>), S. 1 ff.

⁸⁵ Fabio Tronchetti, The exploration of natural resources of the Moon and other Celestial Bodies, 2009, S. 5; G.Bennett, Fusion Power from the Moon, Artemis Society International, 2007.

⁸⁶ Die distopische Variante entwarf vor kurzem *Fank Schätzing* detailliert und völkerrechtlich weitgehend korrekt in seinem Bestseller *Limit* (2009).

⁸⁷ Sog. *Kessler-Effekt* bei dem durch kollidierende Schrottteile Kaskadeneffekte ausgelöst werden; *Franzen*, HdWR, S. 598, 631; *Proelß*, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 2010, S. 445; *Hobe*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen der wirtschaftlichen Nutzung des Weltraums, 1992, S. 499.

⁸⁸ Auch hier wurde mit dem Film *Gravity* (2013) von *Alfonso Cuarón* kürzlich ein distopisches Beispiel dramatisch inszeniert.

Anna-Sophia Tiedeke* / Maximilian Waßmuth**

Die Krim-Krise aus völkerrechtlicher Perspektive

„Man muss wissen, dass es zwei Arten zu kämpfen gibt, die eine nach Gesetzen, die andere durch Gewalt; die erste ist die Sitte der Menschen, die andere die der Tiere. Da jedoch die erste oft nicht ausreicht, so muss man seine Zuflucht zur zweiten nehmen. Ein Fürst muss daher sowohl den Menschen wie die Bestie zu spielen wissen. (...) Ein kluger Herrscher kann und soll daher sein Wort nicht halten, wenn ihm dies zum Schaden gereicht und die Gründe aus denen er es gab, hinfällig geworden sind.“¹

Alle Beteiligten der Krim-Krise begründen ihre Positionen völkerrechtlich; auch wenn sie ihr Wort – wie *Niccolò Machiavelli* andeutet – manchmal nicht halten. Während Russland seine Intervention auf der Krim, ihre Sezession und den darauf folgenden Anschluss an das ei-

gene Land für gerechtfertigt hält, widerspricht ein Großteil der Staaten dieser Rechtsbehauptung.

Dieser Beitrag versucht überblicksartig² darzustellen, inwieweit Russland das Völkerrecht auf der Krim verletzt hat und welchen rechtlichen Status diese nach den jüngsten Geschehnissen hat.

Dazu sollen einleitend die Eskalation des Konfliktes in den Kontext der jüngeren Geschichte eingebettet und die Ereignisse knapp zusammengefasst werden (I.). Sodann soll die Frage beantwortet werden, inwiefern Russland gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot verstoßen hat (II.) und ob dieser Verstoß gerechtfertigt werden kann (III.). Nachfolgend wird die Legalität des auf der Krim abgehaltenen Referendums (IV.) in Zusammenhang mit der Unabhängigkeitserklärung (V.) und der nachfolgenden Sezession (VI.) beleuchtet. Ein *Resumée* schließt den Beitrag ab (VII.).

* Examenkandidatin an der Universität Hamburg, Mitarbeiterin bei Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M. (*Duke*), und Coach des Jessup-Moot-Court-Teams 2013/2014 der Fakultät.

** Examenkandidat an der Universität Hamburg, Mitarbeiter am genannten Lehrstuhl und Coach der Jessup-Moot-Court-Teams 2013/2014 und 2014/2015 der Fakultät.

¹ *Machiavelli*, Der Fürst, Übersetzung aus dem Italienischen von Friedrich v. Oppeln, 1990, Kapitel XVIII, S. 86 f.

² Vertiefend AVR, Heft 1/2014.

I. Die Wurzeln des Konflikts und seine Entwicklung seit dem Spätherbst 2013

Nach dem Ende des Kalten Krieges ist die Ukraine einerseits in den Fokus der geostrategischen Interessen der Europäischen Union, die in der Ukraine einen potentiellen Beitrittskandidaten sieht, und Russlands andererseits geraten, das mit dieser Entwicklung nicht einverstanden ist, um seinen Einfluss in Osteuropa und um den Erfolg der Eurasischen Union³ bangt. Insbesondere hat Russland ein besonderes strategisches Interesse an der Krim, da diese seit Jahrzehnten Basis für die russische Schwarzmeerflotte ist. Darüber hinaus ist die Ukraine für Russland ein wichtiger Handelspartner und ihrerseits abhängig von russischen Gasimporten.

Auch die multi-ethnische Bevölkerungsstruktur der Ukraine spielt eine Rolle: Während der westliche Teil der Ukraine eher europäisch orientiert ist, hat die Ostukraine einen russischen Einschlag.⁴ So leben auf der Krim ca. 60% ethnische Russen, 25% Ukrainer und 12% Krim-Tartaren.⁵

Der Auslöser für den aktuellen Konflikt zwischen der Ukraine und Russland waren die Proteste gegen Präsident *Janukowitsch* im Spätherbst 2013 und seine Entscheidung, das Assoziierungsabkommen mit der EU nicht zu unterzeichnen. Während der darauf folgenden Proteste auf dem Maidan und andernorts fanden mehrere hundert Menschen den Tod.

Die politische Orientierung der Gruppen an der Spitze der Protestbewegung ist bis heute nicht abschließend geklärt.⁶ Klar ist lediglich, dass Regierungsoffizielle der EU-Mitgliedstaaten Gespräche mit ihnen aufnahmen, Sympathie bekundeten und damit den Ärger Russlands auf sich zogen.⁷ Ende Februar 2014 wählte das ukrainische Parlament *Janukowitsch* ab und setzte eine Interimsregierung ein. Kurz nachdem *Janukowitsch* infolgedessen nach Russland geflohen war, übernahmen pro-russische Truppen die Kontrolle auf der Krim und bereiteten schrittweise ihre Abspaltung vor.

Am 01.03.2014 autorisierte das russische Parlament die Anwendung von militärischer Gewalt auf ukrainischem Hoheitsgebiet.⁸ Nach der Unabhängigkeitserklärung der Krim übernahmen die so genannten „grünen Männchen“ ohne Hoheitsabzeichen sodann auch offiziell die Kontrolle über die Krim und verwiesen die ukrainischen Streitkräfte von der Halbinsel.⁹ Ihre Zuordnung zu Russland war lange umstritten.¹⁰ Während dieser Tage verteilte das russische Konsulat auf der Halbinsel überdies russische Pässe an Ukrainer; überwiegend wohl an ethnische Russen der mittlerweile aufgelösten ukrainischen Polizeieinheit *Berkut*.¹¹

Russland beanspruchte alsbald das Recht, im Falle von Gewalt auf der Krim und im Osten der Ukraine seine Interessen und die russischen Einwohner zu schützen.¹² Im UN-Sicherheitsrat präsentierte man kurz darauf die an Russland gerichtete Bitte des sich mittlerweile im Exil befindenden Ex-Präsidenten *Janukowitsch* an Russland, Recht und Ordnung in der Ukraine wiederherzustellen.¹³

Bei dem unter russischer Militärpräsenz am 16.03.2014 abgehaltenen Referendum standen einerseits der Anschluss an Russland, andererseits die Wiederherstellung der Verfassung vom 06.05.1992 zur Option. Nach dieser sah man sich als Republik Krim, der alle Hoheitsgewalt zustehe, sofern sie diese nicht freiwillig an die Ukraine delegiert hätte.¹⁴ Ein Verbleib innerhalb der Ukraine als Autonome Republik Krim mit weitgehenden Unabhängigkeitsrechten und damit die Beibehaltung des status quo stand nicht zur Auswahl.

³ Vgl. *Triebe*, Moskau bastelt an einem Gegenentwurf zur EU, Neue Zürcher Zeitung, 30.05.2014.

⁴ Ein nicht zu unterschätzender Teil der Bevölkerung nennt Russisch gar seine Muttersprache, auf der Krim sind es gar 77%, siehe Ukraine-Zensus 2001: <http://2001.ukrcensus.gov.ua/eng/results/general/language/>.

⁵ Ebenda.

⁶ Maidan on my mind, *The Economist*, 15.02.2014.

⁷ So der Vertreter Russlands im UN-Sicherheitsrat am 01.03.2014: „Why do those street demonstrations (against Yanukovich) need to be encouraged from abroad by members of the European Union? (...) Why did there have to be such crude interventions in the internal affairs of a sovereign State?“, vgl. www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PV.7124.

⁸ *Putin* bittet um Erlaubnis, 01.03.2014, www.eng.kremlin.ru/news/6751; bezüglich der erfolgten Autorisierung, siehe Washington Post Online, Russian parliament approves use of troops in Ukraine, 01.03.2014.

⁹ Ibid.

¹⁰ So behauptete Russland, dass es sich um ukrainische Selbstverteidigungsverbände handelte, obwohl diese mit russischer Militärausrüstung gesichtet worden waren, siehe Pressekonferenz von *Putin*, 04.03.2014, abrufbar unter www.kremlin.ru; a. A. z. B. bei *Mackey*, Russia's Defense Minister Calls Evidence of Troop Presence in Crimea Complete Nonsense?, *New York Times*, 05.03.2014; *Herszenhorn* et al, Russian Forces Take Over One of the Last Ukrainian Bases in Crimea, *New York Times*, 23.03.2014.

¹¹ www.spiegel.de/politik/ausland/ukraine-russland-krise-putins-plaene-fuer-ein-protektorat-krim-a-956445.html.

¹² www.focus.de/politik/ausland/russland-uebernimmt-kontrolle-ueber-krim-eskalation-im-urkraine-konflikt-obama-droht-putin-mit-voelliger-isolierung_id_3654191.html.

¹³ www.spiegel.de/politik/ausland/krim-krise-moskau-begrundet-militaereinsatz-mit-janukowitsch-bittbrief-a-956743.html.

¹⁴ Weiterführend zum Status der Krim seit *Nikita Chruschtschow* sie der Ukraine schenkte, bei *Bowring*, The Crimean Autonomy, innovation or anomaly?, in: *Weller/Wolff* (Hg.), *Autonomy, self-governance, and conflict resolution: innovative approaches to institutional design in divided societies*, 2005, S. 75 ff.

Am Tag nach der Unabhängigkeitserklärung¹⁵ erkannte Russland die Krim als unabhängigen Staat an¹⁶ und schuf sich damit den Vertragspartner für den späteren Beitrittsvertrag. Das Krim-Parlament stellte sodann einen Antrag auf Anschluss an die Russische Föderation.¹⁷ Tags darauf war der Beitrittsvertrag¹⁸ geschlossen, alle verfassungsrechtlichen Voraussetzungen geschaffen, und die Krim – zumindest de facto – ein Teil Russlands.¹⁹

II. Verstoß gegen das Gewaltverbot?

Das Gewaltverbot gehört zu den zwingenden Normen des geltenden Völkerrechts, das maßgeblich vom Gedanken der internationalen Friedenssicherung geprägt ist.²⁰ Die Mitglieder der UN haben sich in Art. 2 Nr. 4 UN-Charta dazu verpflichtet, jegliche Anwendung oder Androhung zwischenstaatlicher Gewalt zu unterlassen. Zwar ist nicht jede Form der Gewalt von der Reichweite des Begriffs umfasst, doch unterfällt ihm militärische Gewalt unter allen Umständen.²¹

Gemäß Berichten der OSZE-Beobachter fand eine russische Intervention bereits in der unruhigen Phase vor dem Referendum statt.²² Darüber hinaus stellt allein schon die parlamentarische Autorisierung zur Gewaltanwendung²³ eine verbotene Drohung mit Gewalt dar. Außerdem muss der Vertrag über den Status und die Bedingungen des Aufenthalts der russischen Schwarzmeerflotte auf dem Territorium der Ukraine von 1997 in Betracht gezogen werden, der russische Militärpräsenz auf der Krim zwar in begrenztem Rahmen gestattete, doch keine generelle Präsenz russischer Truppen vorsah.²⁴

Dass die beschriebenen russischen Aktionen auf der Krim nicht die Zustimmung der Ukraine fanden, ist offensichtlich. Insbesondere seitdem *Putin* die Präsenz russischen Militärs im Vorfeld und während des Referendums eingeräumt hat,²⁵ bestehen auch keine Zweifel mehr an der Zurechnung der Truppen ohne Hoheitsabzeichen.

15 Dazu *Marxsen*, *Crimea's Declaration of Independence*, posted on www.ejiltalk.org, 18.03.2014.

16 Executive Order on recognising Republic of Crimea, www.eng.kremlin.ru, 17.03.2014.

17 Siehe *Harding/Walker*, *Crimea Applies to be Part of Russian Federation after Vote to Leave Ukraine*, *The Guardian*, 17.03.2014.

18 www.eng.kremlin.ru/news/6890.

19 Kritisch u.a. *Luchterhandt*, *Annexion der Krim – Putin verstößt gegen russische Verfassung*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 18.04.2014.

20 Allgemein zum Gewaltverbot *Schadtle*, *Das völkerrechtliche Gewaltverbot und seine Ausnahmen*, *JURA* 2009, 686 ff.

21 *Vitzthum/Proelß*, *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2013, S. 581 f.

22 *Felstead*, *OSCE evidence lifts lid on 'little green men' in Crimea*, *Jane's Online*, 12.03.2014, www.janes.com/article/35275/osce-evidence-lifts-lid-on-little-green-men-in-crimea.

23 Russian parliament approves use of troops in Ukraine, *Washington Post Online*, 01.03.2014.

24 Siehe im Allgemeinen *International Law Association*, *Draft Report on Aggression and the Use of Force*, *Washington Conference* 2014, S. 14.

25 *Sydow*, *Putin wirft ukrainischer Regierung schwere Verbrechen*

Rechtlich kann der gesamte Vorgang und der folgende Anschluss an Russland mithin nur als Verstoß gegen das Gewaltverbot bezeichnet werden.²⁶ Dieser bedarf der Rechtfertigung.

III. Rechtfertigung des Verstoßes?

Der Verstoß des Gewaltverbots wird von russischer Seite einerseits damit begründet, dass eigene Staatsangehörige geschützt werden mussten (1.), andererseits wird mit einer Intervention auf Einladung von Ex-Präsident *Janukowitsch* argumentiert (2.).

1. Schutz eigener Staatsangehöriger

Staaten haben in der Vergangenheit bereits mehrfach versucht ihre militärischen Interventionen damit zu legitimieren, dass diese zum Schutz eigener Staatsangehöriger auf fremdem Hoheitsgebiet notwendig gewesen seien. So befreite die israelische Armee beispielsweise 248 Passagiere eines Airbus, die in einem Flughafengebäude in Entebbe (Uganda) als Geiseln genommen worden waren.²⁷ Ebenso dienen die Bundeswehr-Rettungsaktionen *Libelle* 1997 in Albanien und *Pegasus* 2011 in Libyen als Musterbeispiele.²⁸ Ihnen allen gemein ist, dass sie sich streng auf die Rettung der eigenen Staatsangehörigen beschränkten und unbedingt erforderlich beziehungsweise die ultima ratio waren. Diese Merkmale sind zugleich die Voraussetzungen um die Intervention zum Schutz eigener Staatsangehöriger als eng auszulegen²⁹ ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund einer militärischen Intervention betrachten zu können.³⁰

Russland, das sich schon 2008 im Konflikt um Süd-Ossetien auf diesen Rechtfertigungstatbestand berief,³¹ trägt als sich auf dieses Recht berufender Staat für die Erfüllung dieser Voraussetzungen die Beweislast,³² insbesondere dafür, dass Staatsangehörige Russlands tatsächlich in ernstzunehmender Gefahr waren.

vor, *Spiegel-Online*, 17.04.2014.

26 Für die Implikationen siehe auch UN-Generalversammlungsresolution vom 27.03.2014, A/RES/68/262, abrufbar unter www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/L.39.

27 Umfassende rechtliche Würdigung dieses Vorfalls bei *Beyerlin*, *Die israelische Befreiungsaktion von Entebbe in völkerrechtlicher Sicht*, *ZaöRV* 1977, 213 ff.

28 Für die umfassende Staatenpraxis in diesem Bereich, siehe *Dinstein*, *War Aggression and Self-Defence*, 5. Aufl. 2011, S. 218 f.

29 *Dörr*, *Prohibition of the Use of Force*, *MPEPIL-Online*, para. 46, abrufbar unter www.opil.ouplaw.com; *Marxsen*, *The Crimea Crisis – An International Law Perspective*, *ZaöRV* 2014, 367 (374).

30 *Randelzhofer/Dörr*, in: *Simma* (Hg.), *The Charter of The United Nations*, *A Commentary*, 3. Aufl. 2012, Art. 2 (4), Rn. 58; grundlegend *Waldock*, *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*, 81 *Recueil des Cours*, 1952, S. 455.

31 Letztlich erfolglos, siehe *Thompson*, *Doctrine of the Protection of Nationals Abroad: Rise of the Non-Combatant Evacuation Operation*, 11 *Wash U Gl Stud L Rev*, 2012, S. 627 (659 f.).

32 Vgl. *Case concerning Oil Platforms, Iran vs. USA*, I.C.J. Judgment of 6. November 2003, para. 57.

Zwar haben ukrainische Regierungsvertreter die russischen Truppen dazu ermahnt, sich nur in den im Statusvertrag vereinbarten Zonen zu bewegen,³³ doch gibt es keinerlei Berichte, dass die russischen Truppen tatsächlich Opfer von gewaltsamen Übergriffen geworden wären. Hinsichtlich der russischen Bürger divergieren westliche und russische Darstellungen bezüglich der tatsächlichen Lage dieser auf der Krim.³⁴ Die bloße Behauptung³⁵ einer Bedrohung kann jedoch nicht ausreichen. Es fällt mithin schwer, nachzuvollziehen, wie der Rechtfertigungsgrund unter den gegebenen Umständen greifen sollte.

Selbst wenn es zu gewaltsamen Übergriffen auf Zivilisten gekommen sein sollte, wäre darüber hinaus zu beachten, dass das Verteilen von russischen Pässen auf der Krim³⁶ nichts am Scheitern einer Rechtfertigung ändern würde, weil es auf die völkerrechtlich maßgebliche Staatsangehörigkeit keinen Einfluss hat. Dies beruht darauf, dass eine Interventionsbefugnis bei der Bedrohung rein ethnischer Zugehörigkeiten einen nicht mehr zu kontrollierenden Rechtfertigungstatbestand bedeuten würde, der besonders für Staaten mit zu einem größeren Nachbarstaat gehörenden ethnischen Minderheiten gefährlich wäre.³⁷

2. Intervention auf Einladung

Ex-Präsident *Janukowitsch* hat mittlerweile bestätigt, dass er Russland darum gebeten hat, in der Ukraine für Recht und Ordnung zu sorgen.³⁸ Einen entsprechenden Brief des Ex-Präsidenten präsentierte der russische Vertreter *Churkin* am 04.03.2014 im UN-Sicherheitsrat.³⁹ Insofern betrachtete die russische Regierung *Janukowitsch* als legitime Staatsoberhaupt der Ukraine. Als ebensolches betrachtete er sich selbst.⁴⁰ Die westlichen Staaten hingegen sahen *Janukowitsch* zu diesem Zeitpunkt nicht mehr als berechtigt an, die Ukraine völkerrechtlich zu vertreten.

Die überwiegende Auffassung in der Literatur bejaht die Möglichkeit eines auswärtigen Militäreinsatzes, wenn die amtierende Regierung des anderen Staates den intervenierenden Staat hierum ersucht.⁴¹ So kann schon begriffslogisch eine derartige Intervention keine An-

wendung von Gewalt darstellen, wenn eine amtierende Regierung um Unterstützung im Kampf gegen Dritte (z. B. Aufständische oder Terroristen) bittet.⁴²

Die Voraussetzungen für eine wirksame Einladung sind weiterhin, dass sie nicht durch Korruption oder unter nötigendem Druck zustande kam. Sie muss darüber hinaus ausdrücklich formuliert sein, im Vorfeld der Intervention ausgesprochen werden und dem Staat zurechenbar sein.⁴³

Im Kontext der russischen Intervention auf der Krim kommt es entscheidend auf das letztgenannte Kriterium an. Es muss deshalb danach gefragt werden, welche Autorität in der Ukraine vor der russischen Intervention berechtigt gewesen wäre, um militärische Hilfe von außen zu bitten.

Prinzipiell kann zunächst einmal festgestellt werden, dass eine Einladung stets von der höchsten staatlichen Autorität ausgehen muss.⁴⁴ Die höchste staatliche Autorität ist in der Regel die jeweils international anerkannte Regierung, doch derlei eindeutige Kategorien verwischen in Bürgerkriegssituationen oft bis zur völligen Undurchsichtigkeit. Zumeist wird deshalb darauf abgestellt, wer die tatsächliche Kontrolle über das Territorium ausübt und effektive Hoheitsgewalt innehat.⁴⁵ Zusätzlich wird teilweise die Legitimität der jeweiligen Regierung in Betracht gezogen.⁴⁶

Die entscheidende Frage ist, ob *Janukowitsch* zum Zeitpunkt der Einladung noch als ukrainischer Regierungschef angesehen werden konnte bzw. effektive Hoheitsgewalt innehatte. Selbst *Putin* sprach davon, dass *Janukowitsch* keine politische Zukunft in der Ukraine hätte.⁴⁷ Außerdem war er aus dem Land geflohen⁴⁸ und hatte jeglichen Rückhalt innerhalb des Landes, auch von Polizei und Militär, verloren. Darüber hinaus entzog ihm das Parlament am 22.02.2014 das Vertrauen und wählte *Turtschinow* zu seinem Nachfolger. Effektive Kontrolle über das Land hatte *Janukowitsch* nicht mehr.

Auch unter Heranziehung des Kriteriums der Legitimität, fällt es schwer, die Legitimitätsbehauptung von *Janukowitsch* als begründeter anzusehen, als jene der Maidan-Interimsregierung. Zwar wurde er 2010 demokratisch gewählt, doch wurde er am 22.02.2014 vom ebenso demokratisch legitimierten Parlament wieder abgewählt;

33 www.en.itar-tass.com/world/721161.

34 Siehe *Titz*, Krim-Krise in Russlands Medien, Spiegel-Online, 02.03.2014.

35 www.eng.kremlin.ru/news/6752.

36 www.zeit.de/news/2014-03/19/konflikte-russland-verteilt-paesse-auf-der-krim-19173206.

37 *Walter*, Self-Determination, Secession and the Crimean Crisis, in: *Walter* (Hg.), *After Kosovo*, OUP 2014 (im Druck).

38 *Kriel/Isachenkov*, Interview: Yanukovich Admits Mistake on Crimea, siehe: www.hosted.ap.org, 02.04.2014.

39 www.bbc.com/news/world-europe-26427848.

40 www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/ukraine/10664711/Ukraine-crisis-Viktor-Yanukovich-surfaces-to-say-he-is-still-leader.html.

41 *Ipsen/Fischer*, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2004, S. 1077.

42 *Nolte*, *Eingreifen auf Einladung*, 1999, S. 209 m. w. N.

43 Siehe Commentary to the ILC Draft Articles on State Responsibility, Art. 29, in: *ILCYB* 1979, Vol. II, Part II, S. 114f.

44 *Corten*, *The Law against War-The Prohibition of The Use of Force in Contemporary International Law*, 2010, S. 263.

45 *Nolte*, *Intervention upon Invitation*, *MPEPIL-Online*, Rn. 17, www.opil.ouplaw.com; *Shaw*, *International Law*, 6. Aufl. 2008, S. 1151.

46 *Ibid.*

47 Pressekonferenz von *Putin*, 04.03.2014, www.kremlin.ru.

48 www.bbc.com/news/world-europe-26367722.

mit 328 zu 0 Stimmen.⁴⁹ Zwar wurde die nach der ukrainischen Verfassung zur Abwahl erforderliche Zweidrittelmehrheit nicht erreicht, da das Parlament 449 Sitze hat und 121 Abgeordnete der Abstimmung fernblieben. Doch kann eine Einladung einer demokratisch legitimierten Regierung, die jegliche Kontrolle über das Land verloren hat, ausreichen um eine militärische Intervention zu rechtfertigen? Die Fälle, die eine solche Behauptung unterstützen würden, sind rar gesät: Lediglich die Interventionen der UN-Truppen (ECOWAS) in Liberia 1990 und in Sierra Leone 1997 könnten als Beispiele dienen. In Sierra Leone bat der in einem Militärputsch gestürzte Präsident *Ahmad Tejan Kabbah* ECOWAS um Hilfe, die Macht zurückzuerlangen, obwohl er bereits aus dem Land geflohen war.⁵⁰ Ähnliches versuchte Präsident Aristide 1991 in Haiti.⁵¹ Der UN-Sicherheitsrat stützte sich sodann jedoch nicht auf die Einladung Aristides zu intervenieren, sondern stellte eine Friedensbedrohung fest, handelte nach Kapitel VII der UN-Charta⁵² und unterstützte damit die Annahme, dass eine solche Einladung keine legitimierende Wirkung für einen Militäreinsatz entfalten kann.⁵³ Die ECOWAS-Truppen in Sierra Leone hingegen waren schon vor der Einladung des geflohenen Präsidenten im Land und übten lediglich ihr Selbstverteidigungsrecht aus, als sie in Sierra Leone militärische Gewalt anwendeten.⁵⁴

Unabhängig von alledem hatte die russische Intervention nie zum Ziel, *Janukowitsch* zurück an die Macht zu bringen, sondern diente – dies zeigen die der Intervention folgenden Geschehnisse – hauptsächlich der Vorbereitung der Sezession der Krim. Und selbst wenn man annähme, dass die Einladung von Präsident *Janukowitsch* gültig wäre: Das tatsächliche Vorgehen der russischen Truppen und die Sezession der Krim waren sicherlich nicht von seiner Zustimmung gedeckt. Eine Intervention auf Einladung als Ausnahme vom Gewaltverbot verliert seine rechtfertigende Wirkung, wenn der intervenierende Staat sein Mandat überschreitet. Das russische Vorgehen kann deshalb nicht mit dem Verweis auf die Einladung zur Intervention von Ex-Präsident *Janukowitsch* gerechtfertigt werden.

Russlands Vorgehen stellt mithin einen nicht gerechtfertigten Verstoß gegen das Gewaltverbot dar.

49 www.bbc.com/news/world-europe-26304842.

50 *Vermeer*, Intervention with the Consent of a deposed (but Legitimate) Government? Playing the Sierra Leone card, 06.03.2014, posted on www.ejiltalk.org.

51 *Wippmann*, Military Intervention, Regional Organizations and Host-State Consent, in: *Duke J. Comp. & Int'l L* 7, 1996, S. 217 ff.

52 Resolution S/Res/940 (1994) vom 31.07.1994.

53 *Wippmann*, Military Intervention, Regional Organizations and Host-State Consent, in: *Duke J. Comp. & Int'l L* 7, 1996, S. 218 f.

54 *Gestri*, ECOWAS Operations in Liberia and Sierra Leone: Amnesty for Past Unlawful Acts or Progress Toward Future Rules?, in: *Botte et al (Hg.)*, Redefining Sovereignty, 2005, S. 245 f.

IV. Legalität des Referendums

Nach der vorangegangenen Untersuchung der Intervention auf der Krim soll nun die Legalität des Referendums auf der Krim aus völkerrechtlicher Perspektive beleuchtet werden.

Mit einer überwältigenden Mehrheit von über 96% stimmte die Bevölkerung der Krim am 18.03.2014 für einen Anschluss an Russland.⁵⁵ Damit scheint die Sachlage zunächst klar. Durch direkte, demokratische Entscheidung hat eine Gruppierung scheinbar ihren kollektiven Willen erklärt.

Mit dem Venice Commission Code of Good Practice⁵⁶ existieren nicht bindende internationale Standards im Bezug auf die Durchführung von Referenden.⁵⁷ Diesen genügte das Referendum in mehrerlei Hinsicht nicht.

Zum einen ist aufgrund widersprüchlicher Informationslage⁵⁸ schwer zu beurteilen und nicht abschließend geklärt ob internationale Beobachter anwesend waren.

Selbst wenn man dies annähme, so hätte zweitens die Durchführung des Referendums im Friedenszustand, das heißt unter Abwesenheit militärischer Streitkräfte eines Drittstaates, stattfinden müssen.⁵⁹ Da sich, wie erörtert, seit spätestens dem 01.03.2014 russisches Militär auf der Krim befand⁶⁰, wurde in jedem Fall dieser Standard verletzt.

Allein dadurch fehlte es dem Referendum an neutralen Rahmenbedingungen.⁶¹ Schon vor dem Referendum ließen Offizielle verlauten, dass die Krim nicht wieder zur Ukraine zurückkehren werde.⁶² Am gleichen Tag wurde auch die Unabhängigkeit der Krim ausgerufen.⁶³

55 Rada Crimea, Pressemitteilung 17.03.2014, www.rada.crimea.ua; teilweise wird Wahlfälschung unterstellt: www.zeit.de/politik/ausland/2014-05/ukraine-putin-wahlfalschung.

56 Venice Commission Code of Good Practice on Referendums CDL-AD(2007)008rev.

57 *Peters*, Sense and Nonsense of Territorial Referendums in Ukraine, 16.04.2014, www.ejiltalk.org; Council of Europe, Parliamentary Assembly Recommendation No. 1704.

58 *Peters*, Sense and Nonsense of Territorial referendums in Ukraine, and why the 16 March referendum in Crimea does not justify Crimeas Alternation of the territorial status under International Law, www.ejiltalk.org, 16.04.2014.

59 *Peters*, Das Gebietsreferendum im Völkerrecht: Seine Bedeutung im Licht der Staatenpraxis nach 1989, 1995, S. 500.

60 www.eng.kremlin.ru/news/6751; bezüglich der erfolgten Autorisierung siehe Washington Post Online, Russian parliament approves use of troops in Ukraine, 01.03.2014.

61 So auch kritisiert von der Venice Commission zur Auflösung Serbien-Montenegros, 2005 CDL-AD 041, 19.12.2005, Rn. 12.

62 www.voiceofrussia.com/news/2014_03_11/Crimea-wont-return-to-Ukraine-Speaker-8062/.

63 RT-Press Report, Crimea Parliament Declares Independence from Ukraine Ahead of Referendum, www.rt.com, 11.03.2014.

Auch die Art der Fragestellung im Referendum entsprach nicht den internationalen Standards. Zum einen umfasste sie keine Frage im Sinne einer Ja-/Nein-Alternative;⁶⁴ außerdem ist die zweite Entscheidungsalternative unklar, da es 1992 zwei Versionen der Ukrainischen Verfassung gegeben hat, von denen nur eine die Krim als integralen Bestandteil der Ukraine proklamiert.⁶⁵ Ferner war die Beibehaltung des Status quo keine Option im Referendum,⁶⁶ sodass es dem Referendum an sich an Neutralität fehlt.

Nichtsdestotrotz bleibt festzuhalten, dass allein die Tatsache, dass das Referendum nicht mit den internationalen Standards übereinstimmte, keine Völkerrechtswidrigkeit begründet, da diese zumindest in ihrer Gesamtheit⁶⁷, keine bindende Wirkung entfalten.

Ebenso verhält es sich mit der Verfassungswidrigkeit des Referendums.⁶⁸ Dies ist der Neutralität des Völkerrechts gegenüber innerstaatlichem Recht – als Bereich der *domaine réservé*⁶⁹ – geschuldet.⁷⁰ Die auf das Referendum folgenden Unabhängigkeitserklärung und die territorialen Veränderungen durch Sezession sind jedoch, wie im Folgenden illustriert werden wird, anders zu bewerten.

V. Legalität der Unabhängigkeitserklärung

Die Frage der Legalität von Unabhängigkeitserklärungen ist ein im Völkerrecht viel diskutiertes Problem, das erst jüngst im Kontext des Zerfalls der Bundesrepublik Jugoslawien in seine Teilregionen und dem darauf folgenden Kosovokrieg 1999⁷¹ mit Intervention der NATO erneut aufflammte.

Im Kontext der Unabhängigkeitserklärung der Krim verwies Russland wiederholt auf die Unabhängigkeitserklärung des kosovarischen Parlaments vom 17.02.2008 und leitet daraus wiederum deren Legalität ab.⁷² Die beiden Fälle erscheinen jedoch nur auf den ersten Blick ver-

gleichbar. Insbesondere im Hinblick auf die zwei folgenden Aspekte unterscheiden sie sich erheblich.

Erstens war die Unabhängigkeitserklärung der Krim im Gegensatz zu der des Kosovo direktes Resultat der illegalen Gewaltanwendung Russlands⁷³ und damit unmittelbare Folge eines Verstoßes gegen *ius cogens*⁷⁴ und damit, wie auch der IGH in seinem Kosovo-Gutachten klarstellte, völkerrechtswidrig.⁷⁵ Denn laut diesem sind Unabhängigkeitserklärungen – wenn man sie isoliert betrachtet – rechtmäßig. Zwar existiert im Völkerrecht keine Erlaubnisnorm für Unabhängigkeitserklärungen, doch was im Völkerrecht nicht verboten ist, das ist erlaubt.⁷⁶ Illegal wird eine Unabhängigkeitserklärung jedoch dann, wenn sie aus einem Völkerrechtsbruch, insbesondere einer Verletzung einer zwingenden Norm des Völkerrechts, wie im Fall der Krim aus dem Verstoß gegen das Gewaltverbot, resultiert.⁷⁷ Ergänzend sei erwähnt, dass die gewohnheitsrechtliche Geltung dieser Norm ihre Bestätigung auch in den Resolutionen des UN-Sicherheitsrats zur Unabhängigkeitserklärung von Südrhodesien 1965⁷⁸ und der Türkischen Republik Nordzypern 1983 findet.⁷⁹ Die Tatsache, dass es im Fall der Krim nicht zu einer solchen Verurteilung durch den Sicherheitsrat kam, darf nicht als Abkehr von der herrschenden Staatenpraxis verkannt werden, sondern ist allein der Stellung Russlands als Vetomacht im UN-Sicherheitsrat geschuldet.⁸⁰

Zweitens ist der zeitliche Aspekt zu beachten. Im Fall des Kosovo folgte die Unabhängigkeitserklärung erst neun Jahre nach der möglicherweise illegalen Intervention der NATO⁸¹ im ehemaligen Jugoslawien nachdem der Kosovo unter internationale Verwaltung gestellt worden war⁸² und sich sein Status über einen Zeitraum von fast einem Jahrzehnt faktisch etablieren konnte. Russland hingegen erkannte die Unabhängigkeit der Krim *unverzüglich* an und verstieß damit gegen das völkerrechtliche Gebot „*not to recognize, (...) individual or collective acts, that purported statehood of an effective territorial entity created in violation of one or more fundamental norms*

⁶⁴ Vgl. Referendum Schottland, www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-21245701.

⁶⁵ Näher dazu: *Kolstoe*, *Russians in the Former Soviet Republics*, 1995, S. 194.

⁶⁶ *Balmforth*, *No room for 'Nyet' in Ukraine's Crimea vote to join Russia*, Reuters, 11.03.2014.

⁶⁷ Zur gewohnheitsrechtlichen Geltung einiger Standards: *Peters*, *Das Gebietsreferendum im Völkerrecht: Seine Bedeutung im Licht der Staatenpraxis nach 1989*, 1995, S. 501.

⁶⁸ Verstoß gegen Artt. 72, 138 II und 134 Ukrainische Verfassung.

⁶⁹ *Ziegler*, *Domaine Réservé*, MPEPIL III, Rn. 216ff. www.opil.oup-law.com.

⁷⁰ Ebenso: Supreme Court of Canada, *Re Secession of Québec* 1998, 2 S.C.R. 217, 222. www.scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do.

⁷¹ Im Detail *Ziegler*, *Kosovo Krieg der Nato 1999 und Irakkrieg 2003: völkerrechtliche Untersuchung zum universellen Gewaltverbot und seinen Ausnahmen*, 2009.

⁷² www.eng.kremlin.ru/news/6889; Aktuelle umfassende Analyse bei Milanovic /Wood, *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion*, 2014.

⁷³ Siehe oben.

⁷⁴ Art. 2 IV UN Charta, 1 UNTS XVI.

⁷⁵ Antrag: GA Res 63/3; Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, 22. July 2010 I.C.J. Reports 2010, S. 403 Rn. 49.

⁷⁶ Lotus Prinzip – abgeleitet aus S.S. Lotus (Frankreich /I. Türkei) Urteil, 07.09.1927 P.C.I.J. Series A No. 10, www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm.

⁷⁷ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, S. 403 Rn. 81.

⁷⁸ UN SC S/RES/216.

⁷⁹ UN SC S/RES/541.

⁸⁰ UN GA RES/68/262 verurteilt das Referendum als illegal.

⁸¹ *Aghayev*, *Humanitäre Intervention und Völkerrecht – Der NATO-Einsatz im Kosovo, 2007; Befürworter der Legalität: Doehring*, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2004, Rn. 766ff., 777, 1015; Nothilfe, humanitäre Intervention als „a [legal] means of last resort“, *Tomuschat*, *Human Rights*, 2003, S. 226ff.

⁸² UN SC S/RES/1244.

of international law⁸³ und damit gegen das Verbot der verfrühten Anerkennung staatlicher oder staatsähnlicher Gebilde.⁸⁴

VI. Legalität der Sezession und Integration in die russische Föderation

Die Frage nach der Legalität der Sezession der Krim als sogenannte *self-determination unit*⁸⁵ erfordert eine differenzierte Betrachtung, da nicht automatisch von der Illegalität der Unabhängigkeitserklärung auf die Völkerrechtswidrigkeit der Sezession geschlossen werden kann. Ein Rückgriff auf das Kosovo Gutachten des IGH ist hier, anders als bei der Unabhängigkeitserklärung, nicht zielführend, da sich dieser zu Fragen des Rechts auf Sezession und Selbstbestimmung schlicht nicht äußerte, obwohl er Gelegenheit dazu gehabt hätte. Von Seiten der Krim und Russlands wird nun behauptet, die Sezession sei als Ausdruck des Rechts auf völkerrechtliche Selbstbestimmung gerechtfertigt und damit legal.

Historisch begründet in der Amerikanischen Unabhängigkeitserklärung und dem Gedankengut der Französischen Revolution hat sich das Selbstbestimmungsrecht der Völker heute gewohnheitsrechtlich etabliert.⁸⁶ Völker, die traditionellerweise keine Völkerrechtssubjektivität genießen, sollen „(...) Kraft dieses Rechts [...] frei über ihren politischen Status [entscheiden] und [...] in Freiheit ihre wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung [gestalten können].“ Die genauen Umrisse des Konzepts und insbesondere die Rechtsfolgen des Zugeständnisses eines solchen Rechts, sind jedoch nach wie vor unklar.⁸⁷ So steht man bei der völkerrechtlichen Beurteilung der Sezession der Krim vor einer Reihe von schwierigen Fragen.

1. Sezession als ultima ratio der Ausübung des Rechts auf Selbstbestimmung

Das Recht auf Selbstbestimmung umfasst zwei Dimensionen: Das innere Recht auf Selbstbestimmung⁸⁸ meint die Realisierung der eigenen Interessen und Rechte innerhalb des bestehenden Staatsgefüges.⁸⁹ Dies kann eine

fruchtbare Alternative⁹⁰ zu Separations- oder Sezessionsbestrebungen darstellen, da sie stabilitätsfreundlich und souveränitätsschützend unterschiedliche Interessen der Akteure zum Ausgleich bringt. Die Selbstbestimmung wird hier durch die Möglichkeit innerstaatlicher Verwirklichung von Partizipationsrechten erreicht.⁹¹ Weitgehend etabliert ist, dass nur dort, wo eine Verwirklichung der inneren Selbstbestimmung unmöglich ist, ein Recht zur äußeren Selbstbestimmung gewährt werden kann.⁹² Das äußere Recht auf Selbstbestimmung, als zweite Dimension, geht über die staatlichen Grenzen hinaus und verleiht der betreffenden Gruppe weitergehende Rechte, jedoch kein Sezessionsrecht. Das Recht zur *remedial secession* wird als letztes Mittel nur dann gewährt, wenn das Zusammenleben innerhalb des Staatsgefüges zur Unmöglichkeit geworden ist und fundamentale Menschenrechte verletzt wurden.⁹³

Selbst wenn man also annähme, die Bevölkerung der Krim sei – einer weiten Definition eines Volkes im völkerrechtlichen Sinne folgend⁹⁴ – ein Volk und damit Träger des Selbstbestimmungsrechts und weiterhin, dass sich aus dem äußeren Recht der Selbstbestimmung ein Recht zur Sezession als *ultima ratio* herleiten lasse, so bleibt noch immer fraglich, ob die weiteren Rahmenbedingungen für die Ausübung des äußeren Rechts auf Selbstbestimmung überhaupt vorlagen. Im Fall der Krim bestand nämlich gerade die Möglichkeit zur Verwirklichung der Selbstbestimmung auf innerstaatlicher Ebene, denn der Krim wurde durch Art. 134 der Ukrainischen Verfassung ein Sonderstatus mit einem hohen Grad an autonomer Selbstverwaltung⁹⁵ und Kompetenzen⁹⁶ eingeräumt. Außerdem lässt sich kaum argumentieren, dass das „Volk“ der Krim durch die Proteste auf dem Maidan und dem Regierungswechsel in Kiew tatsächlich in seiner Existenz bedroht war.

Eine Norm, die der Krim eine Sezession erlaubt hätte, ist schlicht nicht existent.⁹⁷

⁸³ Raic, Statehood and the Law of Self-Determination, 2002, S. 107.

⁸⁴ Stimson-Doktrin; ebenso: Klein, Die Nichtanerkennungspolitik der Vereinten Nationen gegenüber den in die Unabhängigkeit entlassenen südafrikanischen Homelands, ZaöRV 1979, 485 ff.

⁸⁵ Crawford, The Creation of States in International Law, 2006, S. 384.

⁸⁶ Wegweisend: Åland Islands Case (1920) League of Nations Official Journal Spec Supp 3 S. 6 f.; im Detail: Spiliopoulou, The Åland Example and its Components – Relevance for International Conflict Resolution, 2011; Friendly Relations Declaration, 5. Prinzip; Artt. 1 II, 2 III, 14, 55, 73; 76 lit. b UN-Charta.

⁸⁷ Oeter, The Right of Self-Determination as a Concept of the UN-Charter, in: Simma (Hg.), The Charter of the United Nations. A Commentary, 3. Aufl. 2012, S. 313, Rn. 8–14.

⁸⁸ Ausführlich: Thornberry, The Democratic or Internal Aspect of Self-Determination with some Remarks on Federalism, in: Tomuschat (Hg.), Modern Law of Self-Determination, 1993, S. 101–138; Rosas, Internal Self-Determination, ebenda, S. 225–252.

⁸⁹ Tomuschat, Völkerrecht, in: Herzog (Hg.), Evangelisches Staats-

lexikon, 1987, Bd. II, Sp. 3885; zur engen Ausnahme Thürer, in: Neuhold/Simma (Hg.), Neues europäisches Völkerrecht nach dem Ende des Ost-West-Konfliktes?, 1996, S. 50.

⁹⁰ Eide, In Search of Constructive Alternatives to Secession, in: Tomuschat (Hg.), Modern Law of Self-Determination, 1993, S. 139–176.

⁹¹ Z.B. autonomer Status, Föderale Strukturen, Stärkung und Garantie von Minderheitsrechten im Staat.

⁹² Kymlicka, Is Federalism a Viable Alternative to Secession?, in: Lehning (Hg.), Theories of Secession, 1998, S. 111–150; Moore, The Ethics of Nationalism, 2001, S. 165–201.

⁹³ Radan, International Law and the Right of Unilateral Secession, in: Pavković/Radan (Hg.), The Ashgate Research Companion to Secession, 2011 S. 326 f.

⁹⁴ Gudeleviciute, Does the Principle of Self-determination Prevail over the Principle of Territorial Integrity?, Int'l J Baltic L., April 2005, Vol. 2, No. 2, S. 73.

⁹⁵ Art. 138 Ukrainische Verfassung.

⁹⁶ Ebenda Art. 137.

⁹⁷ Detaillierte Untersuchung des widersprüchlichen russischen Verhaltens: Mälksoo, Crimea and (the Lack of) Continuity in Russian Approaches to International Law, www.ejiltalk.org, 28.03.2014; Protokoll

2. Rechtmäßigkeit des Anschlusses an Russland

Das Völkerrecht verlangt für die Zession eines Territoriums einen Vertrag mit dem ursprünglichen Mutterstaat, der Ukraine,⁹⁸ zumindest aber dessen Einverständnis.⁹⁹ Da ein solcher nicht vorlag, bediente sich Russland der Fiktion, die Krim sei durch vermeintliche Sezession für eine juristische Sekunde ein unabhängiger Staat geworden.¹⁰⁰ Dies war die Krim jedoch zu keinem Zeitpunkt und konnte deshalb auch keinen wirksamen Fusionsvertrag mit Russland schließen.¹⁰¹ In jedem Fall verstieße der Vertrag doch gegen Art. 53 WVK, da er direktes Resultat der Verletzung des Gewaltverbots ist. Demnach war auch der Anschluss an Russland völkerrechtswidrig.

VII. Resümee

Da die Ukraine weder Teil der Europäischen Union noch NATO-Bündnispartner ist, bleibt den USA und Europa ein weiter Spielraum zu entscheiden wie auf das Verhalten

Russlands reagiert werden soll. Die Reaktionen erschöpfen sich bislang in Wirtschaftssanktionen.¹⁰²

Es ist überdies sinnvoll das Verhalten der Westmächte im Rahmen des Kosovo kritisch zu hinterfragen. Denn in einem Rechtssystem wie dem Völkerrecht ohne obligatorische Sanktionsinstanz ist Rechtstreue der Staaten¹⁰³ von überragend wichtiger Bedeutung. Die regelmäßig recht freie Interpretation der westlichen Staaten der Befugnis zur militärischen Intervention, spielt Russland insoweit in die Hände, als dass es sich vordergründig mit dem Verweis auf die vorangegangenen Militäreinsätze der westlichen Staaten unter dem Deckmantel der Völkerrechtstreue verstecken und gestützt auf eine Machtposition *fait accompli*¹⁰⁴ schaffen kann. Dies hat die fortschreitende Aushöhlung der „Rule of Law“ zur Folge. Leider trug auch der IGH hierzu bei, indem er es versäumte zu den Umrissen des Rechts auf Selbstbestimmung Sezession im Kosovo-Gutachten Stellung zu beziehen, wofür er auch aus den eigenen Reihen scharf kritisiert wurde.¹⁰⁵

der öffentlichen Sitzung vor dem IGH zur Gutachtenfrage der Legalität der Unilateralen Unabhängigkeitserklärung des Kosovo, S. 42, Rn. 23 f., 08.12.2010; Protokoll der Öffentlichen Sitzung vor dem IGH zur Gutachtenfrage der Legalität der Unilateralen Unabhängigkeitserklärung des Kosovo 08.12.2010, www.icj-cij.org/docket/files/141/15726.pdf, S. 39 f.

⁹⁸ Dörr, Cession, MPEPIL-Online, Rn. 1, www.opil.ouplaw.com.

⁹⁹ Crawford, The Creation of States in International Law, 2006, S. 338 f.

¹⁰⁰ Marxsen, ZaöRV 2014, 367 ff.

¹⁰¹ Art. 2 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge von 1969 (WVK), UNTS Vol. 1155, S. 331.

¹⁰² Insb. EU VO 833/2014, 31.07.2014; zuvor VO 269/2014, 17.03.2014; VO 477/2014, 12.05.2014.

¹⁰³ Henkin, How Nations Behave, 2. Aufl. 1979, S. 47 f.

¹⁰⁴ Fox, The Russia-Crimea Treaty, Opiniojuris.org 20.03.2014; Thürer/Burri, Self Determination MPEPIL www.opil.ouplaw.com, Rn. 19.

¹⁰⁵ Simma, Erklärung zur Advisory Opinion zur Frage der Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, I.C.J. Reports 2010, S. 478 f.; zur Kritik einzelner IGH Richter am Kosovo Gutachten bei Oeter, in: Simma (Hg.), The Charter of the United Nations. A Commentary, 3. Aufl. 2012, S. 313, Rn. 22 f.

Nicolas Sölter*

Art. 114 AEUV als Kompetenznorm zur Errichtung von (Regulierungs-)Agenturen und Adressierung privater Akteure durch Agenturen

Anmerkung zum Urteil des EuGH (Große Kammer) vom 22. Januar 2014

Mit seinem Urteil vom 22.01.2014¹ billigt der EuGH die Befugnis der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde, in Ausnahmesituationen bestimmte Finanzprodukte zu verbieten. Dem Urteil kommt neben der Bedeutung für die Errichtung des Europäischen Fi-

nanzaufsichtssystems grundsätzliche Bedeutung für die Schaffung von Agenturen zu. Im Fokus dieses Beitrags steht die Frage, ob Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage für die Schaffung einer Einrichtung wie der ESMA und deren Eingriffskompetenzen herangezogen werden kann.

* Student der Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg. Er ist Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Armin Hatje für Öffentliches Recht und Europarecht.

¹ EuGH (Große Kammer) v. 22.01.2014, Rs. C-270/12 (Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland/Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union), noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht.

I. Einleitung

Regulierungsagenturen sind als Verwaltungseinrichtungen mit eigener Rechtspersönlichkeit aus der Rechtspraxis der Europäischen Union kaum hinweg zu denken.

Der Umstand, dass sich trotz der schon vor 2009 beliebten Methode zur Dekonzentration der europäischen Verwaltung auch der Vertrag von Lissabon zu diesem Phänomen ausschweigt,² führt im Zuge der zahlreichen Agenturgründungen als Reaktion auf die Finanzmarktkrise zu einer Reihe neuer sowie zu einer Zuspitzung alter Rechtsfragen.³ Das hier besprochene Urteil der Großen Kammer des Gerichtshofs zeigt das Versäumnis von Rechtsprechung und Lehre, Voraussetzungen und Grenzen für die Errichtung von Agenturen sowie den zulässigen Umfang ihrer Befugnisse zu erarbeiten.

Neben der auch für die Errichtung der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (*European Securities and Markets Authority*, ESMA) entscheidenden Frage, wie weit die Kompetenzübertragungen reichen dürfen und ob die einst vom Gerichtshof in den Rechtsachen *Meroni*⁴ und *Romano*⁵ entwickelten Grundsätze hierfür noch immer taugliche Parameter bieten, erscheint ein Heranziehen der Binnenmarktklausel des Art. 114 AEUV zur Gründung von Agenturen nicht unproblematisch. Dies gilt im hier diskutierten Fall umso mehr, als die Adressaten der streitgegenständlichen Agenturmaßnahmen nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch Privatsubjekte sind.

II. Rechtlicher Hintergrund

1. Die ESMA als Teil des ESFS

Die ESMA wurde durch die Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 zur Schaffung einer Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (im Folgenden „ESMA-VO“) errichtet. Gemäß Art. 1 II und III der zeitgleich erlassenen Verordnung (EU) Nr. 1092/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Errichtung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken ist die ESMA Teil des Europäischen Finanzaufsichtssystems (*European System of Financial Supervision* – ESFS). Ziel des ESFS ist die Sicherstellung der Aufsicht über das Finanzsystem der Europäischen Union als eine wesentliche Lehre aus der Finanzmarktkrise. In einem Verbund mit einer Europäischen Bankenaufsichtsbehörde und einer Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersvorsorge soll die ESMA das Risiko für künftige Finanzmarktkri-

sen minimieren. An der Aufsicht durch das ESFS werden über einen Gemeinsamen Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden auch die zuständigen Behörden bzw. Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten eingebunden.

Die Aufgaben und Kompetenzen der ESMA bestimmen Art. 8 und 9 der ESMA-VO. Vorgesehen ist unter anderem der Erlass von Beschlüssen, deren Adressaten sowohl die zuständigen nationalen Behörden als auch die Finanzmarktteilnehmer sein können. Brisanz kommt der Möglichkeit von Verboten bestimmter Finanzmechanismen zu, wie sie Art. 9 V der ESMA-VO vorsieht: „Die [ESMA] kann bestimmte Finanztätigkeiten, durch die das ordnungsgemäße Funktionieren und die Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des Finanzsystems in der Union als Ganzes oder in Teilen gefährdet wird, [. . .] vorübergehend verbieten oder beschränken. [. . .] Die [ESMA] kann auch überprüfen, ob es notwendig ist, bestimmte Arten von Finanztätigkeiten zu verbieten oder zu beschränken, und, sollte dies notwendig sein, die Kommission informieren, um den Erlass eines solchen Verbots oder einer solchen Beschränkung zu erleichtern.“

2. Die Leerverkaufsverordnung

Gegenstand des Urteils ist die jüngere Verordnung (EU) Nr. 236/2012 vom 14.03.2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps (im Folgenden „LeerverkaufsVO“), namentlich deren Art. 28, durch den der ESMA Eingriffsbefugnisse für Ausnahmesituationen übertragen werden. Begründet wurde der Erlass der LeerverkaufsVO mit einer unterschiedlichen Praxis der Mitgliedstaaten, während des Höhepunktes der Finanzkrise im September 2008 Leerverkäufe zu beschränken oder zu verbieten.⁶ Unter Leerverkäufen ist eine Praxis zu verstehen, bei der Vermögenswerte und Wertpapiere, die sich zum Zeitpunkt des Verkaufs nicht im Eigentum des Verkäufers befinden, in der Absicht verkauft werden, von einem Kursrückgang der Vermögenswerte vor Abwicklung der Transaktion zu profitieren.⁷ Derartige, in Art. 1 ff. LeerverkaufsVO im Einzelnen aufgezählte Finanzmechanismen, zählten zu den wesentlichen systemischen Risiken, die in Zeiten der Instabilität an den Finanzmärkten zu einer Abwärtsspirale der Aktienmärkte führen können.⁸

Gemäß Art. 28 LeerverkaufsVO ist die ESMA befugt, natürlichen oder juristischen Personen Melde- und Veröffentlichungspflichten in Bezug auf die in Rede stehenden Finanzmechanismen aufzuerlegen. An diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, die im Falle eines Kurs- oder Wertverlustes eines anderen Finanzinstruments einen Vorteil erzielen, kann die ESMA Verbote

² In Art. 15, 16, 228, 263, 267 sowie 277 AEUV werden „sonstige Stellen“ allerdings vorausgesetzt.

³ Zu dieser „neuen Generation“ von Agenturen vgl. *E. M. Busuioac*, *European Agencies, Law and Practices of Accountability* (Oxford University Press), 2013, S. 15: „We are in fact not only witnessing a quantitative increase in agencification but also a qualitative increase. The new agencies set up in the financial sector, in the wake of the crisis, are a perfect illustration of this trend, potentially ushering in a new age of agencification.“

⁴ EuGH, Rs. C-9/56 (*Meroni*/EGKS Hohe Behörde), Slg. 1958, S. 11.

⁵ EuGH, Rs. C-98/80 (*Romano*), Slg. 1981, S. 1241.

⁶ So vor allem der 5. Erwägungsgrund der LeerverkaufsVO.

⁷ Vgl. Art. 2 I lit. b) LeerverkaufsVO.

⁸ Vgl. 1. Erwägungsgrund der LeerverkaufsVO.

und Bedingungen für Transaktionen und Eintritte ausprechen. Diese Maßnahmen sind solche i. S. d. genannten Art. 9 V ESMA-VO.⁹

Der Beschluss einer derartigen Maßnahme steht unter dem Vorbehalt einer grenzüberschreitenden Bedrohung der ordnungsgemäßen Funktionsweise und Integrität der Finanzmärkte bzw. der Stabilität des gesamten oder eines Teils des Finanzsystems in der Union. Zudem wird die ESMA nur dann tätig, wenn keine andere zuständige Behörde¹⁰ angemessene Maßnahmen ergriffen hat¹¹ und der Nutzen der Maßnahme nicht außer Verhältnis zur Beeinträchtigung der Effizienz der Finanzmärkte steht.¹² Auch bestehen Pflichten zur Konsultation des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken (ESRB) und anderer zuständiger Behörden.¹³ Für die hier diskutierte Fragestellung ist erheblich, dass die Entscheidungen der ESMA Vorrang vor denen der mitgliedstaatlichen Behörden haben.¹⁴

Zu betonen ist außerdem, dass alle drei Verordnungen, sowohl jene zur Errichtung des ESFS, die ESMA-VO als auch die LeerverkaufsVO, auf Art. 114 AEUV gestützt wurden. Neben der ESMA und den anderen beiden ESFS-Agenturen wurde bislang einzig die Europäische Chemikalienagentur allein auf der Grundlage von Art. 114 AEUV errichtet. Jedoch verfügt keine der anderen Agenturen über vergleichbare Eingriffsbefugnisse wie die ESMA, worin die eigentliche Tragweite des vorliegenden Falles liegt.¹⁵

Die Befugnisse der ESMA werden durch Art. 30 i. V. m. Art. 42 LeerverkaufsVO relativiert, der die Kommission zum Erlass delegierter Rechtsakte ermächtigt. Hier von hat die Kommission mit der delegierten Verordnung (EU) Nr. 918/2012 Gebrauch gemacht und zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe konkretisiert. So erfordert eine Bedrohung i. S. d. Art. 28 II LeerverkaufsVO nunmehr beispielsweise eine drohende schwere finanzielle, monetäre oder budgetäre Instabilität eines Mitgliedstaates oder seines Finanzsystems, so diese die ordnungsgemäße Funktionsweise und Integrität der Finanzmärkte oder die Stabilität des gesamten oder eines Teils des Finanzsystems in der Union ernsthaft bedrohen kann.¹⁶

⁹ Art. 28 I LeerverkaufsVO.

¹⁰ Für die Zwecke der LeerverkaufsVO benennt jeder Mitgliedstaat eine oder mehrere zuständige Behörde(n), Art. 32 UAbs. 1 LeerverkaufsVO.

¹¹ Art. 28 II LeerverkaufsVO.

¹² Art. 28 III lit. c LeerverkaufsVO.

¹³ Art. 28 IV bis VIII LeerverkaufsVO.

¹⁴ Art. 28 XI LeerverkaufsVO.

¹⁵ Dies stellt auch GA *Jääskinen* sehr deutlich heraus: Rs. C-270/12, Schlussanträge vom 12.09.2013, Rn. 24f. Er betont zudem, dass die Frage nach der Rechtsgrundlage den Fragen nach den den Inhalt der Kompetenzen betreffenden Fragen vorgelagert ist: Ebd., Rn. 26.

¹⁶ Art. 24 III VO (EU) Nr. 918/2012.

III. Art. 114 AEUV als Kompetenznorm im Agenturrecht

Dass bei der Schaffung ordnungspolitischer Mechanismen auf dem Finanzmarkt ausgerechnet das Vereinigte Königreich den EuGH anrief, erscheint mit Blick auf die Bedeutung des Londoner Financial District für die Volkswirtschaft des Vereinten Königreichs wenig überraschend. Mit seiner Klage begehrte das Vereinigte Königreich aber weder die Nichtigerklärung der ESMA- noch der LeerverkaufsVO insgesamt; den Streitgegenstand bildete allein die Eingriffskompetenz des Art. 28 LeerverkaufsVO.

Auf die (materiellrechtlichen) ersten drei der vier Klagegründe soll in diesem Beitrag nicht eingegangen werden, obgleich sie den Löwenanteil der gerichtlichen Würdigung ausmachen.¹⁷ Die Ausführungen zur Übertragung der im *Meroni*-Urteil aufgestellten Grundsätze sind allerdings ebenso bedeutsam wie fragwürdig, lehnt der EuGH einen hiernach unzulässigen Ermessensspielraum der ESMA i. S. einer „ausgesprochene Wirtschaftspolitik“ doch vor allem mit dem Verweis auf Konsultationspflichten, unbestimmte Rechtsbegriffe sowie ebenfalls stark subjektiv geprägte Bestimmungen durch die Kommission ab.¹⁸ Mehr Fragen als Antworten wirft auch die Billigung in Bezug auf Art. 290, 291 II AEUV auf. Denn die Kommission ist beim Erlass der delegierten Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte weitestgehend an Vorschläge der ESMA gebunden, was von dem primärrechtlichen Konzept deutlich abweicht.¹⁹

Nur am Rande behandelt der EuGH die im vierten Klagegrund aufgeworfene Frage, inwieweit die in Art. 28 LeerverkaufsVO vorgesehene Interventionsregelung auf Art. 114 AEUV gestützt werden durfte. Blickt man auf den Wortlaut der Norm, erscheint die Selbstverständlichkeit, mit der sowohl Rechtspraxis als auch EuGH von der Zulässigkeit dieser Verfahrensweise ausgehen, erstaunlich: „(1) [...] Das Europäische Parlament und der Rat erlassen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben. [...]“ Dass die Maßnahmen dem Funktionieren des Binnenmarktes dienen, leuchtet ein. Aber welche Vorschriften werden hier angeglichen? Und wie können Privatsubjekte Adressaten einer solchen Angleichung sein?

¹⁷ S. hierzu aber *N. Kothamäki*, Die ESMA darf Leerverkäufe regeln – Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 22. Januar 2014, EuR 2014, 321.

¹⁸ EuGH (Große Kammer) v. 22.01.2014, Rs. C-270/12, Rn. 45 ff.; krit. *Kothamäki*, EuR 2014, 321 (328).

¹⁹ Ebd.

1. Das ENISA-Urteil

Schon in seiner Entscheidung zur Rechtmäßigkeit der Gründung der Europäischen Agentur für Netz- und Informationssicherheit (ENISA)²⁰ bejahte der EuGH die Möglichkeit einer auf Art. 114 AEUV (ex-Art. 95 EG) gestützten Agenturerrichtung. Der Fall wich insofern vom vorliegenden Urteil ab, als die (ebenfalls durch das Vereinigte Königreich) erhobene Klage die Agenturgründung als solche angriff und der ENISA im Gegensatz zur ESMA lediglich eine Beratungs- und Koordinierungsfunktion, nicht aber eine Eingriffsfunktion zukommt. Anders als die ESMA wird die ENISA unterstützend in einem teilharmonisierten Bereich tätig und soll praktische Aspekte bestehender Rechtsangleichungen begleiten.

Zu dem Umstand, dass sich die (nicht rechtsverbindlichen) Maßnahmen der ENISA auch an private Marktakteure richten können, vertrat der Gerichtshof die Auffassung, der Wortlaut der Binnenmarktklausel fordere nicht zwingend eine Beschränkung des Adressatenkreises auf die Mitgliedstaaten.²¹ Eine solche Erweiterung stehe vielmehr der Sachwürdigung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber offen. Gerade in Bereichen, die durch komplexe technische Eigenheiten gekennzeichnet sind, bestehe in Bezug auf die Angleichungstechnik ein Ermessensspielraum.²² Dies gelte aber lediglich für „nicht zwingende Begleit- und Rahmenmaßnahmen zur Erleichterung der einheitlichen Durchführung und Anwendung von auf Art. 95 EG [jetzt Art. 114 AEUV] gestützte Rechtsakte“.²³ Auch beschränkte der Gerichtshof diese Auslegung auf Maßnahmen, die die Einrichtung mit Bezug zu einer Angleichung mitgliedstaatlicher Rechts- und Verwaltungsvorschriften vornimmt.²⁴

2. Das ESMA-Urteil: Art. 28 LeerverkaufsVO als Harmonisierungsmaßnahme

a) Das Vorbringen des Vereinigten Königreichs und die Schlussanträge von GA Jääskinen

Von den im ENISA-Urteil aufgestellten Grundsätzen ausgehend betonte das Vereinigte Königreich in seiner Klage gegen Art. 28 LeerverkaufsVO, Art. 114 AEUV könne zwar grundsätzlich auch als Ermächtigung für eine Kompetenzübertragung auf Agenturen herangezogen werden. Einzelfallbeschlüsse, wie sie Art. 28 LeerverkaufsVO vorsehe, könnten im Gegensatz zu Maßnahmen allgemeiner Geltung jedoch nicht als Harmonisierungsmaßnahmen verstanden werden, da Art. 114 AEUV bereits weder den Unionsgesetzgeber noch die Vertragsorgane der Union zu derartigen Beschlüssen ermächtige.²⁵

20 EuGH (Große Kammer), Rs. C-217/04 (ENISA), Slg. 2006, I-3771.

21 Ebd., Rn. 43; so auch schon EuGH, Rs. C-66/04 (Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat), Slg. 2005, I-10553.

22 EuGH (Große Kammer), Rs. C-217/04 (ENISA), Slg. 2006, I-3771, Rn. 43.

23 Ebd., Rn. 44.

24 Ebd., Rn. 45.

25 EuGH (Große Kammer) v. 22.01.2014, Rs. C-270/12, Rn. 88 ff.

Diesem Punkt schloss sich GA Jääskinen an und plädierte dementsprechend für eine Nichtigerklärung von Art. 28 LeerverkaufsVO. In seinen Schlussanträgen machte er deutlich, dass Art. 28 LeerverkaufsVO die ESMA ermächtigt, anstelle einer zuständigen nationalen Behörde tätig zu werden. Zwar könne nicht nur die Errichtung einer Agentur, sondern auch deren Kompetenzen zum Erlass rechtsverbindlicher Entscheidungen auf Art. 114 AEUV gestützt werden, sofern diese der Harmonisierung dienen.²⁶ Die streitige Vorschrift stelle dagegen keine Harmonisierung, sondern eine Ersetzung mitgliedstaatlicher Entscheidungen durch Entscheidungen auf Unionsebene dar.²⁷ Da die Klagegründe im Übrigen aber als unbegründet abzuweisen seien, Kompetenzen wie die der ESMA also grundsätzlich auf Agenturen übertragen werden könnten, hätte die streitige Norm auf die Vertragsabrundungsklausel des Art. 352 AEUV gestützt werden können.²⁸

b) Würdigung durch den Gerichtshof

Der EuGH leitet seine Prüfung des Anwendungsbereichs von Art. 114 AEUV mit der Nennung beider Voraussetzungen, der Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten einerseits und der Binnenmarktrelevanz andererseits, ein. Dass letztere Voraussetzung erfüllt ist, erscheint unter Verweis auf die Erwägungsgründe der LeerverkaufsVO, die ökonomische Analyse der Finanzmarktkrise eines großen Teils der (Fach-)Öffentlichkeit²⁹ und die Einschätzungsprärogative des Unionsgesetzgebers wenig problematisch.

Unter Berufung auf die im ENISA-Urteil aufgeführten Gründe billigt der Gerichtshof auch hier die Agenturerrichtung und Kompetenzübertragung zur Adressierung privater Akteure als eine Art. 114 AEUV genügende Angleichungstechnik. Der EuGH betont, bereits zur Binnenmarktklausel des EWG-Vertrags eine entsprechend weite Auslegung entwickelt zu haben.³⁰ Diesem Rückgriff auf eine Entscheidung, der keine Agenturkompetenz zugrunde lag, ist zugutezuhalten, dass die Frage, ob eine privatbezogene Einzelfallmaßnahme durch eine Agentur erlassen wird oder nicht, für die Beurteilung der Voraussetzungen der Binnenmarktklausel irrelevant ist, da ihrem Wortlaut keine Beschränkung auf bestimmte Einrichtungen zu entnehmen ist. Der Frage kommt somit generelle Bedeutung zu.

26 Rs. C-270/12, Schlussanträge vom 12.09.2013, Rn. 36.

27 Ebd., Rn. 37 ff., 52.

28 Ebd., Rn. 54 ff.

29 So befürwortet selbst die Deutsche Bank AG eine sorgfältig definierte Regulierung von Leerverkäufen: S. Kern, Deutsche Bank Research, Short selling – Wichtiges Marktsegment mit Bedarf an international konsistenten Regeln, 1. April 2010, abrufbar unter http://www.dbresearch.de/PROD/DBR_INTERNET_DE-PROD/PROD0000000000255965.pdf (13.06.2014).

30 EuGH (Große Kammer) v. 22.01.2014, Rs. C-270/12, Rn. 106 unter Verweis auf EuGH, Rs. C-359/92, Slg. 1994, I-3681, Rn. 37.

Wie in den angeführten früheren Entscheidungen bleibt der Gerichtshof mit Argumenten für eine solche weite Auslegung jedoch sparsam und beschränkt sich auf den Punkt, dass die im Einzelfall bestehende Erforderlichkeit von an Privatakteure adressierten Maßnahmen für die Gewährleistung der Einheit des Binnenmarktes ein solches Verständnis gebiete.³¹ Den Umstand des konkreten Falles, dass die Mitgliedsstaaten durchaus verschiedentlich regulierend tätig wurden, also ein Bezugsobjekt für eine Angleichung besteht, stellt der Gerichtshof heraus, ohne jedoch zu erläutern, wie Maßnahmen an Private eine entsprechende Angleichung bewirken könnten.³²

Vor allem mit Blick auf die gründliche Prüfung durch GA *Jääskinen* enttäuschen die knappen Ausführungen des Gerichtshofs zur Frage nach der richtigen Rechtsgrundlage. Eine Angleichung mitgliedstaatlicher Vorschriften darin zu sehen, dass diese durch unionale Entscheidungen im Wege eines Anwendungsvorrangs außer Kraft gesetzt werden, kann nicht überzeugen. Der praktische Nutzen der ESMA für die Stabilisierung der Finanzmärkte besteht ja eben darin, flexibel und in Bezug auf verschiedene Einzelfälle regulierend tätig zu werden. Diese Regulierung soll auch und gerade dort greifen, wo mitgliedstaatliche Vorschriften fehlen.

Die Würdigung des Gerichtshofs begründet eine organisationsrechtliche Parallele zum *effet utile*. Diese Rechtsfortbildung muss allerdings auf Widerspruch stoßen, reduziert der EuGH die Vorschrift mit seiner Argumentation (wenn auch auf Ausnahmefälle beschränkt) doch gänzlich um eine ihrer zwei Voraussetzungen. Mit anderen Worten ergänzt der EuGH Art. 114 I AEUV wie folgt: Wo es das Funktionieren des Binnenmarktes erfordert, kommt es auf eine Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften nicht mehr an.

IV. Zu einer befugnisorientierten Rechtsgrundlagenermittlung

1. Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage für Agenturgründungen und Kompetenzübertragungen auf Agenturen

Die grundsätzliche Möglichkeit einer Agenturgründung bzw. einer Kompetenzübertragung auf eine Agentur kann Art. 114 AEUV im Wege verschiedener Methoden entnommen werden. Dem EuGH ist zuzustimmen, wenn er dem Unionsgesetzgeber einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Frage nach der konkreten Harmonisierungsmethode einräumt. Zwar legt die Formulierung „Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ eine Nivellierung im Wege der Rechtssetzung nahe, steht einer Angleichung auf anderer Basis, beispielsweise

im Wege eines unionalen *soft law* (z. B. durch die Erarbeitung von Empfehlungen und Stellungnahmen an die Mitgliedstaaten), aber ebenso offen. *A maiore ad minus* müssen von Art. 114 AEUV auch solche Maßnahmen umfasst sein, die wie die der ENISA eine Angleichung vorbereiten oder unterstützen.

Im Falle rechtsverbindlicher Entscheidungen erscheint die Einordnung als bloßes „Minus“ angesichts der eigenen Rechtspersönlichkeit von Regulierungsagenturen jedoch bedenklich (von der Problematik ausgenommen sind insofern bloße Exekutivagenturen, denen weder Rechtspersönlichkeit noch spezifische Aufgaben zukommen)³³. Den Verbesserungen des Lissabon-Vertrages zum Trotz bestehen noch immer Defizite im Rechtsschutz gegen Agenturmaßnahmen.³⁴ Einwände werden auch insoweit erhoben, als angesichts der auf Abs. 1 folgenden Absätze der alleinige Bezugspunkt von Art. 114 AEUV das materielle Recht der Mitgliedstaaten ist und ein Organisationsakt wie die Gründung einer Agentur damit den Willen der Vertragsparteien verlässt.³⁵ Die Erweiterung auf solche Maßnahmen lässt sich damit am ehesten durch die Annahme einer Annexkompetenz begründen. Schwierigkeiten bereitet insofern eine Grenzziehung zum Bereich der *implied powers*, auf welche die EU Maßnahmen nach herrschender Lesart nur unter den Voraussetzungen des Art. 352 AEUV stützen darf.³⁶

Gegen eine derartige Organisationskompetenz wird das Problem der fehlenden Eingrenzbarkeit angeführt. In der Tat lässt sich mit den im ENISA-Urteil aufgestellten Kriterien, namentlich der einheitlichen Durchführung des Sekundärrechts, in fast allen Bereichen die Gründung einer Agentur vertreten.³⁷ Hier besteht die große Gefahr eines Verstoßes gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, wird doch die Kompetenz zum Vollzug des Unionsrechts (überwiegend mit Blick auf Art. 291 I AEUV)³⁸ den Mitgliedstaaten zugeschrieben.³⁹ Andererseits erscheint es wenig plausibel, diese Frage an der Schaffung von Agenturen festzumachen, da der Vollzug einer Harmonisierungsmaßnahme durch die Kommission auf eben solche Bedenken stoßen müsste. Die fehlende klare Kompetenzordnung des Verwaltungsvoll-

³³ Vgl. K.-D. Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 5. Aufl. 2012, Rn. 457f.

³⁴ Namentlich Art. 263 V AEUV.

³⁵ Vgl. zu Art. 95 EGV C. Ohler, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-217/04, EuZW 2006, 372 (373 m. w. N.).

³⁶ S. M. Wittinger, Europäische Satelliten – Anmerkung zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht, EuR 2008, 609 (613 f.).

³⁷ So Ohler, EuZW 2006, 372 (374).

³⁸ So bspw. G. Britz, Verbundstrukturen in der Mehrebenenverwaltung, Die Verwaltung – Beiheft 8 (2009), 71 (97); R. Schütze, From Rome to Lisbon: “Executive Federalism” in the (New) European Union, CMLRev 47 (2010), 1385 (1415); E. Schmidt-Aßmann, Perspektiven der Europäisierung des Verwaltungsrechts, Die Verwaltung – Beiheft 10 (2010), 263 (264).

³⁹ Vgl. Wittinger, EuR 2008, 609 (613).

³¹ EuGH (Große Kammer) v. 22.01.2014, Rs. C-270/12, Rn. 106ff. unter Verweis auf EuGH, Rs. C-359/92, Slg. 1994, I-3681, Rn. 37.

³² EuGH (Große Kammer) v. 22.01.2014, Rs. C-270/12, Rn. 109.

zugs auch nach Lissabon ist damit ein generelles Problem und kann für die vorliegend diskutierte Frage mit Blick auf die Handhabung vergleichbarer materiell-geprägter Kompetenznormen nicht ausschlaggebend sein.⁴⁰

2. Einzelfallmaßnahmen und Adressierung Privater

Art. 114 AEUV ist ferner nicht zu entnehmen, dass nicht auch Einzelfallmaßnahmen Harmonisierungsmaßnahmen darstellen können. Hier ist dann aber freilich der Nachweis zu führen, dass diese Maßnahmen der Rechtsangleichung dienen. Die Begriffspaare abstrakt/konkret und generell/individuell lassen sich bei der Einordnung einer Maßnahme als Rechtsangleichung nicht fruchtbar machen. Ein abstrakt-genereller Rechtsakt mag für Art. 114 AEUV Paradigma sein. Eine Angleichung ist im Falle einer Adressierung der Vorschriftengeber (im Regelfall die nationalen Gesetzgeber) aber auch konkret-individuell möglich, würde man andernfalls doch die oben aufgezeigten Minusmaßnahmen (für die ENISA beispielsweise die unterstützende Aufgabe, die Zusammenarbeit zwischen den (auch staatlichen) Akteuren im Bereich der Netz- und Informationssicherheit zu fördern)⁴¹ ohne Anhaltspunkt im Wortlaut verengen.

Ebenso wenig verbietet es der Wortlaut von Art. 114 AEUV, Privatakteure zu adressieren, worauf sich der Gerichtshof im vorliegenden Urteil auch maßgeblich stützt. Logisch erscheint dagegen kein Fall denkbar, in dem Rechts- und Verwaltungsvorschriften durch eine Maßnahme gegen einen Adressaten angeglichen werden können, der allenfalls höchst mittelbar auf diese Vorschriften einzuwirken vermag. Und eben hier schweigt sich der EuGH aus. Wenn überhaupt, so dürfte Art. 114 AEUV folglich ein nur sehr schmaler Anwendungsbereich für die Adressierung Privater zukommen, in den Art. 28 LeerverkaufsVO nicht fällt.

Der beschriebenen Auslegung von Art. 114 AEUV durch den EuGH kann damit nach keiner Methode gefolgt werden. Eine Maßnahme zur Verwirklichung des Binnenmarktes, die weder der Rechtsangleichung dient noch sonst speziell vertraglich vorgesehen ist, bedarf vielmehr einer einstimmigen Beschlussfassung nach Art. 352 AEUV – eine naheliegende Alternative, zu der sich der EuGH trotz ausdrücklicher Diskussion durch GA *Jääskinen* nicht geäußert hat.

3. Zum Verhältnis von Art. 114 AEUV zu Art. 352 AEUV

Die Kompetenzergänzungsklausel war bis vor zehn Jahren die „klassische“ Grundlage für Agenturgründun-

gen.⁴² Seither ist der Unionsgesetzgeber zunächst zu einer (teils mit Art. 114 AEUV kombinierten) Hinzuziehung bereichsspezifischer Kompetenznormen übergegangen,⁴³ um offenbar nunmehr Art. 114 AEUV im Rahmen einer extensiven Auslegung allein genügen zu lassen. So sprach sich die Kommission im Jahr 2002 in einer Mitteilung ausdrücklich dafür aus, Art. 308 EGV (nun Art. 352 AEUV) nur noch dort heranzuziehen, wo keine spezielle Kompetenzvorschrift besteht.⁴⁴ Die Gründe hierfür können einerseits in einer stärkeren Beteiligung des Parlaments (was durch das Zustimmungserfordernis des Art. 352 AEUV im Gegensatz zu Art. 308 EGV an Bedeutung verloren hat) und andererseits in einer Umgehung des Einstimmigkeitsprinzips gesehen werden.⁴⁵

Eine wortlautorientierte Lösung legt eine differenzierende, alternative Heranziehung von Art. 114 und Art. 352 AEUV nahe: Dort, wo eine Agentur die Rechtsangleichung im Binnenmarkt vorbereitet, unterstützt oder – auch durch verbindliche Einzelfallentscheidungen – selbst betreibt, kann sowohl die Errichtung der Agentur als auch die Übertragung der einzelnen Befugnisse auf Art. 114 AEUV gestützt werden. Stellt die Tätigkeit der Agentur dagegen einen Ersatz für Tätigkeiten mitgliedstaatlicher Behörden dar, ist eine Kompetenzabrundung im Wege einer einstimmigen Beschlussfassung gemäß Art. 352 AEUV erforderlich.

Sowohl die Errichtung einer Agentur als auch die Übertragung von Befugnissen auf sie verlangen somit eine funktionale Betrachtung. Maßgeblich für Kompetenzübertragungen ist nicht der Adressat oder die Qualität der Agenturmaßnahme, sondern ihre Zweckrichtung. Eine solche Lösung überzeugt auch mit Blick auf die grundsätzliche Vollzugszuständigkeit der Mitgliedstaaten, bleiben auf Art. 114 AEUV gestützte Agenturmaßnahmen doch auf die dem Vollzug antizipierte Schaffung des harmonisierten Rechts beschränkt, während für echte Vollzugsmaßnahmen dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung durch eine Vertragsabrundung genügt wird. Durch eine strikte Beachtung der Voraussetzungen beider Vorschriften kann ein weiteres Ausufern des Agenturwesens dabei auf das vertraglich vertretbare Maß eingedämmt werden.

Bereichsspezifische Kompetenznormen bergen dagegen eben jene Gefahr eines nicht eingrenzbaren unionsun-

⁴² Vgl. E. M. Busuioac, *European Agencies, Law and Practices of Accountability* (Oxford University Press), 2013, S. 18.

⁴³ So z.B. Art. 192 AEUV (ex 175 EGV) für die Errichtung der Europäischen Umweltagentur; zu den Gründen hierfür s. Gernot Sydow, *Externalisierung und institutionelle Ausdifferenzierung. Kritik der Organisationsreformen in der EU-Eigenadministration*, *Verwaltungsarchiv* 97 (2006), 1 (11).

⁴⁴ Mitteilung der Kommission v. 11.12.2002: Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsbehörden, KOM (2002) 718, S. 8.

⁴⁵ Vgl. Wittinger, *EuR* 2008, 609 (614).

⁴⁰ A. A. Ohler *EuZW* 2006, 372 ff.

⁴¹ S. Art. 3 lit. c) VO(EG) Nr. 460/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2004 zur Errichtung der Europäischen Agentur für Netz- und Informationssicherheit.

mittelbaren Vollzugs über die Hintertür der Agenturgründungen. Sie können daher allenfalls ergänzend und klarstellend (die Agentur als Korrelat der materiellen Zuständigkeit)⁴⁶ angeführt werden, allein aber keine hinreichende Rechtsgrundlage bilden.

V. Fazit

Der EuGH hat eine Chance zur Erarbeitung eines differenzierten Regimes auf dem praktisch enorm bedeutsamen Feld der Agenturen ungenutzt gelassen.⁴⁷ Dass dem Gerichtshof dabei die politische Signalwirkung einer

Nichtigerklärung an den hochsensitiven Finanzmarkt und ein Rückschlag der derzeit wichtigsten politischen Agenda vor Augen stand, stellt angesichts der grundlegenden Bedeutung der Fragestellung allenfalls eine Erklärung dar. Schließlich steht der Gerichtshof auch in Krisenzeiten in der Pflicht gemäß Art. 19 I 2 EUV, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu sichern. Juristische Kompromisse aus Rücksicht auf die politische Opportunität einer Aushebelung des Veto-Rechts eines jeden Mitgliedstaats bei Beschlussfassungen nach Art. 352 AEUV finden ihre Grenzen im Wortlaut der Verträge.

⁴⁶ Vgl. Sydow, Verwaltungsarchiv 97 (2006), 1 (11).

⁴⁷ Die schon 2010 von N. Moloney zu Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage bei der Errichtung des ESFS getroffene Feststellung beansprucht somit nach wie vor Gültigkeit: „Nonetheless, and reflecting a frequently somewhat cavalier approach to competence restrictions in EU financial regulation, the institutional consensus on what might be a somewhat shaky competence for a radical institutional reform is holding“, EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: „More Europe“ or more Risks?, Common Market Law Review 47 (2010), 1317 (1341).

Einer weiteren „Agenturisierung“ der EU können nach dem ESMA-Urteil nur noch schwerlich Grenzen aufgezeigt werden. Die Entscheidung zeigt zudem das grundsätzliche Klärungsbedürfnis in Fragen der Organisationshoheit, das im Rahmen der nächsten Primärrechtsreform endlich durch klare Kompetenzkataloge ausgeräumt werden sollte.

Karl-Alexander Neumann*

Das SEPA-Lastschriftverfahren im europäischen Zahlungsverkehrsraum

Der folgende Beitrag befasst sich mit dem SEPA-Lastschriftverfahren. Zunächst stellt er die Entwicklung von SEPA dar (I.) und berücksichtigt dabei die wesentlichen Rechtssetzungsakte (II.), die tragenden Akteure von SEPA (III.) sowie die SEPA-Regelwerke (IV.). Anschließend folgt eine Analyse der Rechtsbeziehungen der am SEPA-Lastschriftverfahren beteiligten Parteien, wobei der Erteilung des Lastschriftmandats besonderes Augenmerk zukommt (V.). Die Ausführungen untersuchen detailliert, ob die Erteilung des Mandats auf elektronischem Weg und ohne eigenhändige Unterschrift des Schuldners möglich ist (V. 2.).

I. Der Weg zum SEPA-Lastschriftverfahren

Die unbaren Zahlungstransaktionen dominieren weltweit, insbesondere auch im europäischen Wirtschaftsleben.¹ Gleichwohl existiert bisher praktisch kein EU-

Binnenmarkt für den europäischen Zahlungsverkehr, obwohl durch die Einführung einer gemeinsamen Währung gerade der einheitliche und umfassende Binnenmarkt gefördert werden sollte.² So steht bereits seit der Einführung des Euro im Jahre 1999 und vor allem seit der Ausgabe des Eurobargeldes zum Jahresbeginn 2002 für die Bewohner des Euro-Raumes eine einheitliche Währung zur Verfügung (Single Euro Cash Area, SECA). Im Einklang mit der Strategie Europa 2020 und ihrem Ziel einer intelligenten Wirtschaft wird nun auch ein einheitlicher Euro-Zahlungsverkehrsraum für unbare Zahlungen geschaffen (Single Euro Payment Area, SEPA).³ SEPA ist eine Integrationsinitiative der EU im Bereich des Zahlungsverkehrs, die von den europäischen

bank.de/Redaktion/DE/Downloads/Aufgaben/Unbarer_Zahlungsverkehr/SEPA/aus_theorie_wird_praxis.pdf?__blob=publicationFile (26.08.2014).

² Vgl. VO (EU) Nr. 260/2012, EU-Amtsblatt v. 14.03.2012, L 94/22, Erwägungsgrund (1).

³ Mitteilung der Kommission vom 03.03.2010, Europa 2020: Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM(2010) 2020 endg.; vgl. auch Arbeitsdokument der Kommission vom 26.09.1990, Making Payments in the Internal Market, KOM(1990) 447 endg.

* Dr., LL.M. (Sorbonne). Der Autor ist Rechtsanwalt im Hamburger Bank Finance Team von White & Case LLP. Der Beitrag entspricht nur der persönlichen Auffassung des Autors.

¹ Bundesbank, Einheitlicher Euro-Zahlungsverkehrsraum (SEPA), Siebter Fortschrittsbericht, S. 11 ff., abrufbar unter: <http://www.bundesbank.de>

Banken umgesetzt wird. Nach einer vollständigen Realisierung von SEPA besteht zukünftig aufgrund gemeinsamer Zahlungsstandards kein Unterschied mehr zwischen Inlandszahlungen und grenzüberschreitenden Zahlungen. Die SEPA-Zahlungsverkehrsinstrumente ersetzen dann vollständig die bisherigen nationalen Modelle. Neben den 28 EU-Mitgliedstaaten erstreckt sich SEPA aktuell auf die EWR-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen. Die Schweiz unterstützt das SEPA-Verfahren ebenfalls.⁴

II. Die Rechtssetzungsakte des europäischen Gesetzgebers

SEPA gründet sich auf Kodifikationen des europäischen Gesetzgebers und Selbstregulierungsinitiativen der europäischen Kreditwirtschaft.

Der europäische Gesetzgeber ist mehrfach tätig geworden, um die rechtlichen Rahmenbedingungen in den beteiligten Ländern anzugleichen und einen einheitlichen Zivilrechtsrahmen für grenzüberschreitende Zahlungen zu schaffen. Von wesentlicher Bedeutung war zunächst die Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (EU-Zahlungsdiensterichtlinie⁵). Diese enthielt die entsprechenden Vorgaben, um die nationalen Regelungen bis zum 01.11.2009 so anzupassen, dass SEPA-Finanzdienstleistungen keinesfalls behindert, sondern unterstützt werden.⁶ In Deutschland führte dies, neben einer Ausweitung der bestehenden Vorschriften für den Zahlungsverkehr (etwa in den §§ 675 c ff. BGB), zur Einführung des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz, welches die aufsichtsrechtlichen Aspekte der EU-Zahlungsdiensterichtlinie umsetzt. Daneben legte die Verordnung über grenzüberschreitende Zahlungen in der Gemeinschaft (Preisverordnung⁷) fest, dass für grenzüberschreitende Zahlungen innerhalb der Gemeinschaft die gleichen Entgelte zu erheben sind, wie für Zahlungen in der gleichen Währung innerhalb eines Mitgliedstaats.⁸ Am 31.03.2012 ist dann die Verordnung zur Festlegung der technischen Vorschriften und der Geschäftsordnung für Überweisungen und Lastschriften in Euro und zur Änderung der Preisverordnung in Kraft getreten (Migrationsverordnung⁹). Entsprechend des Art. 6 I, II Migrationsverordnung sollten ab dem 01.02.2014 Überweisungen und

Lastschriften in Euro innerhalb des Gebiets des SEPA-Raums nur noch nach den durch sie festgelegten verfahrenstechnischen Anforderungen durchgeführt werden dürfen, also nur noch als SEPA-Überweisung und SEPA-Lastschrift. Zwischenzeitlich erfolgte jedoch eine Fristverlängerung bis zum 01.08.2014.

III. Die Akteure von SEPA

Neben dem europäischen Gesetzgeber, der die oben dargestellten Rechtsgrundlagen erlassen hat, kommen weiteren Akteuren tragende Rollen bei der Realisierung von SEPA zu.

Die europäischen Banken haben sich im Rahmen einer Selbstregulierung entschlossen und verpflichtet, den einheitlichen und harmonisierten Zahlungsverkehrsraum mit Leben zu füllen und entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. Zu diesem Zweck riefen sie den Europäischen Zahlungsverkehrsausschuss ins Leben, eine Non-Profit-Organisation nach belgischem Recht mit Sitz in Brüssel (European Payments Council, EPC).¹⁰ Das EPC übernimmt die Rolle eines Entscheidungs- und Koordinierungsgremium, das die Triebkräfte des Marktes kanalisieren und steuern soll.¹¹ Sein Zweck ist es, den einheitlichen Euro-Zahlungsverkehrsmarkt zu unterstützen und zu fördern.¹² Neben den Banken sind im EPC-Plenum ebenfalls die nationalen und europäischen Bankenverbände sowie die Euro Banking Association und die Europäische Zentralbank (EZB) vertreten.

Daneben haben die Kommission und die EZB den SEPA-Rat ins Leben gerufen. Dieser fördert – entsprechend seiner primären Zielsetzung – ebenfalls die Verwirklichung des SEPA-Projektes und soll sicherstellen, dass alle Interessenvertreter angemessen an der Verwaltung von SEPA beteiligt werden.¹³ In ihm sind Vertreter von Anbietern und Nutzern des Zahlungsverkehrsmarktes sowie Vorstände der mitgliedstaatlichen Zentralbanken vertreten. Speziell für Deutschland haben das Bundesministerium der Finanzen (BMF) und die Deutsche Bundesbank den deutschen SEPA-Rat gegründet. Dieser soll den Dialog zwischen Kreditwirtschaft und Endnutzern stärken und die Bekanntheit von SEPA im Allgemeinen erhöhen.¹⁴

¹⁰ Vgl. www.europeanpaymentscouncil.eu (26.08.2014).

¹¹ Manger-Nestler, Der einheitliche europäische Zahlungsverkehrsraum vor dem Hintergrund der Payment Service Directive, Eu-ZW 2008, 332 (334).

¹² Vgl. die Selbstbeschreibung des EPC, abrufbar unter: <http://www.europeanpaymentscouncil.eu/index.cfm/about-epc/the-european-payments-council/> (26.08.2014): „The SEPA payment schemes and frameworks, delivered by the EPC at the request of the European authorities and in close dialogue with the customer community, are key elements for making SEPA a reality. The EPC however, is not responsible for the overall management of the SEPA process.“

¹³ Siehe Nr. 1 der Aufgabenbeschreibung des SEPA-Council, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/sepa/council/mandate_en.pdf (26.08.2014).

¹⁴ So die Aufgabenbeschreibung durch die Deutsche Bundes-

⁴ Zusätzlich wird SEPA in weiteren Gebieten realisiert, siehe EPC List of SEPA Scheme Countries, EPC409–09, Version 2.0, abrufbar unter: <http://www.europeanpaymentscouncil.eu/index.cfm/knowledge-bank/epc-documents/epc-list-of-sepa-scheme-countries/epc409-09-epc-list-of-sepa-scheme-countries-v2-0-january-201/> (26.08.2014).

⁵ RL 2007/64/EG, EU-Amtsblatt v. 05.12.2007, L 319/1; die Richtlinie wird aktuell überarbeitet, wobei sich der entsprechende Vorschlag der Kommission in der Beratung befindet, vgl. Ratsdok. 12990/13, KOM(2013) 547 endg.

⁶ Art. 94 I EU-Zahlungsdiensterichtlinie.

⁷ VO (EG) Nr. 924/2009, EU-Amtsblatt v. 09.10.2009, L 266/11.

⁸ Vgl. Art. 1 I Preisverordnung.

⁹ VO (EU) Nr. 260/2012, EU-Amtsblatt v. 30.03.2012, L 94/22.

IV. Die SEPA-Regelwerke

Das EPC hat die Zahlungsverfahren und Rahmenwerke geschaffen, die die praktische Realisierung von SEPA ermöglichen. Dabei definiert das EPC zum einen gemeinsame Positionen für Zahlungsverkehrsdienstleistungen und stellt Leitfäden für die Standardisierung auf. Zum anderen formuliert das EPC darüber hinaus Regelwerke (Rulebooks) und Implementierungsleitlinien (Implementation Guidelines), die die vertragliche Grundlage für den Beitritt eines Kreditinstituts zu den Verfahren der SEPA-Überweisung und -Lastschrift bilden. Dies soll bindende Verfahrensregeln sowie rechtliche Verpflichtungen zwischen den unterzeichnenden Banken begründen und die technischen Standards im Detail darstellen.¹⁵ Für die SEPA-Basis-Lastschrift findet das SEPA Core Direct Debit Scheme Rulebook (SDD)¹⁶ Anwendung, für die SEPA-Firmen-Lastschrift das SEPA Business to Business Direct Debit Scheme Rulebook (B2B SDD)¹⁷ und für die SEPA-Überweisung das SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook (SCT)¹⁸.

Die Rulebooks sind mehrseitige Vereinbarungen und entfalten Wirkung sowohl zwischen dem EPC und dem einzelnen Teilnehmer, als auch zwischen allen Teilnehmern untereinander. Weil die Rulebooks nicht allgemeinverbindlich sind¹⁹, ist Voraussetzung dabei ein Beitritt des jeweiligen Teilnehmers mittels eines Adherence Agreements.²⁰ Die vertraglichen Rechte und Pflichten bestimmen sich für die Rulebooks und das betreffende Adherence Agreement entsprechend der Rechtswahl-

bank, abrufbar unter: http://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Standardartikel/Aufgaben/Unbarer_Zahlungsverkehr/deutscher_sepa_rat.html?nsc=true (26.08.2014).

¹⁵ *Rigler*, in: Langenbucher u. a., Bankrechtskommentar, 2013, 11. Kap. Rn. 110.

¹⁶ SEPA Core Direct Debit Scheme Rulebook, Version 6.1, abrufbar unter: <http://www.europeanpaymentscouncil.eu/index.cfm/knowledge-bank/epc-documents/sepa-direct-debit-core-rulebook-version-61/epc016-06-core-sdd-rb-v61-approvedpdf/> (26.08.2014).

¹⁷ SEPA Business to Business Direct Debit Scheme Rulebook Version 5.1, abrufbar unter: <http://www.europeanpaymentscouncil.eu/index.cfm/knowledge-bank/epc-documents/sepa-direct-debit-business-to-business-rulebook-version-50/epc222-07-sdd-b2b-rb-v51-approvedpdf/> (26.08.2014).

¹⁸ SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook, Version 7.1, abrufbar unter: <http://www.europeanpaymentscouncil.eu/index.cfm/knowledge-bank/epc-documents/sepa-credit-transfer-rulebook-version-70/epc125-05-sct-rb-v71-approvedpdf/> (26.08.2014); ausführlich hierzu *Scheibengruber/Breidenstein*, SEPA – Eine Zumutung für Verbraucher? Ein Beitrag zur Analyse der Veränderung der Verteilung des Rücklagenrisikos bei fehlgeleiteten Überweisungen durch die Zahlungsdiensterichtlinie, WM 2009, 1393 ff.

¹⁹ Sonst wäre das EPC ein faktisch legislatorisches Gremium, vgl. *Bautsch/Zahrte*, Die „SEPA-Migrationsverordnung“ – Revolution des deutschen Massenzahlungsverkehrs in 2014?, BKR 2012, 229 (229 f.).

²⁰ Zum Beitrittsverfahren siehe *EPC*, Guide to the Adherence Process for the SEPA Credit Transfer Scheme, abrufbar unter: <http://www.europeanpaymentscouncil.eu/index.cfm/knowledge-bank/epc-documents/guide-to-the-adherence-process-for-the-sepa-credit-transfer-scheme/epc125-07-sct-adherence-process-v30pdf/> (26.08.2014); ausführlich auch *Dippel*, in: Ellenberger u. a., Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, 2. Aufl. 2013, SEPA-Überweisung Rn. 24 ff.

klauseln in Ziff. 3.3 SDD, Ziff. 3.3 B2B SDD und Ziff. 3.5 SCT jeweils nach belgischem Recht. Verbindliche Wirkungen entfalten sie jedoch nur im Interbankenverhältnis. Die Implementation Guidelines betreffend das Kunden-Bank-Verhältnis stellen dagegen lediglich unverbindliche Empfehlungen dar und begründen entsprechend auch keine Verpflichtungen für den Zahlungsdienstnutzer.

Im Zusammenspiel mit den Vorgaben des (europäischen) Gesetzgebers füllen die Rulebooks denjenigen Spielraum aus, den die Migrationsverordnung lässt. Denn diese verzichtet darauf, die technischen Abläufe und Eigenschaften der SEPA-Zahlungsdienste abschließend zu regeln. Somit kann das EPC diese bei einer Überarbeitung der Rulebooks innerhalb der Bestimmungen der Migrationsverordnung neu gestalten.²¹

V. Die einzelnen Rechtsbeziehungen im Rahmen der SEPA-Lastschriftverfahren

In Deutschland fußte die Praxis des Lastschriftverfahrens lange auf dem Abkommen über den Lastschriftverkehr.²² Dieses regelte das Einziehungsermächtigungs- und das Abbuchungsauftragslastschriftverfahren.²³ In der alten Form wird es beide Verfahren zukünftig nicht mehr geben, weil sie für grenzüberschreitende Zahlungen nicht geeignet sind und nicht den technischen Anforderungen an grenzüberschreitende Lastschriften innerhalb des SEPA-Raums genügen.²⁴ Seit dem 09.07.2012 ist jedoch das alte Einziehungsermächtigungsverfahren bereits so ausgestaltet, dass es sich hinsichtlich seiner rechtlichen Wirkungen nicht mehr vom SEPA-Basislastschriftverfahren unterscheidet. Daher können gemäß Art. 7 I der Migrationsverordnung diese Mandate zukünftig für die SEPA-Lastschrift weiterverwendet werden, ohne dass es einer Neuerteilung bedarf.²⁵

Die folgenden Ausführungen untersuchen die Rechtsbeziehungen im Rahmen der SEPA-Lastschriftverfahren.

²¹ *Walter*, Neuregelungen zu SEPA-Lastschrift und SEPA-Überweisung, DB 2013, 385 (386).

²² Abkommen über den Lastschriftverkehr, ursprünglich in Kraft getreten am 01.01.1964, in seiner aktuellen Fassung in Kraft seit dem 09.07.2012, abrufbar unter: <http://bankenverband.de/downloads/fachinformationen/recht/zahlungsverkehrsabkommen/muster-lastschrift> (26.08.2014).

²³ Ausführlich *Werner*, Der Weg zu SEPA und die Auswirkungen auf die Zahlungsdienste – Ein Überblick, WM 2014, 243 (248 f.); *Casper*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 675 f Rn. 72 f.; *Bunte*, AGB-Banken, 3. Aufl. 2011, AGB-Banken Nr. 9 Einzugsaufträge Rn. 234 ff.

²⁴ Vgl. Art. 4 I Migrationsverordnung und die dort enthaltenen Anforderungen an Zahlverfahren; siehe auch *Sprau*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 675 f Rn. 37; *Werner*, WM 2014, 243 (249).

²⁵ *Sprau*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 675 f Rn. 37; zur Frage der Überführung des Abbuchungsverfahrens: *Werner*, Zivilrechtliche Neuerungen im Recht der Lastschrift – insbesondere im Einziehungsermächtigungsverfahren, BKR 2012, 221 (226 f.); *Omlor*, Die neue Einzugsermächtigungslastschrift – Von der Genehmigungszur Einwilligungstheorie, NJW 2012, 2150 (2155 f.).

Besondere Beachtung findet die Frage der Mandatserteilung und deren Form.

1. Ablauf der SEPA-Lastschrift

Das EPC bietet in seinen Rulebooks zwei Lastschriftverfahren an, die sich danach abgrenzen, ob der Zahler ein Unternehmer oder ein Verbraucher ist: das SDD regelt die SEPA-Basislastschrift, das B2B SDD die SEPA-Firmenlastschrift. Erstere gilt für Zahlungen sowohl durch Verbraucher, als auch durch Unternehmer, Ziff. 2.2 SDD. Letztere gilt nur für den Geldeinzug zu Lasten von Unternehmern, Ziff. 2.2 B2B SDD. Der bedeutende Unterschied zwischen beiden Verfahren ist, dass das SEPA-Basis-Lastschriftverfahren – im Unterschied zur SEPA-Firmenlastschrift – dem Zahler innerhalb von acht Wochen ab Belastung seines Zahlungskontos einen Erstattungsanspruch in Höhe des eingezogenen Betrages einräumt, Ziff. 4.3.4 SDD.²⁶ Dies entspricht der Regelung gemäß § 675x I, II, IV BGB, wonach ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch vereinbart werden kann, ohne dass dieser von weiteren Voraussetzungen abhängig ist.²⁷ Die SEPA-Firmenlastschrift sieht einen solchen Erstattungsanspruch dagegen nicht vor, Ziff. 4.4 B2B SDD.²⁸ Im Übrigen verlaufen beide Lastschriftverfahren im Wesentlichen vergleichbar.

Ein Lastschriftverfahren wird in einem „Vier-Ecken-Modell“²⁹ abgewickelt. Beteiligt sind der Zahler (Schuldner), der Zahlungsempfänger (Gläubiger), der Zahlungsdienstleister des Schuldners (Zahlstelle) und der Zahlungsdienstleister des Gläubigers (erste Inkassostelle). Das Lastschriftverfahren stellt gewissermaßen eine „umgekehrte Überweisung“ dar, weil es nicht der Schuldner ist, der die Zahlung einleitet, sondern der Gläubiger.³⁰ Grundlage des Zahlungsvorgangs³¹ im Rahmen einer Lastschrift ist das Mandat.³² Dieses enthält zwei Erklärungen: zum einen ermächtigt der Schuldner den Gläubiger zur Einziehung der Forderung im Valutaverhältnis, zum anderen weist der Schuldner die Zahlstelle an, die Lastschrift einzulösen.³³ Die Anweisung erfolgt dabei

durch den Gläubiger und die erste Inkassostelle als Erklärungsboten gemäß § 120 BGB. Sie ist ein Zahlungsauftrag im Sinne von § 675f III 2 BGB und geht mit Vorlage der Lastschrift bei der Zahlstelle zu, § 675n I 1 BGB. Mit der Anweisung liegt zugleich auch eine Einwilligung in den Zahlungsvorgang gemäß § 675j I 2 BGB vor. Am Fälligkeitstag führt die Zahlstelle die Belastungsbuchung auf dem Konto des Schuldners durch.³⁴ Ebenfalls am Fälligkeitstag leitet die Zahlstelle den Einzugsbetrag an die erste Inkassostelle weiter, die den Betrag dann in Übereinstimmung mit § 675t I BGB am selben Tag dem Gläubiger gutschreibt. Praktisch erfolgt die Gutschrift durch die erste Inkassostelle zugunsten des Gläubigers jedoch bereits bei Einreichung der Lastschrift und vor dem Fälligkeitstag, allerdings noch unter Vorbehalt des Eingangs.³⁵ Daher ist die endgültige Gutschrift (doppelt) bedingt, zum einen aufschiebend gemäß § 158 I BGB durch die endgültige Einlösung der Lastschrift und im SEPA-Basis-Lastschriftverfahren zum anderen noch zusätzlich auflösend gemäß § 158 II BGB durch die Ausübung des Erstattungsverlangens gemäß § 675x I, II, IV BGB.³⁶

2. Schriftform des Mandats und Online-Mandatierung

Ein sehr häufig genutztes Zahlverfahren in Deutschland ist die Online-Zahlung mittels Internetlastschrift. Unklar ist, ob der Schuldner hierfür das Lastschriftmandat handschriftlich unterzeichnen muss. Da sich die Vertragsparteien beim E-Commerce nicht persönlich begegnen, stellte ein solches Erfordernis den Handel vor kaum überwindbare Probleme.³⁷

Im Rahmen des Lastschrifteinzugs bestimmen sich die Beziehungen zwischen Gläubiger und erster Inkassostelle nach dem zwischen beiden geschlossenen Vertrag. Soweit der Gläubiger Verbraucher ist, ist auf den Vertrag gemäß Art. 6 I Rom I-VO bei grenzüberschreitenden Bezügen grundsätzlich das Recht des Staates anwendbar, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.³⁸ Ist der Gläubiger dagegen Unternehmer, bestimmt sich das anwendbare Recht gemäß Art. 4 II, 19 Rom I-VO anhand des gewöhnlichen Aufenthalts der ersten Inkassostelle. Denn es ist die erste Inkassostelle, die im letzt-

²⁶ Ziff. 4.3.4 SDD: „Within this eight-week period, Refunds will be provided to the Debtor by the Debtor Bank on a no-questions-asked basis.“

²⁷ Hierzu Nölke, in: HK-BGB, 7. Aufl. 2012, § 675x Rn. 4; Sprau, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 675x Rn. 8.

²⁸ Reymann, Das Recht der Zahlungsdienste – Eine Zwischenbilanz auf dem Weg zu SEPA, DStR 2011, 1959 (1961 f.); dies steht im Einklang mit §§ 675x, 675e IV BGB, wonach ein Erstattungsanspruch gegenüber Unternehmern ausgeschlossen werden kann.

²⁹ „Four Corner Model“, vgl. Ziff. 3.2 SDD und Ziff. 3.2. B2B SDD; siehe zur Abwicklung des Lastschriftvorgangs auch Ziff. 4.2 SDD und Ziff. 4.2 B2B SDD.

³⁰ Es handelt sich um eine sogenannte „Pull-Transaktion“, vgl. Beesch, in: Schulze u. a., BGB Vertrags- und Prozessformularbuch, 2010, § 675j Rn. 2.

³¹ Legaldefiniert in § 675f III 1 BGB.

³² Siehe Ziff. 4.1 SDD und Ziff. 4.1 B2B SDD.

³³ Einsele, Lastschriften mit Einzugsermächtigung als autorisierte Zahlungsvorgänge, AcP 209 (2009), 719 (758); Casper, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 675f Rn. 77; Beesch, in: Schulze u. a., BGB Vertrags- und Prozessformularbuch, 2010, § 675j Rn. 8.

³⁴ Zum Fälligkeitstag ausführlich Werner, Rechtliche Neuerungen im Lastschriftverfahren – insbesondere das SEPA-Lastschriftverfahren, BKR 2010, 9 (13 f.); Casper, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 675f Rn. 76.

³⁵ Ausführlich Bunte, AGB-Banken, 3. Aufl. 2011, AGB-Banken Nr. 9 Einzugsaufträge Rn. 216 ff.

³⁶ Casper, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 675f Rn. 80; entsprechendes gilt für die Erfüllungswirkung, vgl. Hadding, Erfüllung der Geldschuld im SEPA-Basislastschriftverfahren, WM 2014, 97 (99 ff.).

³⁷ Walter, DB 2013, 385 (390).

³⁸ Vgl. auch Ziff. 3.3 SDD; nicht zuzustimmen ist daher Walter, DB 2013, 385 (391), denn es kommt eben nicht auf das auf das Rulebook anwendbare (belgische) Recht an, sondern auf das nationale Recht des Verbrauchers.

genannten Verhältnis die charakteristische Vertragsleistung erbringt.

Verträge nach deutschem Recht sahen für Lastschriften im bisherigen Einziehungsermächtigungsverfahren, das dem SEPA-Basis-Lastschriftverfahren bereits sehr nahe kam³⁹, üblicherweise ein Schriftformerfordernis im Sinne von §§ 126, 127 BGB vor, so dass eigentlich eine eigenhändige Unterschrift des Schuldners erforderlich gewesen wäre. Da es sich aber im Unterschied zu einem gesetzlichen Schriftformerfordernis lediglich um ein vertragliches Schriftformerfordernis handelte, genügte nach der herrschenden Meinung gemäß § 127 II 1, 1. Fall BGB auch eine telekommunikative Übermittlung über das Internet.⁴⁰ An dieser Rechtslage hat sich durch SEPA letztlich nichts geändert. Unschädlich sind insbesondere die Regelungen in den betreffenden Rulebooks. Im SDD unter Ziff. 4.1 heißt es zwar:

„A Mandate may exist as a paper document which is physically signed by the Debtor. Alternatively, it may be an electronic document which is created and signed in a secure electronic manner.“⁴¹

Aber nur scheinbar ist demnach entweder eine vom Schuldner eigenhändig unterschriebene Lastschrifterklärung oder ein elektronisches Dokument mit einer besonders qualifizierten elektronischen Signatur erforderlich. Denn zum einen entfalten SDD und B2B SDD als multilaterale Vertragswerke nur zwischen den hierzu durch ein Adherence Agreement beigetretenen Zahlungsdienstleistern unmittelbare Wirkung. Zum anderen entfalten die Rulebooks auch keine mittelbare Wirkung auf die Vertragsbeziehungen, auch nicht zwischen dem Schuldner und der ersten Inkassostelle.⁴² Nachdem sich zuvor bereits der Finanzausschuss des Deutschen Bun-

destages in diesem Sinne geäußert hatte⁴³, stellt dies auch das EPC in einem Klarstellungsschreiben vom 01.10.2013 an alle Teilnehmer der Rulebooks klar. Demnach sind die Zeichnungsmethoden in Ziff. 4.1 SDD (respektive Ziff. 4.1 B2B SDD) nicht abschließend. Die übrigen Zeichnungsmethoden bleiben daneben entsprechend den nationalen Gesetzen zulässig. Wörtlich führt das EPC aus:

„We hereby wish to clarify that the signature methods as described in Section 4.1 of the SDD Scheme Rulebooks are not exhaustive and that SDD Scheme Participants may consider allowing continued usage of other legally binding methods of signature including those that were used under the local legacy scheme rules until now provided that they comply with the SEPA Regulation.“⁴⁴

Obleich demnach die Erteilung eines Lastschriftmandats durch den Schuldner an den Gläubiger über das Internet aus rechtlicher Sicht möglich ist⁴⁵, bleibt es bei einem theoretischen Risiko, dass die erste Inkassostelle oder die Zahlstelle eine bloße Mandatserteilung über das Internet als ungenügend zurückweist. Rückversichern kann sich der Gläubiger diesbezüglich allein für die erste Inkassostelle anhand seiner mit ihr geschlossenen Verträge. Da der Gläubiger jedoch mit der Zahlstelle keine direkten Vertragsbeziehungen unterhält, kann er im Basislastschriftverfahren nach SDD nie absolut sicher sein, dass diese nicht doch ein Online-Mandat zurückweist und es zu einer Rückabwicklung der geleisteten Zahlungen kommt.⁴⁶ Diesen Umstand macht auch das EPC im erwähnten Klarstellungsschreiben deutlich. Es führt darin aus, dass es stets die für alle SDD-Beteiligten endgültige Entscheidung der Zahlstelle bleibt, ob sie eine Lastschriftmandatierung als in Übereinstimmung mit dem SDD erteilt akzeptiert.⁴⁷ Somit ist es im Basislastschriftverfahren die Verantwortung und das Risiko der ersten Inkassostelle, der Zahlstelle den betreffenden Betrag im Fall einer Zurückweisung ersetzen zu müssen.

39 Werner, WM 2014, 243 (248f.); zum Einzugsermächtigungsverfahren nach deutschem Recht ausführlich etwa Laitenberger, Das Einzugsermächtigungslastschriftverfahren nach Umsetzung der Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, NJW 2010, 192 ff.; zur Ähnlichkeit des deutschen Abbuchungsverfahrens mit dem SEPA-Firmenlastschriftverfahren vgl. Zahrte, Änderungen im ZAG durch das SEPA-Begleitgesetz, WM 2013, 1207 (1210).

40 Zahrte, Wirksamkeit sog. „Internet-Mandate“ im SEPA-Basis-Lastschriftverfahren. Vereinbarung zwischen Inkassobank und Lastschrifteinreicher, MMR 2014, 211; Werner, in: Hoeren u.a., Handbuch Multimedia-Recht, Loseblatt, Teil 13.5 Rn. 32; Mitterhuber/Mühl, Die Erteilung einer formwirksamen Einzugsermächtigung im elektronischen Lastschriftverfahren, WM 2007, 963 (969); Schneider, Das Lastschriftverfahren im Internet. Entgegnung auf Werner, (BKR 2002, 11), BKR 2002, 384 (385 ff.); Fricke, Die teleologische Reduktion des § 48 VVG bei Streitigkeiten aus Versicherungsverträgen, die im Internet abgeschlossen wurden, VersR 2001, 925 (932).

41 Ziff. 4.1 B2B SDD lautet entsprechend: *„A Mandate may exist as a paper document which is physically signed by the Debtor. The paper mandate can be stored either as the original document or in any digitalised format subject to the national legal requirements. Alternatively, the Mandate may be an electronic document which is created and signed with a Qualified Electronic Signature agreed between the Creditor and the Creditor Bank.“*

42 Vgl. auch Zahrte, MMR 2014, 211 (213).

43 Ausschussbericht zum SEPA-Begleitgesetz, BT-Drucks. 17/11395, 11.

44 Abrufbar unter: <http://www.europeanpaymentscouncil.eu/documents/Letter%20EPC098-13%20Clarification%20letter%20to%20SDD%20Scheme%20Participants.pdf> (26.08.2014).

45 So im Ergebnis auch Casper, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 675f Rn. 77; Zahrte, MMR 2014, 211 (213).

46 Etwa dann, wenn die Zahlstelle für den Nachweis der Mandatserteilung eine Online-Erteilung nicht ausreichen lässt; zur Frage unter dem Gesichtspunkt der Beweisbarkeit ausführlich Hartmann, in: Ellenberger u.a., Zahlungsverkehrsrechtskommentar, 2. Aufl. 2013, SEPA-Lastschrift Rn. 72 ff.

47 *„SDD Scheme Participants are reminded that for SDD Core transactions it is always the decision of the Debtor Bank, which is final for all Participants in this Scheme to decide if a Direct Debit has been authorised or not – in accordance with SDD Core Rulebook PT04-24, section 5.7 and Annex VI (1) (h). The responsibility and the risks are with the Creditor Bank to pay the amount of each Refund to the relevant Debtor Bank, regardless of the status of the Creditor's account or the Creditor itself.“*

Für den Gläubiger wäre vor diesem Hintergrund sinnvoll, eine Vereinbarung mit der ersten Inkassostelle als seiner direkten Vertragspartnerin abzuschließen, wonach diese – etwa gegen eine entsprechende Gebühr – das Risiko einer Zurückweisung der Lastschrift durch die Zahlstelle übernimmt. Das „Ausfallrisiko“ wäre dann auf die erste Inkassostelle verlagert und der weitere Fortgang im Verhältnis zwischen den Zahlungsdienstleistern und dem Schuldner abzuwickeln.

Für die erste Inkassostelle dürfte mit Blick auf die Nachweisbarkeit des Mandats gegenüber der Zahlstelle Rechtssicherheit bestehen, solange der Gläubiger das Mandat entsprechend der Vorgaben in Ziff. 4.1 SDD/B2B SDD einholt und aufbewahrt. Soweit auf das Mandat deutsches Recht anwendbar ist genügt hierfür wie dargestellt gemäß § 127 II 1 BGB die telekommunikative Übermittlung. Im Streitfall könnte etwa der Emailverkehr verwandt werden, um zur richterlichen Überzeugungsbildung gemäß § 286 ZPO beizutragen. Auch die Führung eines Urkundenprozesses bleibt möglich, weil für die Urkundeneigenschaft gemäß §§ 592 ff. ZPO keine eigenhändige Unterschrift erforderlich ist.⁴⁸

Anders verhält es sich jedoch im Firmenlastschriftverfahren nach B2B SDD. Denn dort muss die Zahlstelle gemäß Ziff. 5.8 B2B SDD bereits vor der Belastung des Gläubiger-Kontos dessen Bestätigung des Lastschriftmandats einholen. Die Verantwortung und das Risiko liegen in dieser Konstellation daher nach Ablauf von zwei Geschäftstagen im Falle einer unautorisierten Zahlung bei der Zahlstelle.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Nach Beginn der SECA haben nicht zuletzt die dargestellten Entwicklungen auf dem Gebiet des Massenzahlungsverkehrs dazu beigetragen, auch SEPA ein großes Stück voranzubringen. Obgleich einige Verbraucher und Unternehmer noch mit den technischen und rechtlichen

⁴⁸ Vgl. statt vieler *Braun*, in: MüKo, ZPO, 4. Aufl. 2012, § 592 Rn. 16; unrichtig insofern *Zahrte*, MMR 2014, 211 (213).

Neuerungen fremdeln, dürften sich die Marktteilnehmer doch schnell an diese gewöhnen und ihre Effizienz- und Kostenvorteile zu schätzen lernen.⁴⁹ Die Zielvorstellung, innerhalb von SEPA für Euro-Zahlungen mit einem einzigen Bankkonto auszukommen und paneuropäische Dienstleistungen zu wettbewerbsfähigen Preisen in Anspruch nehmen zu können, ist sehr gewinnend.

Nach Auffassung der Europäischen Kommission, der EZB und des EPC ist die Harmonisierung und Vereinheitlichung des europäischen Zahlungsverkehrs mit der Einführung der dargestellten SEPA-Instrumente jedoch noch nicht abgeschlossen. Diese sollen vielmehr das Fundament sein, auf dem neue und innovative Mehrwertdienste (eSEPA) aufbauen sollen. Die EZB formuliert es folgendermaßen:

„e-SEPA means the provision of various retail payment services by means of electronic channels – such as internet – in order to offer benefits to payment services users in the form of easier access, better functionality and a more attractive user experience.“⁵⁰

Vor diesem Hintergrund erscheint der dargestellt Streit um die Form der Erteilung eines Lastschriftmandats kaum mehr zu sein als eine Fußnote im Gesamtprozess. Das elektronische Mandat ist bereits heute als Bestandteil von eSEPA vorgesehen.⁵¹ Daher dürfte es nur eine Frage der Zeit sein, bis verpflichtende Regelungen den Anbietern von Zahlungsdienstleistungen vorschreiben, Online-Mandate zu akzeptieren. Wie dargestellt sind diese nach deutschem Recht bereits heute zulässig.

⁴⁹ Die akkumulierten Kostenvorteile für die Zahlungsverkehrsmärkte und die Volkswirtschaft dürften sich über einen Zeitraum von sechs Jahren auf 123 Milliarden Euro belaufen, so die Capgemini Studie von 2007 im Auftrag der Kommission, S. 4, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/sepa/sepa-capgemini_study-final_report_en.pdf (26.08.2014).

⁵⁰ *Gertrude Tumpel-Gugerell*, The Progress of Migration to SEPA, keynote address at the British Bankers' Association, 7th Annual Payments Conference, London, 23.11.2009, abrufbar unter: <http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2009/html/sp091123.en.html> (26.08.2014).

⁵¹ *Rigler*, in: Langenbucher u. a., Bankrechtskommentar, 2013, 11. Kap. Rn. 32 ff.

Matthias Stupp*

Der internationale Unternehmenskauf

Die Zielgesellschaft richtig leiten, auch aus dem Ausland

I. Einführung

Internationale Unternehmenskäufe kommen in den verschiedensten Varianten hinsichtlich der Herkunft der beteiligten Parteien und des Sitzes der Zielgesellschaft (des sog. *Targets*) oder ihrer Tochtergesellschaften vor.¹ Allen gemeinsam ist der Bezug zu verschiedenen, mindestens zwei, Jurisdiktionen. Der Bezug zur deutschen Jurisdiktion ist entweder durch Rechtswahl (auch bei ausländischem Target), Sitz einer Partei in Deutschland oder dadurch gegeben, dass das Target seinen Sitz in Deutschland hat. Letzterer Fall soll im Vordergrund stehen, da er in der hiesigen Beratungspraxis der häufigste ist. Hier stellt sich die Frage, wie ein ausländischer Käufer das Target nach Erwerb lenken und leiten, d. h. auf die Geschäftsführung einwirken oder diese stellen kann, ohne dass es auf Grund der Tatsache, dass der Gesellschafter – oder die für ihn handelnde Person – seinen Sitz nicht in Deutschland hat, dabei zu Problemen kommt. Der Beitrag behandelt dabei insbesondere den Fall der (nicht gewollten) faktischen Sitzverlegung bei einer GmbH & Co. KG.

II. Anforderungen an das Management einer erworbenen Gesellschaft

Zunächst ist die persönliche Ebene zu betrachten: Welche Anforderungen muss eine (ausländische) Person erfüllen, die Geschäftsführer werden will? Kann der Käufer mit Sitz im Ausland „seine“ Leute schicken und in Deutschland im erworbenen Target in der Geschäftsführung einsetzen?

Für die GmbH regelt § 6 II GmbHG, wer Geschäftsführer sein kann. Eine Einschränkung z. B. hinsichtlich der Staatsangehörigkeit oder einer Einreisemöglichkeit, sieht die Vorschrift nicht vor. Für EU-Bürger ist aufgrund der in Art. 21 I AEUV verankerten Freizügigkeit eine Einreise nach Deutschland ohnehin unproblematisch. Für Nicht-EU-Ausländer wurde in der obergerichtlichen Rechtsprechung² jedoch die Ansicht vertreten, sie müssen

* Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner im Hamburger Bereich Corporate/M&A von White & Case LLP. Der Beitrag entspricht nur der persönlichen Auffassung des Autors.

¹ Nicht selten führt die Untersuchung und Prüfung des Kaufgegenstands, des Targets (sog. „Due Diligence“), in ferne Jurisdiktionen, wenn das Target über verschiedene Tochtergesellschaften im Ausland verfügt, deren Rechtsverhältnisse jede für sich nach ihrer ausländischen Rechtsordnung zu prüfen sind.

² OLG Düsseldorf NZG 2009, 678; OLG München NZG 2010, 157; vgl. hierzu und zum Folgenden Kühn, in: Krafka/Ulrich, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rn. 958.

ten aufgrund einer entsprechenden Aufenthalts- oder Arbeitslaubnis die jederzeitige Möglichkeit haben, nach Deutschland einzureisen, um ihre Verpflichtungen für die Gesellschaft erfüllen zu können. Im Hinblick auf § 4a GmbHG, der durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 (MoMiG)³ eingefügt wurde und die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland ermöglicht⁴, hat die Rechtsprechung diese Einschränkung allerdings mittlerweile aufgegeben.

Bei der KG knüpft die Stellung als Geschäftsführer aufgrund des Prinzips der Selbstorganschaft bei Personengesellschaften unmittelbar an die Gesellschafterstellung an. Da jede rechtsfähige natürliche und juristische Person Gesellschafter sein kann⁵, können auch ausländische Personen als Geschäftsführer eingesetzt werden. Ob sie jederzeit einreisen können müssen, ist fraglich. Die o. g. Aufgabe der Rechtsprechung gilt ausdrücklich nur für die GmbH (und wohl AG), bei der anerkanntermaßen über § 4a GmbHG nunmehr, vereinfacht gesagt, den Grundsätzen der Gründungstheorie gefolgt wird. Da dies für die KG nicht gilt (vgl. im Folgenden) ist mehr als fraglich, ob die Rechtsprechung übertragbar ist.

Im Hinblick auf Einreisebestimmungen ist des Weiteren darauf zu achten, dass nach dem Schengener Übereinkommen Drittstaatenangehörige, die Inhaber eines nationalen Aufenthaltstitels eines Schengen-Staates sind, sich im Rahmen von dessen Gültigkeit für bis zu 90 Tage innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen auch im Hoheitsgebiet der übrigen Schengen-Staaten aufhalten dürfen.⁶ Dies gilt ebenfalls für Inhaber eines von einem Schengen-Staat ausgestellten „nationalen“ Visums.⁷

³ BGBl. I, 2026.

⁴ Siehe dazu III.2.

⁵ Kommanditisten sind nur zur Vertretung nicht berechtigt (§ 170 HGB), können also sehr wohl die – nach innen gerichteten – Aufgaben eines geschäftsführenden Gesellschafters übernehmen, sog. geschäftsführender Kommanditist. Als „vertretungsbefugter Geschäftsführer“ gilt er demnach freilich nicht und wird auch nicht im Handelsregister eingetragen.

⁶ Drittstaatenangehörige dürfen sich innerhalb eines halben Jahres (180 Tage) nur maximal 90 Tage im Schengenraum aufhalten. Werden die 90 Tage überschritten, befindet sich die Person illegal im Schengenraum. Neu ist seit 2013, dass das Datum, an dem eine Überprüfung stattfindet und nicht mehr das Datum der zeitlich ersten Einreise für die Kontrolle des Aufenthaltes maßgebend ist. Der Bezugszeitraum von 180 Tagen wird ausgehend vom Tag der Kontrolle berechnet und umfasst die 180 Tage, die dem Tag der Kontrolle vorangehen (sog. „Rückwärtsrechnung“).

⁷ Auswärtiges Amt, http://www.auswaertiges-amt.de/DE/EinreiseUndAufenthalt/Schengen_node.html#doc350334bodyText2, abgerufen am

III. Vollständige Geschäftsführung aus dem Ausland ohne Einreise/Entsendung der ausländischen Geschäftsführer

1. Satzungssitz/Verwaltungssitz

Begrifflich ist zunächst zwischen dem Satzungssitz und dem Verwaltungssitz einer Gesellschaft zu unterscheiden. Ersterer ist der Ort, den der Gesellschaftsvertrag als Sitz nennt. Eine solche Angabe ist bei Kapitalgesellschaften zwingender Inhalt des Gesellschaftsvertrags (vgl. für die GmbH § 3 I Nr. 1 GmbHG). Bei Personengesellschaften muss zumindest die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister den Sitz der Gesellschaft enthalten (vgl. für die KG §§ 162 I 1, 106 II Nr. 2 HGB).

Davon zu unterscheiden ist der Verwaltungssitz. Dies ist der Ort, an dem die Gesellschaft tatsächlich tätig ist bzw. wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungskakte umgesetzt werden (sog. Sandrock'sche Formel).⁸ Dies wird regelmäßig der Ort sein, an dem die Geschäftsführung tätig ist, wohingegen etwa der Ort von Betriebs- und Produktionsstätten der Gesellschaft unerheblich ist. Letztlich sind insofern alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

Für jede Rechtsordnung, so auch die deutsche, stellt sich die Frage, ob Satzungs- und Verwaltungssitz auseinanderfallen können. Dies hängt im Wesentlichen davon ab, ob ein Land der Gründungs- oder Sitztheorie folgt. Nach der Gründungstheorie, die im anglo-amerikanischen Rechtskreis vorherrscht⁹, richtet sich das Gesellschaftsstatut¹⁰ einer Gesellschaft nach dem Recht desjenigen Staates, nach dessen Bestimmungen die Gesellschaft (erkennbar) gegründet wurde.¹¹ Die Gründungstheorie stellt ausschließlich auf die Gründung und damit auf den Satzungssitz der Gesellschaft ab und ermöglicht es dadurch, dass der tatsächliche Sitz einer Gesellschaft in einen anderen Staat verlegt werden kann, ohne dass das Gesellschaftsstatut gewechselt werden muss. Neben dem grundsätzlich begrüßenswerten Vorteil der Mobilität von Gesellschaften¹² überlässt die Gründungstheorie es weitgehend dem Willen der Gründer, nach welcher Rechtsordnung die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft zu beurteilen ist.¹³

In Ländern¹⁴, die traditionellerweise die Sitztheorie vertreten – wozu auch Deutschland zu zählen ist – richten

sich die gesellschaftlichen Verhältnisse einer Gesellschaft nach dem Recht des Staates, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat.¹⁵

In Deutschland stellte neben der Rechtsprechung¹⁶ auch die jedenfalls im älteren Schrifttum dominierende Meinung auf die Sitztheorie ab.¹⁷ Die Sitztheorie hat jedoch durch die neuere Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit – zuletzt Centros¹⁸, Überseering¹⁹ und Inspire Art²⁰ – eine wesentliche Einschränkung erfahren.²¹ Aus dieser EuGH-Rechtsprechung folgt, dass auch in Deutschland – im Hinblick auf Zuzugsfälle – in Bezug auf Gesellschaften, die sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen können, der Gründungstheorie zu folgen ist. Verlegen solche Gesellschaften ihren Hauptverwaltungssitz nach Deutschland, können sie demnach in ihrer EU-ausländischen Rechtsform weiter betrieben werden.²² Im Übrigen gilt, dass das Gesellschaftsstatut von Gesellschaften sogenannter Drittstaaten, also von Auslandsgeellschaften, die sich weder auf die Niederlassungsfreiheit der Art. 43, 48 EGV (heute Art. 49 und 54 AEUV) noch der Art. 31, 34 EWRV noch auf völkerrechtliche Kollisionsregeln (Art. II 1 EGBGB) berufen können, allein nach dem autonomen deutschen Gesellschaftskollisionsrecht zu ermitteln ist.²³

Für Wegzugsfälle gilt, dass durch Einführung des MoMiG und der damit einhergehenden Streichung des § 4a II GmbHG a. F. sowie des § 5 II AktG a. F. die bis dahin mit der Sitztheorie verbundene Wegzugsbeschränkung für deutsche (Kapital-)Gesellschaften hinfällig geworden ist.²⁴

Bei einer GmbH muss der Satzungssitz daher nicht mehr notwendig mit dem tatsächlichen Verwaltungssitz übereinstimmen. Dies zeigt § 4a GmbHG, wonach Sitz der Gesellschaft der Ort im Inland ist, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt. Die Geschäftsführung muss somit nicht an dem Ort tätig sein, den der Gesellschaftsvertrag

tien, Griechenland, Lettland, Luxemburg, Polen, Portugal, Rumänien und Spanien.

¹⁵ Habersack, in: MüKo, AktG, 3. Aufl. 2008, Einl. Rn. 94.

¹⁶ Ständige Rspr., BGHZ 51, 27 (28); 53, 181 (183); 78, 318 (334); 97, 269 (271); 151, 204 (206); BGH WM 1966, 1143; WM 1979, 692; NJW 1992, 2026 (2030); OLG Hamm DB 1995, 137; OLG Düsseldorf WM 1995, 808 (810); OLG Karlsruhe IPRspr. 1983, Nr. 20 (67 f.); OLG Celle ZIP 1984, 594 (600); OLG Hamburg NJW 1986, 2199; OLG Oldenburg NJW 1990, 1422; OLG Frankfurt NJW 1990, 2204; BayObLG WM 1992, 1371 (1372); NZG 1998, 936.

¹⁷ A. a. O., Rn. 95.

¹⁸ EuGH vom 09.03.1999, Rs. C-212/97.

¹⁹ EuGH vom 05.11.2002, Rs. C-208/00; zur Rechtsfähigkeit der Ltd.: BGH vom 13.03.2003 – VII ZR 370/98.

²⁰ EuGH vom 30.09.2003, Rs. C-167/01.

²¹ Habersack, in: MüKo, AktG, 3. Aufl. 2008, Einl. Rn. 96.

²² Schall, in: Spindler/Sitz, AktG, 2. Aufl. 2010, Vorb. zu §§ 15 ff. Rn. 31.

²³ Mayer, in: MüKo, GmbHG, 2010, § 4a Rn. 20.

²⁴ A. a. O.; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, Einl. Rn. 38.

25.09.2014.

⁸ Vgl. hierzu und zum Folgenden Land, BB 2013, 2697 (2704 f.).

⁹ Die Gründungstheorie gilt u. a. in Dänemark, England, Finnland, Estland, Irland, Italien, Niederlande, Norwegen und den USA.

¹⁰ Die Rechtsordnung, der eine Gesellschaft unterliegt.

¹¹ Habersack, in: MüKo, AktG, 3. Aufl. 2008, Einl. Rn. 94.

¹² Hierzu: Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325 ff.

¹³ Habersack, in: MüKo, AktG, 3. Aufl. 2008, Einl. Rn. 94.

¹⁴ Der Sitztheorie folgen u. a. Belgien, Bulgarien, Frankreich, Kroatien,

als Sitz nennt. Zu beachten ist lediglich, dass sich der Satzungssitz im Inland befinden muss (vgl. § 4a GmbHG).

Ausländische Gesellschafter/Geschäftsführer können daher das Unternehmen komplett vom Ausland aus führen. Zu beachten ist im Gesamtzusammenhang, dass die Erleichterungen durch das MoMiG keine direkten Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung sind. Auch nach der EuGH-Rechtsprechung, die insoweit für Zuzugsfälle gilt, bleibt es der nationalen Rechtsordnung unbenommen, für den Wegzug von Gesellschaften, die der eigenen Rechtsordnung unterfallen, Erschwernisse aufzustellen. Denn dies ist eine Frage des nationalen Rechts, nicht des EU-Rechts bzw. der Niederlassungsfreiheit.²⁵

Dem folgend existiert für eine KG keine den § 4a GmbHG und § 5 AktG entsprechende Regelung. Zwar plädiert eine im Vordringen befindliche Ansicht in der Literatur dafür, entsprechend der Situation bei den Kapitalgesellschaften einen vom Satzungssitz abweichenden Verwaltungssitz zuzulassen.²⁶ Aber die höchstrichterliche Rechtsprechung geht bis zu einem Tätigwerden des Gesetzgebers weiterhin davon aus, dass bei Personengesellschaften allein der tatsächliche Verwaltungssitz maßgebend ist²⁷, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag einen davon abweichenden Sitz nennt bzw. ein anderer Sitz angemeldet und in das Handelsregister eingetragen wird.²⁸ Dies wird v. a. mit dem Argument des Gläubigerschutzes begründet.²⁹ Außerdem habe der Gesetzgeber die KG „sehenden Auges“ nicht durch das MoMiG mitgeregelt; es ist also eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gewesen, die eine Analogie ausschließt. Die Gesellschafter einer KG können den Verwaltungssitz der Gesellschaft somit nicht frei bestimmen; ein sog. Doppelsitz wie bei der GmbH scheidet aus.³⁰

Vor diesem Hintergrund erklären sich die unterschiedlichen Rechtsfolgen, wenn das Target seinen Sitz in Deutschland hat und nach der Akquisition die Geschäftsführung vom Ausland aus erfolgen soll:

2. Verlegung des Verwaltungssitzes bei Kapitalgesellschaften

Nach der Änderung des § 4a II GmbHG a. F. sowie des § 5 II AktG a. F. durch das MoMiG besteht die Möglichkeit, unabhängig vom (inländischen) Satzungssitz den Verwaltungssitz einer (Kapital-)Gesellschaft ins Aus-

land zu verlegen, ohne dass dies mit einer Änderung der Rechtsform der Gesellschaft einherginge.³¹

3. Verlegung des Verwaltungssitzes bei Personengesellschaften

Dagegen ist bei einer KG eine Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland nach aktueller Gesetzeslage nicht möglich. Dies folgt aus §§ 161 II, 106 I HGB, wonach die Gesellschaft bei dem Gericht, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist. Für einen ausländischen Verwaltungssitz gibt es freilich kein zuständiges inländisches Registergericht. Daher führt eine Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland bei einer KG zu deren Auflösung.

Das Problem spitzt sich in der – bei weitem üblichsten – Form der GmbH & Co. KG im Vergleich zur herkömmlichen KG insofern noch zu, als für die Komplementärin an sich wiederum die Möglichkeit der Verlegung des Verwaltungssitzes durchaus besteht (s. o.), hierdurch aber gerade die (nicht mögliche) „Mit-Verlegung“ des Verwaltungssitzes der KG provoziert wird.

IV. Rechtsfolgen der (ungewollten) faktischen Sitzverlegung bei der GmbH & Co. KG

1. Gesetzliche Ausgangslage

Rechtsfolge der einschlägigen Rechtsprechung³² ist, dass die Gesellschaft, die faktisch ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegt hat, im Inland als aufgelöst gilt. Ein Registerrichter würde demnach die Auflösung der Gesellschaft einzutragen haben (nicht deren Löschung). Nach allgemeiner Meinung ist bei der GmbH & Co. KG in Anlehnung an die GmbH-Auflösung ein sog. Sperrjahr abzuwarten, in welchem die Gesellschaft unter Gläubigeraufruf abzuwickeln ist, bevor sie gelöscht werden kann.³³

Insbesondere im Laufe einer Transaktion wäre das Auslösen einer solchen Rechtsfolge verheerend. Nicht unüblich ist es, im Rahmen des Verkaufs- und Übertragungsvertrags zu regeln, dass der Verkäufer als aufschiebende Bedingung für den Anteilsübergang dafür Sorge zu tragen hat, dass die Komplementärin ausgetauscht wird. Darüber hinaus muss die Sonderrechtsnachfolge in den KG-Anteil angemeldet werden. Der Registerrichter sieht hier, dass der neue Kommanditist ein im Ausland ansäs-

²⁵ EuGH vom 16.12.2008, Rs. C-210/06 – *Cartesio* (siehe. v. a. Rn. 105 ff.).

²⁶ Vgl. hierzu und zum Folgenden *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 106 Rn. 8 m. w. N.

²⁷ BGH NJW 2009, 289; BGH NJW 2009, 63; vgl. *Roth*, in: Baumbach/Hopf, HGB, 36. Aufl. 2014, § 106 Rn. 8.

²⁸ BGH BB 1957, 799; MDR 1969, 662; vgl. *Roth*, in: Baumbach/Hopf, HGB, 36. Aufl. 2014, § 106 Rn. 8.

²⁹ *Langhein*, in: MüKo, HGB, 3. Aufl. 2011, § 106 Rn. 21, 27; *Mayer*, in: MüKo, GmbHG, 2010, § 4a Rn. 67.

³⁰ *Langhein*, in: MüKo, HGB, 3. Aufl. 2011, § 106 Rn. 27.

³¹ Vgl. *Land*, BB 2013, 2697 (2705).

³² Vgl. etwa RG vom 29.06.1923 – II 552/22, RGZ 107, 94 (97); RG vom 05.06.1882 – I 291/82, RGZ 7, 68 (69 f.; für AG); BGH vom 11.07.1957 – II ZR 318/55, BGHZ 25, 134 (144) = NJW 1957, 1433; BayObLG vom 07.05.1992 – 3Z BR 14/92, BayObLGZ 1992, 113 (116) = DB 1992, 1400; OLG Düsseldorf vom 26.03.2001 – 3 Wx 88/01, NJW 2001, 2184 = GmbHR 2001, 438; BFH vom 29.01.2003 – I R 6/99, GmbHR 2003, 722 (724; obiter dictum).

³³ *Nerlich*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 73 Rn. 72; *Büterow*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 73 GmbHG Rn. 21, m. w. N.

siges Unternehmen ist, und dass die Geschäftsführer der Komplementärin ggf. Ausländer sind, und könnte daher in Zweifel ziehen, dass die Gesellschaft in Zukunft von Deutschland aus geleitet wird. Kommen danach noch – bei größeren Transaktionen nicht unübliche – öffentliche Verlautbarungen hinzu, nach welcher z. B. ein Abzug von Arbeitsplätzen einhergehend mit der Verlegung von Leitungskompetenzen ins Ausland droht, müsste der Registerrichter von einer Auflösung der KG ausgehen. Kommt es hier zu Nachfragen oder einer Zwischenverfugung, kann unter Umständen die gesamte Transaktion in ihrer zeitlichen Durchführung ins Wanken geraten.

2. Vermeidung der Rechtsfolgen

In der Praxis wird man es nicht so weit kommen lassen, sondern bereits im Vorfeld sehen, dass eine Auflösung der KG drohen würde. Aber es gibt auch zu beachtende „schleichende“ Prozesse, in welchen ein zunächst in Deutschland tätiger Geschäftsführer wieder hauptsächlich vom Ausland aus agiert oder schließlich ins Ausland zieht. Hier kann nur durch Monitoring darauf hingewirkt werden, dass rechtzeitig Gegenmaßnahmen ergriffen werden.

Findet sich keine Person, die in Deutschland für die Ausführungen der Verwaltungs-/Geschäftsführungstätigkeit zur Verfügung steht, kann ggf. einer der (deutschen) Kommanditisten die Geschäftsführung übernehmen, sofern er seinen Sitz in Deutschland hat oder von Deutschland aus geleitet wird.³⁴ Dabei würde aber in enger Abstimmung mit den Geschäftsführern der Komplementärin dennoch zu vereinbaren sein, wer welche Aufgaben wahrnimmt, so dass insbesondere die Leitungsaufgaben von Deutschland aus durch den geschäftsführenden Kommanditisten wahrgenommen werden.

Ist auch dies nicht zu bewerkstelligen, müssten die ausländischen Geschäftsführer darauf achten, alle wesentlichen Entscheidungen in Deutschland zu treffen und entsprechend oft einreisen.

V. Vergleichbare Interessenlage: Die ausländische Komplementär & Co. KG

Im deutschen Rechtsverkehr bestehen mittlerweile Unternehmen in der Rechtsform der KG mit ausländischer Komplementärin, wie z. B. österreichische Gesellschaften mit beschränkter Haftung, schweizerische Aktiengesellschaften, französische oder luxemburgische S.A.R.L. und niederländische B.V.³⁵

³⁴ Gemeint ist hier die Geschäftsführung nach innen, die der Kommanditist demnach – trotz seines Ausschlusses von der Vertretung (§ 170 HGB) – ausführen kann. Derartige „geschäftsführende Kommanditisten“ sind insbesondere bei Modellen zur gewerblichen Entprägung üblich, vgl. § 15 III Nr. 2 EStG.

³⁵ Kowalski/Vormann, GmbHR 2005, 1045.

Anzutreffen ist auch die – inzwischen allgemein anerkannte³⁶ – Rechtsform der Ltd. & Co. KG.³⁷

Die Gründung einer Ltd. („Limited Company“) erfolgt durch Eintragung in das britische Handelsregister (Companies House).³⁸ Daneben benötigt die Ltd. ein „Registered Office“ im Vereinigten Königreich.³⁹ Die Organe und Vertretungsbefugnisse im Innenverhältnis richten sich nach dem Recht des Vereinigten Königreichs. Da sich die Verwaltung der Kapitalgesellschaft selbst jedoch nicht im Vereinigten Königreich befinden muss, kann diese als Komplementärin einer deutschen KG eingesetzt werden.⁴⁰

Die Möglichkeit, dass sich eine Gesellschaft für ihre Geschäftstätigkeit im eigenen Land einer Gesellschaftsform anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union bedienen kann, hat der EuGH – wie bereits oben erwähnt – im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit in mehreren seiner Urteile entschieden (Centros⁴¹, Überseeering⁴² und Inspire Art⁴³). Hierzu ist es notwendig, dass das Land, in welchem die Ltd. – oder eine ihr vergleichbare Gesellschaftsform – gegründet wurde, einen Wegzug und die Verlagerung des Verwaltungssitzes in einen anderen Staat – z. B. nach Deutschland – gestattet.⁴⁴ Das Land muss also im Grundsatz der Gründungstheorie folgen und darf an den Wegzug keine nachteiligen Rechtsfolgen knüpfen. Seit der Inspire Art-Entscheidung des EuGH ist es auch zulässig, eine Auslandskomplementärin direkt aus Deutschland heraus zu gründen und zu betreiben.⁴⁵ Bis zu dieser Entscheidung war es nötig, den Verwaltungssitz der Komplementärin tatsächlich im Ausland zu etablieren; nun ist es möglich, die Kommanditgesellschaft – trotz ausländischen Komplementärs – vollständig aus dem Inland heraus zu betreiben.⁴⁶

³⁶ Ständige Rspr., vgl. z. B. BayObLG DB 1986, 1325; OLG Saarbrücken NJW 1990, 648; sowie Roth, in: Baumbauch/Hopt, HGB, 31. Aufl. 2003, § 105 Rn. 28; Zimmer, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 2001, Anhang zu § 17 Rn. 19; a. A. AG Bad Oeyenhausen GmbHR 2005, 692.

³⁷ Gegenüber der GmbH & Co. KG bietet die Ltd. & Co. KG ein höheres Maß an Kapitalflexibilität an. Sie kann v. a. dann eine Alternative zur GmbH & Co. KG sein, wenn diese der Mitbestimmungspflicht unterfallen würde. Nachteilig erscheint jedoch, dass eine fremde Rechtsordnung berücksichtigt werden muss, was mit einem erhöhten Verwaltungs- und Beratungsaufwand verbunden ist (Werner, GmbHR 2005, 288).

³⁸ Just, Die englische Limited in der Praxis, 2005, S. 7 Rn. 29.

³⁹ § 287(1) CA 1985.

⁴⁰ Vgl. LG Bielefeld vom 11.08.2005 – 24 T 19/05.

⁴¹ EuGH vom 09.03.1999, Rs. C-212/97.

⁴² EuGH vom 05.11.2002, Rs. C-208/00; zur Rechtsfähigkeit der Ltd.: BGH vom 13.03.2003 – VII ZR 370/98.

⁴³ EuGH vom 30.09.2003, Rs. C-167/01.

⁴⁴ Bucker, in: Hirte/Bucker, Grenzüberschreitende Gesellschaften – Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland, 2. Aufl. 2006, § 3 Rn. 61.

⁴⁵ EuGH vom 30.09.2003, Rs. C-167/01; Bucker, in: Hirte/Bucker, Grenzüberschreitende Gesellschaften – Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland, 2. Aufl. 2006, § 3 Rn. 61.

⁴⁶ A. a. O.

Friedrich-Asmus Matzen*

Die verdeckte Geschäftsführung ohne Auftrag und der irrende Dritte – Wertungswiderspruch?

Der folgende Beitrag untersucht die Verteilung des Irrtumsrisikos bei einer zufällig verdeckten Geschäftsführung ohne Auftrag und bringt deren Ergebnis in Übereinstimmung mit den in §§ 677 ff. und § 904 BGB vorzufindenden gesetzgeberischen Wertungen.

I. Einleitung

Die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) kann schwierige Rechtsfragen in Fallkonstellationen aufwerfen, in denen Dritte im Zuge der Geschäftsführung Schäden erleiden. Dies gilt insbesondere dann, wenn es bei einer verdeckten GoA am Verschulden der Beteiligten (Geschäftsherr, Geschäftsführer, Geschädigter) fehlt. In solchen Fällen kann es bei konsequenter Anwendung der h. L. dazu kommen, dass Dritten für im Rahmen einer GoA erlittene Schäden keine Ersatzansprüche zustehen. Dies wirft die Frage nach der wertungsmäßigen Richtigkeit bestimmter Risikoverteilungen – namentlich dem Risiko, eine verdeckte Geschäftsführung nicht als solche zu erkennen – im Rahmen der GoA auf.

Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden, wobei zunächst die Ausgangskonstellation an einem Beispielfall dargestellt werden soll (II.) und sodann die rechtliche Beurteilung dieses Falles nach der h. L. analysiert wird (III.). Anschließend werden die Ergebnisse der h. L. kritisch betrachtet (IV.), bevor ein Fazit gezogen wird (V.).

II. Beispielfall

Zur Veranschaulichung soll folgender Beispielfall dienen: Im Haus des verreisten E ereignet sich ein Wasserrohrbruch, durch den größere Mengen Wasser die Substanz des Hauses bedrohen. Der Nachbar K, ein Klempner, dringt daraufhin (ohne Schäden zu hinterlassen und bei der Einhaltung aller Sorgfaltspflichten) in das Haus des E ein und beginnt den Rohrbruch zu reparieren. Unterdessen betritt der Wachmann H, der vertraglich verpflichtet ist, für den Schutz des Hauses zu sorgen und Einbrecher abzuwehren, das Haus des E. Er verwechselt den K (ohne dass man ihm das vorwerfen könnte, denn K hat sich [seinerseits schuldlos] nicht zu erkennen gegeben, auch wäre er bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht als fürsorglicher Nachbar zu erkennen gewesen) mit einem Einbrecher. Bei dem Versuch des H, den vermeintlichen Einbrecher in die Flucht zu schlagen und aus dem Haus zu vertreiben, kommt es

zum Handgemenge. Dabei wird von H die Hose des K und von K die Brille des H beschädigt.

III. Rechtliche Bewertung nach der h. L.

Das Wertungsproblem wird erkennbar, wenn man die Ansprüche von K und H gegen einander sowie gegen den E untersucht. Es soll daher geprüft werden, ob

1. der K die übliche Vergütung für eine Klempnerstunde von E verlangen kann;
2. der K einen Schadensersatzanspruch wegen der Zerstörung seiner Hose gegen H hat;
3. der K den Schaden an seiner Hose von E ersetzt verlangen kann;
4. der H von K Ersatz für die beschädigte Brille verlangen kann;
5. der H von E Ersatz für die beschädigte Brille verlangen kann.

Es wird sodann ein kurzes Zwischenergebnis festgehalten.

1. Die Vergütung der Klempnerstunde

Der K könnte gegen E einen Anspruch auf die übliche Vergütung für eine Klempnerstunde gemäß §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB i. V. m. § 1835 III BGB (analog) haben. Dafür ist zunächst das Vorliegen einer echten berechtigten GoA erforderlich, was sich an § 683 S. 1 BGB bemisst.

Der K nimmt ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung eine Geschäftsführung (Reparatur des Wasserrohrbruchs) im Rahmen eines fremden Rechts- und Interessenkreises mit Fremdgeschäftsführungswillen vor. Die GoA des K ist auch berechtigt im Sinne von § 683 S. 1 BGB, weil die Behebung eines Wasserrohrbruchs objektiv nützlich und auch die Art und Weise der Ausführung nicht zu beanstanden ist (objektives Interesse) und dem mutmaßlichen Willen, auf den mangels wirklichen Willens zurückzugreifen ist¹ und welcher dem objektiven

* Stud. iur. an der Universität Hamburg.

¹ Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 36. Aufl. 2012, § 36 Rn. 27; Looschelders, Besonderes Schuldrecht, 7. Aufl. 2012, § 41 Rn. 860; Bamberger/Roth/Gehrlein, BGB, 3. Aufl. 2012, § 683 Rn. 3; Seiler, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 683 Rn. 8.

Interesse gleicht, entspricht.² Folglich steht K ein Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 670 BGB zu. Zu den Aufwendungen zählt nach h. M. in analoger Anwendung von § 1835 III BGB auch die Vergütung für Tätigkeiten des Geschäftsführers, die zu dessen Beruf oder Gewerbe zählen.³

Folglich kann K als Klempner gemäß §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB i. V. m. § 1835 III BGB (analog) die übliche Vergütung für eine Klempnerstunde von E verlangen.

2. Schadensersatzpflicht des H für die Beschädigung der Hose

Im Hinblick auf die beschädigte Hose des K kommt mangels vertraglicher Beziehung im Verhältnis K–H nur § 823 I BGB als Anspruchsgrundlage in Betracht. H hat die Hose des K bei dem Handgemenge beschädigt, es liegt eine Eigentumsverletzung vor. Diese war auch rechtswidrig, da H keine Rechtfertigungsnorm für seinen Angriff zur Seite steht: Weil die berechnete echte GoA nach h. M. ein Eingriffsrecht in den Besitz des Geschäftsherrn gibt⁴, lag zu keiner Zeit seitens K ein rechtswidriger Angriff oder eine rechtswidrige Besitzbeeinträchtigung vor, was aber zwingende Voraussetzung für die denkbaren Abwehrrechte (§§ 859, 860, 227 BGB) wäre. Selbst wenn man mit einer a. A.⁵ bei Eilfällen auch eine „übergesetzliche Kollisionsregel“ – ähnlich einer analogen Anwendung von § 34 StGB – in Erwägung zieht, so ändert dies aufgrund der im Rahmen dieser Kollisionsregel gebotenen Abwägung am Ergebnis nichts: Die erhaltenen bzw. geförderten Rechtsgüter (Eigentum mit großer Schadenswahrscheinlichkeit und -intensität) überwiegen das beeinträchtigte Rechtsgut des E (Besitz) bei weitem.

Dennoch scheitert der Anspruch aus § 823 I BGB am fehlenden Verschulden des H. Dieser handelte in Putativnothilfe bzw. Putativbesitzwehr, was jedenfalls den Vorsatz entfallen lässt.⁶ Da H auch nicht erkennen konnte, dass die von ihm angenommenen Rechtfertigungsgründe objektiv nicht vorlagen, scheidet auch fahrlässiges Handeln⁷ und damit ein Verschulden insgesamt aus. Aus einem Blick auf § 231 BGB ergibt sich zudem, dass bei vermeintlich ausgeübten Abwehrrechten – im Gegensatz zu irrtümlicher Selbsthilfe – gerade keine verschuldensunabhängige Haftung in Betracht kommt.

² Bamberger/Roth/Gehrlein, BGB, 3. Aufl. 2012, § 683 Rn. 3.

³ Beuthien, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2011, § 683 Rn. 11; Bergmann, in: Staudinger, BGB, Neub. 2006, § 683 Rn. 54 ff.

⁴ Z. B. Looschelders, Besonderes Schuldrecht, 7. Aufl. 2012, § 41 Rn. 866; Ennecerus/Lehmann, § 231 III 4; Bamberger/Roth/Fritzsche, BGB, 3. Aufl. 2012, § 858 Rn. 19; Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl. 2014, § 858 Rn. 6.

⁵ Wollschläger, Die Geschäftsführung ohne Auftrag: Theorie und Rechtsprechung, 1976, S. 274 ff.

⁶ Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 228 Rn. 12; BGH NJW 1976, 42.

⁷ RGZ 88, 118 (120); OGHZ 4, 99; BGH NJW 1987, 2509; Fahse, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2011, § 227 Rn. 49.

3. Schadensersatzpflicht des E für die Beschädigung der Hose

Der K kann für sogenannte risikotypische Begleitschäden seiner vorgenommenen GoA Ersatz vom Geschäftsherrn verlangen, § 683 S. 1 BGB i. V. m. § 670 BGB.⁸ Da es plausibel ist, dass man aufgrund des Eindringens – auch bei Beachtung aller Sorgfalts- und insbesondere Offenbarungspflichten – in ein fremdes Haus für einen Einbrecher gehalten werden kann, liegt es nahe, den so durch den Angriff des H entstandenen Schaden als risikotypischen Begleitschaden anzusehen. Der K kann also von E den Schaden an seiner Hose ersetzt verlangen.

4. Ersatzpflicht des K für die Beschädigung der Brille

Wie oben bereits dargelegt, handelte H bei seinem Angriff auf K rechtswidrig, da die Putativnothilfe bzw. Putativbesitzwehr keinen Rechtfertigungsgrund darstellt.⁹ Der aufgrund der GoA gerechtfertigte K übte folglich seinerseits Notwehr gegen den rechtswidrig angreifenden H aus und hat die Grenzen seines Notwehrrechts auch nicht überschritten. Er war mithin gerechtfertigt, eine Ersatzpflicht nach § 823 BGB scheidet aus. Andere Anspruchsgrundlagen sind im Verhältnis H–K nicht ersichtlich.

Hätte K die Verwechslung zu verantworten, würde dies zwar nichts an der Berechtigung der GoA ändern, könnte aber eine Schadensersatzhaftung gegenüber dem Geschäftsherrn aus §§ 280, 677 BGB auslösen, in deren Schutzbereich H einbezogen oder die Grundlage einer Drittschadensliquidation sein könnte. K ist hinsichtlich der Verwechslung aber kein Vorwurf zu machen, so dass sich auch hieraus keine Ersatzpflicht ergibt.

5. Ersatzpflicht des E für die Beschädigung der Brille

Damit bleibt zu fragen, ob H für die Beschädigung seiner Brille Ersatz von E verlangen kann. Der zwischen E und H bestehende Bewachungsvertrag ist regelmäßig als Dienstvertrag zu qualifizieren.¹⁰ Auch im Rahmen eines Dienstvertrages können erlittene Schäden im Rahmen eines Aufwendungsersatzes nach § 670 BGB (analog) zu ersetzen sein.¹¹ Insofern erscheint es als folgerichtig, den Schaden an der Brille des H über § 670 BGB als im Rahmen der Einbrecherabwehr erforderlichen „Aufwendungsschaden“ zu qualifizieren und dem E mittels einer Ausgleichspflicht aufzuerlegen.

⁸ BGHZ 38, 270 (277); BGHZ 38, 302 (304); 33, 251 (257); BGH LM BGB § 677 Nr. 14; RGZ 167, 85 (89); 98, 195 (199 f.); RG DR 1944, 287 (288).

⁹ Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 227 Rn. 12.

¹⁰ BGH NJW-RR 2000, 648 (649); Schönemann, Vertragstypen im Sicherheitsgewerbe, NJW 2003, 1689 (1690); Palandt/Sprau, BGB, 73. Aufl. 2014, Einf v § 631 Rn. 19.

¹¹ Palandt/Weidenkaff, BGB, 73. Aufl. 2014, § 611 Rn. 125.

Dem könnte aber der „Abgeltungsgedanke“ entgegenstehen. Dieser besagt, dass, sobald bestimmte zu erwartende Schäden von der Vergütung als zu erwartende Aufwendungen mit abgegolten sind, nicht wegen eben jener Schäden Aufwendungsersatz verlangt werden kann.¹² In diesem Sinne formuliert das BAG¹³:

„Für die Erfüllung seiner Arbeitspflicht erhält er [der Arbeitnehmer] vom Arbeitgeber die Vergütung. Mit normalen Schäden seiner Sachen bei der Arbeit muß der Arbeitnehmer ebenso rechnen wie mit dem natürlichen Verschleiß. Das gehört zur selbstverständlichen Einsatzpflicht bei der Arbeit. Sie ist durch die Vergütung mit abgegolten. Sachschäden des Arbeitnehmers, die „arbeitsadäquat“ sind, d. h. solche Sachschäden, mit denen nach der Art und der Natur des Betriebes oder nach der Art der Natur der Arbeit der Arbeitnehmer auch einmal rechnen muß, insbes. Schäden, die notwendig oder regelmäßig eintreten, sind im Arbeitsvertrag keine Aufwendungen im Sinne des § 670 BGB. [...] Das Gesagte gilt auch bei gefährlicher vom Arbeitnehmer übernommener Arbeit. Auch bei ihr und gerade bei ihr muß der Arbeitnehmer mit Schädigungen seines Eigentums rechnen. Auch hier gehört es zu seiner Arbeitspflicht, sein Eigentum, soweit erforderlich, mit einzusetzen. Mit dafür erhält er seine Vergütung.“

Der Gedanke, dass gerade bei gefährlicher Arbeit bestimmte Sachschäden selbst vom Arbeitnehmer (im vorliegenden Fall dem Dienstverpflichteten – die Argumentation ist insoweit direkt übertragbar) zu tragen sind, führt im vorliegenden Fall erst recht zu der Annahme, dass der H den Schaden an seiner Brille selbst zu tragen hat und er eben nicht von E Schadensersatz im Rahmen einer Aufwendung verlangen kann: Gerade weil H um die spezifische Gefahr, die von der Tätigkeit als Sicherheitskraft ausgeht, weiß bzw. um sie wissen muss, kann er nicht erwarten, dass die entsprechenden Schäden von E ersetzt werden. Diese Wertung wird auch vom BGH an anderer Stelle bekräftigt.¹⁴ In dem Fall ging es um die Frage der Ersatzpflicht von Schäden aufgrund einer Gefährdungshaftung eines mit einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung Beauftragten. Diese typischerweise mit der speziellen Geschäftsbesorgung verbundenen Risiken einer Gefährdungshaftung sind demnach als „Betriebsrisiko“ des Geschäftsbesorgers zu tragen, da er davon wusste und sich entsprechend hätte versichern können oder vertraglich sich deswegen hätte gegenüber seinem Vertragspartner sichern können.¹⁵ So steht es hier: Das Risiko, dass bei einem Handgemenge die Brille einer Si-

cherheitskraft beschädigt wird, ist durch die Tätigkeit als Sicherheitskraft unmittelbar bedingt und daher gleichsam „Betriebsrisiko“. Entsprechend hätte H sich versichern oder aber vertraglich die Ersetzung solcher Schäden regeln können.

Außerdem spricht für eine Abgeltung durch die Vergütung oder vielmehr gar einen konkludenten Ausschluss der Aufwendungspflicht für Sachschäden durch körperliche Auseinandersetzungen, dass für eine Sicherheitskraft regelmäßig ein Schädiger greifbar sein sollte: Macht die gewöhnliche Sicherheitskraft ihre Arbeit gut, so kann sie unter Umständen des Einbrechers habhaft werden und ihn später selbst auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Dass dies dem Geschädigten im vorliegenden Fall nicht zugute kommt, beruht auf der „verdeckten“ echten berechtigten GoA, die der Schädiger ausführte und die ihm als Rechtfertigungsgrund zur Seite steht.

Insoweit ist E aber auch keine Nebenpflichtverletzung anzulasten, so dass Schadensersatzansprüche aus §§ 280 I, 241 II BGB ebenfalls ausscheiden.

6. Zwischenfazit

Damit ist festzustellen, dass der H keinen Anspruch auf Ersatz des Schadens an seiner Brille hat.

IV. Kritische Würdigung

Die Tatsache, dass H nach der h. L. keinen Ersatz verlangen kann, während K den Ersatz seiner Aufwendungen (Schadensersatz und die übliche Vergütung für eine Klempnerstunde) und E die Reparatur seines Wasserrohrbruchs erhalten, gibt Anlass zu der Frage, ob diese Risikoverteilung tatsächlich angemessen ist.

1. Korrekturbedürftigkeit der Risikoverteilung

H erhält keinen Ersatz, weil einerseits das Verhalten des K nicht rechtswidrig ist (sondern sich im Rahmen einer echten berechtigten GoA hält), andererseits zwischen E und H eine Vergütung vertraglich vereinbart worden ist, über die hinaus E nicht in Anspruch genommen werden kann.

Weder die Ausführung der berechtigten GoA noch die mit E vereinbarte Vergütung kompensieren aber den Ausschluss des Ersatzanspruches. Von der Ausführung der GoA profitiert ohnehin nur E (und K, soweit man seinen Mehrumsatz berücksichtigt). Aber auch die von E geschuldete Vergütung kompensiert den Verlust des Anspruchs nicht. Das wird deutlich, wenn man sich vergleichsweise die Konstellation vor Augen führt, in der K für den E gegen dessen Willen tätig wird, also nicht als berechtigter Geschäftsführer ohne Auftrag handelt. In diesem Fall könnte H von K Ersatz verlangen, ohne dass K mit Erfolg einwenden könnte, H wäre bereits durch die von E geschuldete Vergütung hinreichend kompensiert.

¹² Palandt/Wiedenkaff, BGB, 73. Aufl. 2014, § 611 Rn. 125b; zum Arbeitsrecht: Preis in: Müller-Glöge/Schmidt/Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2013, § 611 BGB Rn. 553; vgl. ferner die Ausführungen des BAG in NJW 1962, 411 (414); Reichold, NZA 1994, 488 (490, 491).

¹³ BAG NJW 1962, 411 (415).

¹⁴ Vgl. BGH NJW 1985, 269 (269).

¹⁵ BGH NJW 1985, 269 (269).

Würde hingegen K aufgrund einer Beauftragung durch E tätig werden, wäre H – soweit ihn, wie hier, kein eigenes Verschulden am Irrtum trifft – nicht ohne Anspruch, weil dann entweder der E den H nicht hinreichend informiert oder der K sich nicht im Rahmen des Vereinbarten-Angekündigten gehalten hat. Die vertragliche Vergütung würde E auch in dieser Konstellation unabhängig davon schulden.

Korrekturbedürftig ist die Risikoverteilung deshalb dann, wenn sich nicht in der besonderen Konstellation, in der K als berechtigter Geschäftsführer ohne Auftrag handelt, ein diese Schlechterstellung des H rechtfertigender Grund findet. Der Zweck der Regelungen der GoA steht zwar nach wie vor zur Debatte.¹⁶ Dennoch wird man – auch wenn es nicht der statistische Hauptanwendungsfall ist¹⁷ – zumindest teilweise als Leitbild der GoA die altruistische Menschenhilfe unterstellen können.¹⁸ Sie ist mithin der gesetzliche (Teil-)Zweck der GoA. Doch dieser Zweck wird zumindest graduell ins Gegenteil verkehrt, wenn durch eine altruistische Menschenhilfe Dritte geschädigt und gerade deshalb in eine kompensationslose Lage gebracht werden, weil die Menschenhilfe altruistisch, vertragslos erfolgt.

2. Korrekturmöglichkeiten

Es ist also eine interessengerechte und der Wertung des Gesetzes entsprechende Verteilung des Risikos herzustellen, dass ein Dritter zu Schaden kommt, weil er unverschuldet einen als berechtigten Geschäftsführer ohne Auftrag Handelnden nicht als solchen erkennt.

a) Kein Risiko bei H

Aus der obigen Argumentation folgt, dass die Risikoverteilung im Rahmen einer GoA nicht dem Ergebnis der h. M. entsprechend zu Lasten des H, also des Geschädigten ausgehen darf. Das Risiko muss vielmehr bei Geschäftsführer oder Geschäftsherr der GoA zu lokalisieren sein.

b) Risiko bei K

Aufgrund der freien Entscheidung des K ist schon einleuchtend, dass er *alle* Konsequenzen dieser Entscheidung tragen soll – dies erst recht, wenn der gesetzgeberische Auftrag, fremdnützig zu handeln, welcher einziger Legitimationsgrund ist, mit Blick auf den Dritten unmittelbar fehlschlägt. Eine solche Wertung lässt sich zudem leicht aus der Pflicht des Geschäftsführers einer GoA herleiten, das Irrtumsrisiko bezüglich der Interessengemäßheit oder des Willens des Geschäftsherrn zu tragen: Ihm zusätzlich das Risiko eines Fehlschlages im Hin-

blick auf den Altruismus aufgrund zufälliger Irrtümer eines Dritten aufzubürden, belastet ihn nicht unverhältnismäßig und ist damit gedanklich „auf einer Linie“. Mit anderen Worten: Wenn man schon aus altruistischen Motiven in die Rechtssphäre von anderen eindringt, soll man im Ergebnis auch so umsichtig sein, dass *niemand* zu Schaden kommt.

c) Risiko bei E

Andererseits wäre es auch einleuchtend, dem E als Geschäftsherrn das Risiko aufzubürden, dass H sich über die Situation der berechtigten GoA irrt, schließlich würde so dem Begünstigten der GoA das Risiko eines altruistischen Fehlschlages aufgebürdet, er hätte also gleichsam die „Kosten“ seines Vorteils zu tragen. Mit anderen Worten: Wenn schon aus Altruismus für einen gehandelt wird, ist es gerechtfertigt den Vorteil zu „solidarisieren“, indem man unmittelbar damit verbundene Nachteile Dritter ausgleicht.

3. Methodische Umsetzbarkeit einer Korrektur

Es sind also die rechtstechnischen Möglichkeiten einer jeweiligen Korrektur zu erörtern und gegeneinander abzuwägen.

a) Korrektur über eine Analogie zu § 904 Satz 2 BGB

Zunächst bietet sich die Möglichkeit über eine analoge Anwendung von § 904 S. 2 BGB dem H einen Ausgleichsanspruch für die im Zusammenhang mit der GoA des K erbrachte Aufopferung zuzubilligen. So könnte man sowohl einen Anspruch des H gegen E als auch gegen K konstruieren.¹⁹

b) Korrigierende Auslegung des Interesse des Geschäftsherrn

Als zweite Möglichkeit kommt eine Korrektur im Zuge der Anwendung der §§ 677 ff. BGB in Betracht. Vor dem Hintergrund, dass die Interessengemäßheit im Hinblick auf den K und die Übereinstimmung mit dem mutmaßlichen Willen des E nicht von der Hand zu weisen (objektive Nützlichkeit der Handlungen des K bei Einhaltung aller Sorgfaltspflichten) und ihre Rechtsfolgen (Rechtfertigung der Eingriffshandlungen des K) zwingend sind, erscheint eine Korrektur insoweit zunächst überhaupt nur möglich, indem man die Interessengemäßheit korrigierend auslegt, sodass grundsätzlich Dritte, die im Lager des Geschäftsherrn stehen, nicht unangemessen benachteiligt werden können. Es darf daher eine Interessengemäßheit nur dann bejaht werden, wenn eine Benachteiligung Dritter ausgeschlossen ist.

¹⁶ Bergmann, in: Staudinger, BGB, Neub. 2006, Vor §§ 677 ff. Rn. 9.

¹⁷ Wollschläger, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, 1976, S. 24 ff.; Bergmann, in: Staudinger, BGB, Neub. 2006, Vor §§ 677 ff. Rn. 15.

¹⁸ Bergmann, in: Staudinger, BGB, Neub. 2006, Vor §§ 677 ff. Rn. 13 mit weiteren Nachweisen.

¹⁹ Nach h. M. ist Schuldner des Anspruches aus § 904 BGB der Schädiger, vgl. Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl. 2014, § 904 Rn. 5; Bamberger/Roth/Fritzsche, BGB, 3. Aufl. 2012, § 904 Rn. 20 f. und mit weiteren Nachweisen; die andere Ansicht sieht den Begünstigten der Handlung als Schuldner, vgl. Säcker, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 904 Rn. 18 und mit weiteren Nachweisen.

aa) Korrektur als Übernahmeverschulden

Dies könnte man so handhaben, dass diese konkrete Benachteiligung in einer ex-post-Betrachtung festgestellt werden muss, deren Feststellung schon die Übernahme der Geschäftsführung als rechtswidrig einstuft. Das hätte zur Folge, dass die GoA des Geschäftsherrn i. d. F. rechtswidrig wäre und würde im Ergebnis dazu führen, dass das Risiko einer vergleichbaren wie der oben dargestellten Entwicklung nur für den Fall seiner Realisierung auf den Geschäftsführer übertragen würde. Im Ergebnis trüge also der Geschäftsführer zusätzlich zu seinem eigenen das (unverschuldete) Irrtumsrisiko Dritter bei seiner GoA.

Der Geschäftsherr kann die GoA dann nachträglich selbstverständlich genehmigen, § 684 S. 2 BGB, und so seine Interessen wahren. Dies würde aber dem H natürlich nachträglich nicht seinen Schadensersatzanspruch gegen K nehmen, da dem K nur die Ansprüche aus § 683 S. 1 BGB zustehen. Eine volle Berechtigung in dem Sinne anzunehmen, dass die vor der Genehmigung berechtigte Nothilfe/Besitzwehr im Nachhinein rechtswidrig würde, wäre nicht mit dem soeben ausgeführten Zweck der GoA vereinbar und auch nicht mit dem Gedanken des Nothwehr-/Besitzwehrrechts, dass schlechterdings nachträglich entfallen kann.

bb) Korrektur als Ausführungsverschulden

Eine weitere Möglichkeit, das Ergebnis zu korrigieren, bietet sich, wenn man durch eine wertende Auslegung der Interessensgemäßheit ein Ausführungsverschulden seitens des K annimmt, § 677 BGB. Denn bei wertender Gesamtbetrachtung darf die Ausführung der GoA durch K weder dem Interesse des E noch dem des H widersprechen (vgl. soeben). Dann hätte E einen Anspruch aus § 677 BGB, aber keinen eigenen Schaden, so dass eine Drittschadensliquidation in Betracht kommt.

Damit könnte im Ergebnis E den Schaden des H geltend machen und müsste das Erhaltene an H herausgeben. Dazu könnte E aus dem Bewachungsvertrag verpflichtet sein.²⁰

c) Stellungnahme

Die letztgenannte Lösung hat den Vorzug, dass Ansprüche des der Geschäftsführer nicht „entrechtet“ wird und seine Ansprüche von der Genehmigung des Geschäftsherrn abhängen. Auch erscheint sie sachnäher zu der Systematik der §§ 677 ff. BGB, schließlich differenzieren diese nach Übernahme- und Ausführungsverschulden.

Zwar ist der Gedanke, dass der Begünstigte einer GoA deren „Kosten“ in Form von fehlgeschlagenem Altruismus tragen soll, einleuchtend. Er rechtfertigt aber nicht, K von den Konsequenzen seines Handelns zu befreien.

V. Fazit

Im Ergebnis kann also festgehalten werden, dass bei einer berechtigten GoA, die zu einem Schadenseintritt bei einem Dritten ohne Ersatzanspruch führt, der gerade auf einem – wie hier – der Ausführung der GoA immanenten Risiko beruht (quasi als risikotypischer Begleitschaden des Dritten), es nicht mit dem Zweck der Normen der GoA vereinbar ist, diese Kompensationslosigkeit hinzunehmen, sodass über eine korrigierende Auslegung der Interessensgemäßheit im Rahmen von § 683 S. 1 BGB eine Drittschadensliquidation zu ermöglichen ist – und so das eingangs besprochene Irrtumsrisiko, dass der Geschäftsführer nicht als solcher erkannt wird, auf diesen selbst übergeht, damit er die Risiken für Dritte seiner Handlungen selbst trägt.

²⁰ Vgl. Brox/Walker, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 36. Aufl. 2012, § 29 Rn. 16.

Sina Nienhaus*

Klausurrelevante Probleme der Manipulation von Organtransplantationsunterlagen

Der folgende Beitrag thematisiert die strafrechtliche Beurteilung der Manipulation von Organtransplantationsunterlagen durch einen Klinikarzt. Diese aktuelle Thematik wirft viele prüfungsrelevante Probleme des Allgemeinen Teils in Kombination mit den Urkunden- und Bestechungsdelikten auf.

* Rechtsreferendarin beim Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg.

I. Ausgangslage

Die Zuweisung von Spenderorganen erfolgt nach § 12 Transplantationsgesetz (TPG) über Eurotransplant als zentrale Vermittlungsstelle. Diese erstellt anhand bestimmter Parameter, welche den Gesundheitszustand und damit die Dringlichkeit einer Transplantation abbilden, eine Rangfolge der bedürftigen Patienten. Für

den Fall der besonders relevanten Lebertransplantationen ist dabei der so genannte MELD-Score („Model End Stage Liver Disease“) ausschlaggebend. Dies wird durch Richtlinien der Bundesärztekammer, zu deren Erlass sie nach § 16 I 1 Nr. 5 TPG ermächtigt ist, medizinisch konkretisiert. Die Vergabe von Organen erfolgt dabei über das Standardverfahren, welches ein durch verschiedene Kriterien bestimmtes Rangsystem darstellt. Daneben ist auch die Vergabe nach einem beschleunigten Verfahren möglich, wenn aufgrund medizinischer Erfordernisse eine möglichst orts- und zeitnahe Transplantation geboten ist. Der prozentuale Anteil dieser Fälle ist in den letzten Jahren stark angestiegen.

Juristisch spannend ist die Frage, inwiefern sich ein leitender Transplantationsmediziner strafbar macht, der wiederholt die Krankenakten eigener Patienten, welche ein Spenderorgan benötigten, auf verschiedenen Wegen manipuliert, um eine schnellere Zuteilung eines solchen Organs im Wege des Standardverfahrens zu erreichen. Dazu fälscht er Laborwerte und täuscht durch das Verändern oder Erfinden von Dialyseprotokollen Nierenschädigungen vor. Aufgrund der Weiterleitung der manipulierten Krankenakten werden die Patienten dieses Arztes weit oben in der Rangliste eingestuft oder holen einige Plätze auf, wodurch andere transplantationsbedürftige Patienten von ihrem bisherigen Rang verdrängt werden.

Ein verdrängter Patient fällt von Rang 2 auf Rang 3 und verstirbt, da er nicht rechtzeitig ein Spenderorgan erhalten hat. Hier kommt vor allem eine Strafbarkeit nach den Tötungsdelikten in Betracht.

Daneben ist die Frage interessant, inwiefern sich der Arzt strafbar macht, wenn ihm ein kranker Patient, der nicht länger warten will, 15.000 € für eine entsprechende Manipulation anbietet und der Mediziner diesem überraschenden Angebot nicht widerstehen kann.

II. Strafbarkeit im Rahmen der Tötungsdelikte

1. Vorsätzliches vollendetes Tötungsdelikt: § 212 StGB

Der Arzt könnte sich der vorsätzlichen Tötung gegenüber dem verdrängten Patienten strafbar gemacht haben, indem er die Akten seiner eigenen Patienten manipulierte und diese aufgrund ihres höheren MELD-Scores andere Organspendekandidaten von ihrem bisherigen Platz verdrängten und ein Patient alsbald verstarb.

a) Erfolg

Der tatbestandsmäßige Erfolg ist durch den Tod des verdrängten Patienten eingetreten.

b) Handlung

Der Erfolg müsste durch eine Handlung des Transplantationsmediziners eingetreten sein. Dieser manipuliert

die Akten zu Gunsten seines eigenen Patienten und übermittelte die Daten an Eurotransplant. So wurde ein „ranghöherer“ Patient auf der Warteliste unmittelbar durch den Patienten des Mediziners von seinem Listenplatz verdrängt und Eurotransplant verweigerte ihm die Chance, ein Organ zu erhalten, obwohl er ursprünglich berechtigt¹ gewesen wäre.

Fraglich erscheint, ob der Manipulationsvorgang eine aktive Handlung oder ein Unterlassen darstellt. Letzteres würde dazu führen, dass ein unechtes Unterlassungsdelikt vorliegt, welches wiederum eine Garantenstellung des Mediziners gegenüber dem verstorbenen Patienten voraussetzt. Nach einer Auffassung stelle die Aktenmanipulation grundsätzlich eine aktive Handlung dar; diese führe jedoch zu der Verweigerung der Zuteilung eines Organs. Darin sei ein Unterlassen mittels eines Werkzeugs – Eurotransplant – zu sehen.² Diese Konstellation wird bisher wenig diskutiert und es ist nicht geklärt, ob dies für den mittelbaren Täter als Tun oder Unterlassen zu werten ist.

Nach einer weiteren Auffassung ist in der Manipulation der Krankenakten eine „Störung rettender Kausalverläufe“ zu sehen. Danach haftet derjenige für positives Tun, der die Rettungsmöglichkeit eines anderen vernichtet.³

Für die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen ist nach h.A. der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit maßgeblich.⁴ Vorliegend ist das Unrecht in der Manipulation der Krankenakten und damit in der aktiven Handlung zu sehen. Danach liegt ein aktives Tun und kein Unterlassen vor.

Es kommen alle Meinungen letztlich zu demselben Ergebnis, dass eine aktive Handlung anzunehmen ist. Somit kann ein Streitentscheid offen bleiben. Die Begründung einer Garantenstellung des behandelnden Arztes ist nicht nötig.

Hinweis: An dieser Stelle könnte noch problematisiert werden, ob durch die Manipulation überhaupt in eine zurechenbare strafrechtlich geschützte Rechtsposition eingegriffen wurde. Erörterungswürdig erscheint, dass sich weder aus dem TPG noch aus der Schutzdimension des Art. 2 II GG eine rechtliche Verpflichtung für Eurotransplant ergibt, das Organ einer bestimmten Person zuzuteilen. So beinhaltet Art. 2 II GG ein Recht auf

¹ Zum Rechtsanspruch *Rissing-van Saan*, Der sog. „Transplantationskandal“ – eine strafrechtliche Zwischenbilanz, NSTZ 2014, 233 (242 f.) m. w. N.

² *Schroth*, Die strafrechtliche Beurteilung der Manipulationen bei der Leberallokation, NSTZ 2013, 437 (443); krit. Würdigung *Rissing-van Saan*, NSTZ 2014, 233 (242).

³ *Kudlich*, Die strafrechtliche Aufarbeitung des „Organspende-Skandals“, NJW 2013, 917 (918); *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorbem §§ 13 ff. Rn. 159 m. w. N.

⁴ *Wohlers/Gaede*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 13 Rn. 7 m. w. N.

Krankenbehandlung, das der Staat absichern muss, aber kein Recht auf Zuteilung eines Organs im Rahmen einer Krankenbehandlung.⁵

c) Kausalität

Die Manipulation der Krankenakten müsste ferner kausal i.S. der *conditio sine qua non*-Formel sein und müsste den Tod des ursprünglich „ranghöheren“ Patienten in objektiv zurechenbarer Weise verursacht haben.

aa) *Conditio sine qua non*-Formel

Hätte der Mediziner die Aktenmanipulation nicht vorgenommen, hätte der verstorbene Patient das Organ erhalten. Dies lässt jedoch noch keine Aussage darüber zu, ob auch der Todeserfolg ausgeblieben wäre.⁶ Die nicht völlig unwahrscheinliche Abstoßung des fremden Spenderorgans oder die Möglichkeit, dass der „Unbekannte“ ein anderes Organ erhalten hätte („hypothetische Ersatzkausalität“), verhindern den forensischen Nachweis der Kausalität der Manipulationshandlung für den Tod eines anderen.⁷ So muss bei nicht hinreichender Sicherheit der Feststellung der Kausalität nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* zu Gunsten des Mediziners ein Kausalzusammenhang zwischen der widerrechtlichen Manipulation und dem Todeserfolg abgelehnt werden.⁸

Daneben führt selbst die Annahme, der Tatbestand des Totschlags sei bereits dann erfüllt, wenn durch die pflichtwidrige Handlung die Lebenserwartung nur um eine nicht messbare kurze Zeitspanne verkürzt werde,⁹ zu keinem abweichenden Ergebnis. So muss auch hier die Handlung für die Verkürzung der Lebenserwartung kausal sein. Diese Voraussetzung liegt hier wie dargestellt nicht vor.

bb) *Hilfsgutachten: Objektive Zurechnung*

Sollte die Kausalität dennoch bejaht werden, was durchaus vertretbar ist¹⁰, stellt sich auf Ebene der objektiven Zurechnung eine neue Problematik. Danach muss der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen haben, welche sich im konkreten Erfolg realisiert hat. So könnte die Zurechnung des Todeseintritts dem Schutzzweck der Vergaberegeln widersprechen. Dies ist der Fall, wenn sich die Verwirklichung des tatbestandlichen Erfolgs als

bloßer Schutzreflex der Sorgfaltspflicht darstellt.¹¹ Nach einer Ansicht dienen die Vergaberegeln ausschließlich der Verteilungsgerechtigkeit und enthielten kein subjektives Zuteilungsrecht für den einzelnen Patienten.¹² Daher werde auch bei einer Manipulation keine den Schutz einzelner Personen bezweckender Norm verletzt.¹³ Dies wird zu Recht kritisch gesehen.¹⁴

Darüber hinaus ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Platzierung auf einer Warteliste mit einer Reihe weiterer Unsicherheiten verbunden ist. So besteht immer die Gefahr von der eigenen akuten Verschlechterung des Gesundheitszustands, bevor durch eine Listenkorrektur reagiert werden kann, bis zum „Überholtwerden“ von neuen Patienten oder von solchen, deren Gesundheitszustand sich verschlechtert. Daher kann auch das gängige Vergabeverfahren nicht mit hinreichender Sicherheit die Chance einer späteren Organzuteilung gewährleisten.¹⁵ Somit ist der objektive Tatbestand jedenfalls mangels objektiver Zurechnung nicht erfüllt.

d) Ergebnis zu den vorsätzlichen vollendeten Tötungsdelikten

Der Transplantationsmediziner hat sich nicht der vorsätzlichen Tötung zu Lasten ursprünglich „ranghöherer“ Patienten strafbar gemacht.

2. Versuchtes Tötungsdelikt: §§ 212, 22, 23 I StGB zu Lasten des ursprünglich „ranghöheren“ Patienten

Der Transplantationsmediziner könnte sich jedoch des versuchten Totschlags zu Lasten des verstorbenen Patienten strafbar gemacht haben. So könnte er den Tod eines Patienten zumindest billigend in Kauf genommen haben, dessen tatsächlicher (und kausal verursachter) Eintritt im Einzelfall aber unbeweisbar bleibt.

a) Vorprüfung

Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus der Verbrechensnatur des Totschlags (§ 212 StGB i. V. m. §§ 23 I, 12 I StGB). Mangels Kausalität bzw. objektiver Zurechnung liegt kein vollendetes Delikt vor.

b) Tatentschluss

Der behandelnde Arzt müsste einen Tatentschluss gefasst haben. Dies setzt voraus, dass er Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale hatte.

⁵ Schroth, NStZ 2013, 437 (443 f.); Rissing-van Saan, NStZ 2014, 233 (242 f.).

⁶ Zur Problematik der Identitätsbestimmung die für die Kausalität zwingend erforderlich ist: Verrel, in: Lilie/Rosenau/Hakeri (Hrsg.), Organtransplantation, 2011, S. 181 (184).

⁷ Schroth, NStZ 2013, 437 (442); zur Opferwahlfeststellung Böse, OLG Braunschweig vom 20.3.2013 – Ws 49/13 – Zum versuchten Totschlag durch Manipulation der Zuteilung von Spenderorganen, ZJS 2014, 117 (118).

⁸ Sommer/Tsambikakis, in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 87 m. w. N.

⁹ Sommer/Tsambikakis, in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, § 3 Rn. 89; Knauer/Brose, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2011, § 212 Rn. 13 m. w. N.

¹⁰ Rissing-van Saan, NStZ 2014, 233 (241).

¹¹ Bülte, Anmerkung zum Beschluss des OLG Braunschweig vom 20.03.2013 (Ws 49/13, StV 2013, 749) – Zur Manipulation der Zuteilungsreihenfolge im Rahmen der Organspende, StV 2013, 753 (755); Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 86.

¹² Bader, Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 295 ff.

¹³ Bülte, StV 2013, 753 (755).

¹⁴ Instruktiv Böse, ZJS 2014, 117 (120).

¹⁵ Kudlich, NJW 2013, 917 (918) m. w. N.; krit. Rissing-van Saan, NStZ 2014, 233 (241); zu statistischen Werten aus dem wirklichen „Organspendeskandal“ SZ vom 23.08.2013 online abrufbar unter: <http://sz.de/1.1753655>.

aa) Dolus Directus zweiten Grades: Wissentlichkeit

Der Arzt könnte mit Dolus Directus zweiten Grades gehandelt haben. Dieser liegt vor, wenn der Täter sicher weiß, dass sein Verhalten die Merkmale eines Straftatbestandes erfüllen wird.¹⁶ Ein Arzt, der Krankenakten manipuliert, um ein Organ für seinen Patienten zu erhalten, erkennt sicherlich die Beeinträchtigung einer Genesungsmöglichkeit eines anderen; er wird aber nicht davon ausgehen, dass er durch sein Handeln fremdes Leben zerstört. Das Erkennen einer Gesundheitsgefahr für einen unbekanntem Kranken, deren Intensität und Qualität er gar nicht hinreichend einschätzen kann, begründet möglicherweise einen Gefährdungs-, nicht jedoch einen Verletzungsvorsatz.¹⁷

bb) Dolus Eventualis: Bedingter Vorsatz

Der Mediziner könnte jedoch mit Dolus Eventualis gehandelt haben. Bedingt vorsätzlich handelt, wer den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt, ferner ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet.¹⁸

Nach ständiger Rechtsprechung wird vertreten, dass vor dem Tötungsvorsatz eine viel höhere Hemmschwelle steht als vor dem bloßen Gefährdungsvorsatz.¹⁹ Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass der Täter Arzt ist und daher grundsätzlich unterstellt wird, dass das Wohl der Patienten für ihn im Vordergrund steht.²⁰ Daher sind zur Feststellung einer vorsätzlichen Schädigung von Leib oder Gesundheit eines Menschen noch höhere Hürden zu überwinden, weil derartige Handlungen eines Arztes zum Nachteil von Patienten nach der Lebenserfahrung regelmäßig die Ausnahme darstellen dürften.²¹

Diese Sorge um den eigenen Patienten wird von Rechtsprechung und Literatur konträr gedeutet. Wie im Folgenden dargestellt, sieht die Rechtsprechung darin vor allem ein vorsatzbegründendes Element, da die Sorge gleichzeitig mit der Gleichgültigkeit gegenüber dem benachteiligten unbekanntem Patienten einhergehe. Für die Literatur hingegen bedeutet es ein alle anderen Emotionen und Motivationen verdrängendes Kriterium, so dass eine billigende Inkaufnahme ausscheidet.

¹⁶ Joecks, in: MüKo, StGB, 2. Aufl. 2011, § 16 Rn. 25.

¹⁷ Schroth, NStZ 2013, 437 (442).

¹⁸ Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 15 Rn. 9af. m. w. N.

¹⁹ Vgl. nur BGH NStZ 1983, 407; NJW 2012, 1524; allerdings möglicher Wandel der Rechtsprechung: BGH NStZ 2012, 384 (386); kritisch. auch Puppe, Tötungsvorsatz und Affekt – Über die neue Rechtsprechung des BGH zum dolus eventualis in Bezug auf den möglichen Todeserfolg bei offensichtlich lebensgefährlichen Gewalthandlungen, NStZ 2014, 183 (184f.).

²⁰ OLG Braunschweig vom 20.03.2013 – Ws 49/13 Rn. 37, 45.

²¹ Vgl. BGHSt 56, 277; OLG Braunschweig vom 20.03.2013 – Ws 49/13 = NStZ 2013, 593 (595).

(1) Rechtsprechung

Hinsichtlich des Wissenselements kann zunächst festgestellt werden, dass es bei der Manipulation der Wartelistenrangfolge nahezu zwingend zu Verzögerungen für die anderen Wartenden kommt. Diese Tatsache ist für jeden, insbesondere einen Transplantationsmediziner, klar erkennbar.²² Nun müsste dem Mediziner auch weiterhin bewusst gewesen sein, dass diese Verzögerung zu einer unmittelbaren Todesgefahr für die „Übergangenen“ führen kann. Nach dem „MELD-Score“-System werden vorrangig diejenigen Patienten berücksichtigt, die ohne Transplantation unmittelbar vom Tod bedroht sind. Für diese Patienten kann jede noch so geringe Verzögerung der Transplantation eine lebensverkürzende Wirkung entfalten. Da ein Transplantationsarzt mit dem Vergabesystem des MELD-Scores vertraut ist, weiß er auch um die lebensverkürzende Wirkung („sachgedankliches Mitbewusstsein“²³).

Daneben muss auch das voluntative Element für die Annahme eines bedingten Vorsatzes vorliegen. Nach Ansicht der Rechtsprechung werde dies bereits durch die Sorge um die eigenen Patienten indiziert. Die Hemmschwellentheorie greife gerade nicht, weil es hier nicht um eine Tötung eigener Patienten gehe, sondern um fremde und zudem anonyme Menschen. Die hemmschwellenbegründende Situation, nämlich der direkte persönliche Kontakt mit einem Individuum, liege daher gerade nicht vor. Vielmehr werde die Hemmschwelle aufgrund der Anonymität („Gesichtslosigkeit möglicher Opfer“) noch herabgesenkt. Darüber hinaus stelle die Sorge aufgrund der Organknappheit ein vorsatzbegründendes Element dar. Denn hier begründe die Nähe zum eigenen Patienten ein von Mitgefühl getragenes Engagement auf der einen Seite, während auf der anderen Seite nur ein Rangplatz auf der Warteliste stehe, hinter dem sich ein anonymes nur durch eine Nummer individualisierbarer Mensch verberge, an dessen Schicksal kein Anteil genommen werde.²⁴

Schließlich könne aufgrund der Unwägbarkeiten des Vergabeprozesses, welche zu erneuten weiteren Verzögerungen führen können, auch nicht von einem vorsatzausschließenden Vertrauen auf das Ausbleiben der schweren Folgen geschlossen werden.²⁵ Der Mediziner handelte danach vorsätzlich.

(2) Literatur

Die Literaturmeinung sieht hingegen in der Sorge des Arztes um seine Patienten gerade ein vorsatzverneinendes Argument.²⁶ So sehe zwar ein Arzt, der Kranken-

²² OLG Braunschweig vom 20.03.2013 – Ws 49/13 = NStZ 2013, 593.

²³ Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 15 Rn. 4.

²⁴ OLG Braunschweig, a. a. O., Rn. 45.

²⁵ OLG Braunschweig, a. a. O., Rn. 48.

²⁶ Bülte, StV 2013, 753; Schroth, NStZ 2013, 437 (442ff.); siehe auch

akten manipuliert, um ein Organ für seinen Patienten zu erhalten, die abstrakte Möglichkeit der Beeinträchtigung der Genesung eines anderen Wartelistenpatienten, er werde jedoch auch aufgrund der zahlreichen Unwägbarkeiten des Vergabeverfahrens – so werden Organe unter bestimmten Umständen nicht nur an *high urgency* Patienten verteilt und es gibt die Möglichkeit des beschleunigten Verfahrens – nicht davon ausgehen, dass seine Handlung fremdes Leben zerstöre. Hinzu komme die Sorge um das Wohl des eigenen Patienten, die andere unbekannte Patienten aus dem Motivationsgefüge des Arztes völlig verdränge und nicht automatisch eine Billigung des Eintritts des Erfolges bei anderen impliziere. So könne insbesondere die derzeit nicht seltene Nutzung des beschleunigten Verfahrens ein Vertrauen beim manipulierenden Arzt begründen, dass ein eventuell benachteiligter Patient noch ein Organ erhält.

Auch die Annahme des Vorliegens und einen bedingten Vorsatz begründender absoluter Gleichgültigkeit überzeuge nicht, da diese voraussetzt, dass auch sicheres Wissen den Täter nicht abgehalten hätte.²⁷ In einem derartigen Fall ist dem Arzt jedoch sowohl die Identität als auch die genaue Krankensituation eines möglicherweise Geschädigten unbekannt. Nicht zuletzt wollen Ärzte Leben retten und nicht zerstören.²⁸

(3) Stellungnahme

Letztlich erscheint es entscheidend, wie der Begriff „billigend in Kauf nehmen“ zu verstehen ist. So stellte der BGH fest, dass unter „billigend in Kauf nehmen“ nicht das Billigen im alltagssprachlichen Sinne zu verstehen sei, sondern ein „Billigen im Rechtssinne“, das dann vorliege, wenn der Täter den Erfolg für den Fall wolle, dass er „anders sein Ziel nicht erreichen kann“.²⁹ Die Bestimmung des Begriffs bleibt dennoch schwierig und ist von zahlreichen Einzelfallentscheidungen geprägt.³⁰ Fest steht lediglich, dass diese Formel nicht bedeutet, dass der Täter den Erfolg gewünscht hat, dass er ihm gegenüber gleichgültig eingestellt gewesen ist oder im natürlichen Sinne des Wortes gebilligt hat. Es genügt aber auch nicht, dass ihm der Vorwurf der Gleichgültigkeit in einem normativen Sinne gemacht werden kann, weil er sich durch die Erkenntnis einer großen Gefahr der Erfolgsverursachung nicht von seinem Handeln hat abbringen lassen.³¹ Schließlich sind bei der Beurteilung über das Vorliegen

eines Eventualvorsatzes auch die Motivation und Täterpersönlichkeit zu berücksichtigen.³²

Diesbezüglich ist der Arzt in der Regel davon angetrieben, nur das Beste für seine Patienten zu wollen. Auch aus der Tatsache, dass er als Transplantationsmediziner das Vergabeverfahren kennt und er daher wohl auch eine grundsätzliche Vorstellung über mögliche Konsequenzen einer Manipulation eigener Akten für die anderen auf der Warteliste haben könnte, ist nicht zwingend vorsatzbegründend.

So setzt die „billigende Inkaufnahme“ zumindest voraus, dass der Täter einen möglichen Todeserfolg überhaupt erkannt, sich mit diesem grundlegend auseinandergesetzt und diesen „ins Bewusstsein“ aufgenommen hat.³³ Aus dem grundsätzlichen Wissen ist also nicht automatisch die bewusste Inkaufnahme zu folgern.³⁴ Hier ist letztlich der Einzelfall entscheidend. I.S. des *in dubio pro reo*-Grundsatzes müsste dem Mediziner unterstellt werden, dass das leitende Motiv die Hilfe der eigenen Patienten war und er die möglichen Folgen bei einer Weitergabe der manipulierten Akten an Eurotransplant nicht in seine Überlegungen mit einbezogen hat.

Der Mediziner handelte somit nicht vorsätzlich.

3. Fahrlässiges Tötungsdelikt: § 222 StGB

Der Transplantationsmediziner könnte sich weiterhin der fahrlässigen Tötung nach § 222 StGB strafbar gemacht haben. Eine Zurechnung scheidet jedoch ebenfalls aufgrund der Kausalitätsproblematik aus. So reicht insbesondere die bloße Erhöhung des Gesundheitsgefährdungsrisikos für einen unbekanntem Schwerkranken durch manipulierte Nicht-Zuteilung eines Organs zur Begründung nicht aus.³⁵

4. Ergebnis

Der Transplantationsmediziner hat sich nach hier vertretener Auffassung keines Tötungsdelikts strafbar gemacht.

5. Alternative Prüfung bei Bejahung des Vorsatzes

Bei einer Bejahung des Vorsatzes müssten im Rahmen der Versuchsstrafbarkeit folgende Überlegungen zum Unmittelbaren Ansetzen angestellt werden.

Kudlich, NJW 2013, 917 (918 f.); kritisch *Rissing-van Saan*, NSTZ 2014, 233 (242).

²⁷ *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1964, S. 186 ff.

²⁸ *Schroth*, NSTZ 2013, 437 (442 f.); krit. wiederum *Rissing-van Saan*, NSTZ 2014, 233 (242).

²⁹ BGHSt 7, 363 (369).

³⁰ Vgl. nur Übersicht von *Schneider*, in: MüKo, StGB, 2. Aufl. 2012, § 212 Rn. 15–51.

³¹ *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 15 Rn. 31.

³² BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 39.

³³ Vgl. BGH vom 08.05.2001 – 1 StR 137/01 Rn. 9 = NSTZ 2001, 475.

³⁴ BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 14 Rn. 9.

³⁵ Gegen die Risikoerhöhungslehre etwa BGHSt 11, 1; 33, 61; *Jakobs*, StrafR Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 7/98 ff.; dagegen Anhänger der Risikoerhöhungstheorie *Roxin*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 90; u. a. auch *Ebert/Kühl*, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, 561 (572 f.); *Kretschmer*, Das Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 2000, 267 (274 f.).

a) Tatbestand

Der zur Tat entschlossene Transplantationsmediziner müsste auch unmittelbar zur Tathandlung angesetzt haben. Darunter ist jede Handlung zu verstehen, die nach der Vorstellung des Täters der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals unmittelbar vorgelagert ist und im Falle ungestörten Fortgangs ohne Zwischenakte in die Tatbestandshandlung unmittelbar einmünden soll.³⁶ Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, weil jede falsch gemeldete Dialyse eine Organzuteilung an den eigenen Patienten bewirken sollte, damit unmittelbar die Todesgefahr für die anderen (fremdem) Patienten begründet wurde und insoweit der weitere Verlauf und Ausgang für den Arzt nicht mehr steuerbar und auch nicht mehr rückgängig zu machen war.³⁷

b) Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe

Schließlich dürften keine Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe vorliegen.

aa) Rechtfertigungsgrund aus § 32 StGB

Zur Rechtfertigung führt das OLG Braunschweig³⁸ wie folgt aus. „Eine Rechtfertigung wegen Nothilfe gem. § 32 StGB scheidet aus, weil die anderen Patienten trotz der auf der Organknappheit beruhenden Konkurrenzsituation keine Angreifer der vom Beschuldigten behandelten Patienten sind. Dass Patienten mit einem MELD-Score von 40 in der Regel eine deutlich höhere Sterblichkeit nach der Transplantation haben als Patienten mit einem geringeren Zuteilungswert, rechtfertigt, auch wenn das Zuwarten die Chancen der eigenen Patienten auf ein Überleben der Erkrankung deutlich verschlechtert, schon deshalb keine Eingriffe in das Verteilungssystem, weil das Leben des Menschen nach dem Grundsatz des absoluten Lebensschutzes in jeder Phase ohne Rücksicht auf die verbliebene Lebenserwartung den ungeteilten Schutz der Rechtsordnung genießt.“³⁹

bb) Rechtfertigungsgrund aus § 34 StGB

Der rechtfertigende Notstand nach § 34 StGB scheidet nach h.A. aufgrund der Gleichwertigkeit der betroffenen Rechtsgüter aus.⁴⁰ Die Manipulationen waren auch nicht durch eine etwaige Pflichtenkollision gerechtfertigt. Der Arzt ist nicht zu einer Rettung seiner Patienten um jeden Preis, insbesondere nicht unter Verletzung der Vergabevorschriften zur Manipulation der Patientendaten,

³⁶ Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 22 Rn. 10f. m. w. N.

³⁷ Zur Problematik des genauen Zeitpunkts: *Rissing-van Saan*, NStZ 2014, 233 (243).

³⁸ OLG Braunschweig, a. a. O., Rn. 52.

³⁹ Vgl. BGHSt 21, 59 (61); *Jähnke*, in: Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl. 2005, Vor § 211 Rn. 5.

⁴⁰ BGHSt 48, 255 (257); kritisch allerdings *Oğlakcioğlu*, Aus aktuellem Anlass: Zum strafbaren Handeltreiben mit Organen gem. §§ 17, 18 TPG, HRRS 2012, 381 Fn. 12, da nicht unmittelbare Tötung durch die Manipulation der Listen bewirkt, sondern „nur“ eine „schleichende“ Verschlechterung des gesundheitlichen Zustands in Kauf genommen werde.

verpflichtet. Ebenfalls ist eine hypothetisch unterstellte mögliche ähnliche Manipulation auch anderer oder aller tätigen Transplanteure als Rechtfertigung nicht geeignet, weil es keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht gibt.⁴¹

cc) Entschuldigungsgrund aus § 35 StGB

Da es sich bei den durch die Manipulation begünstigten Patienten nicht um dem Beschuldigten nahestehende Personen handelte, scheidet ein entschuldigender Notstand gem. § 35 StGB aus.

dd) Ergebnis zur Rechtswidrigkeit und Schuld c)

Es liegen keine Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe vor. Der Arzt handelte rechtswidrig und schuldhaft.

c) Ergebnis

Der Transplantationsmediziner hat sich nach dieser Ansicht des versuchten Totschlags nach §§ 212 I, 22, 23 I StGB strafbar gemacht.

III. Urkundendelikte**1. Urkundenfälschung: § 267 StGB**

Der behandelnde Arzt könnte sich der Urkundenfälschung strafbar gemacht haben, indem er die Krankenakten mit falschem Inhalt angelegt hat. Dabei ist es unstritten, ob es sich bei einer Krankenakte überhaupt um eine Gesamturkunde handelt.⁴² Der Streit kann jedoch offen bleiben, wenn bereits keine tatbestandsmäßige Handlung vorliegt. Die Urkundenfälschung durch den Aussteller setzt voraus, dass er Teile entfernt, löscht oder verändert, nachdem er die Dispositionsbefugnis über das Dokument verloren hat.⁴³ Die inhaltliche Wahrheit wird gerade nicht von § 267 StGB umfasst.⁴⁴ Der Arzt legt vorliegend jedoch bereits die Krankenakten falsch an. Er hat sich damit nicht nach § 267 StGB strafbar gemacht.

2. Fälschung technischer Aufzeichnungen: § 268 I Nr. 1 StGB

Der Arzt könnte sich jedoch nach § 268 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Dialyseprotokolle nachträglich veränderte. Bei Dialyseprotokollen handelt es sich um technische Aufzeichnungen i. S. d. § 268 II StGB. Das Schutzgut des § 268 StGB ist die Zuverlässigkeit der selbständigen Arbeitsweise des funktionstüchtigen und ordnungsgemäß vorbereiteten Geräts („Garantiefunktion“).⁴⁵ Durch seine Handlung verletzt der Arzt genau dieses Gut. Die übrigen Tatbestands-

⁴¹ LG Braunschweig vom 11.02.2013 – 9 Qs 20/13 Rn. 40.

⁴² Vgl. *Weidemann*, in: Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, Stand 22.07.2013, § 267 Rn. 13.1 m. w. N.

⁴³ Vgl. *Schuhr*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2011, § 267 Rn. 35.

⁴⁴ *Erb*, in: MüKo, StGB, 2. Aufl. 2014, § 267 Rn. 9 a. E.

⁴⁵ *Schuhr*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2011, § 268 Rn. 5.

voraussetzungen liegen vor. Der Arzt handelte zudem rechtswidrig und schuldhaft (s. o.). Eine Strafbarkeit nach § 268 I Nr. 1 StGB ist im Ergebnis zu bejahen.

3. Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse: § 278 StGB

Der Transplantationsmediziner könnte sich zudem nach § 278 StGB strafbar gemacht haben, indem er unrichtige Krankenakten an Eurotransplant übermittelt hat. Er müsste ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen zum Gebrauch bei einer Behörde wider besseres Wissen ausgestellt haben.

Gesundheitszeugnisse sind Urkunden mit Tatsachenaussagen über den Gesundheitszustand eines lebenden Menschen. Dazu gehören auch Krankenakten.⁴⁶ Im Gegensatz zu § 267 umfasst § 278 StGB auch die schriftliche Lüge. Die Übermittlung von vornherein falsch angelegter Akten ist somit tatbestandsmäßig.

Fraglich ist jedoch, ob es sich bei Eurotransplant auch um eine Behörde i. S. d. §§ 278, 11 Nr. 7 StGB handelt. Eurotransplant ist eine privat gegründete, gemeinnützige Stiftung nach niederländischem Recht mit Sitz in den Niederlanden, welche ermächtigt ist, die Verteilungskriterien von Organen zu gewichten und Vermittlungsentscheidungen im Einzelfall – mit eigenem Ermessen – zu treffen. Eurotransplant muss gemäß § 12 III TPG nach Regeln vermitteln, die dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechen.

Auch ausländische Institutionen sind über § 278 StGB geschützt. Dies allerdings nur dann, wenn sie Behörden sind.⁴⁷ Nach h. M. wird der Begriff der Behörde definiert als „ständiges, von der Person des Inhabers unabhängiges, in das Gefüge der öffentlichen Verwaltung eingeordnetes Organ der Staatsgewalt mit der Aufgabe, unter öffentlicher Autorität nach eigener Entschließung für Staatszwecke tätig zu sein.“⁴⁸ Eurotransplant müsste somit hoheitlich tätig werden. Dies wäre der Fall, wenn ihr Hoheitsrechte, also Aufgaben des Staates, übertragen worden wären. Faktisch ist zwar die Ausübung von Hoheitsrechten gegeben, es liegt jedoch keine legitime Übertragung von Hoheitsrechten, wie sie Art. 24 GG verlangt, vor. Zudem weist Eurotransplant keine Behördenstruktur auf und ist auch nicht in das Gefüge der öffentlichen Verwaltung eingeordnet. Darüber hinaus ist Eurotransplant als privatrechtliche Stiftung organisiert. Dies spricht gegen eine Interpretation als Behörde.⁴⁹ Der Transplantationsmediziner hat sich nach § 278 StGB strafbar gemacht.

⁴⁶ Erb, in: MüKo, StGB, 2. Aufl. 2014, § 277 Rn. 2.

⁴⁷ Erb, in: MüKo, StGB, 2. Aufl. 2014, § 277 Rn. 8.

⁴⁸ BVerfGE 10, 48; Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 11 Nr. 29 m. w. N.

⁴⁹ Ausführlich Schroth, NSTZ 2013, 437 (446 f.) m. w. N.

IV. Bestechlichkeitsdelikte

Schließlich ist fraglich, wie das Versprechen auf Zahlung von 15.000 € im Gegenzug für die Manipulation der Akten strafrechtlich zu bewerten ist.

1. Organhandel: § 18 TPG

Der Mediziner könnte sich nach § 18 TPG des Organhandels strafbar gemacht haben, indem er sich 15.000 € für die entsprechenden Handlungen versprechen lässt. Dafür müsste der Transplantationsmediziner mit einem Organ Handel treiben. Unter Handel treiben ist jede eigennützige, auf Umsatz bestimmten Waren gerichtete Tätigkeit zu verstehen, welche insbesondere die Beschaffung und Lieferung umfassen.⁵⁰ Die Zahlung soll vorliegend jedoch gerade nicht dem direkten Erwerb und der Übergabe eines Organs dienen, sondern lediglich die Chancen auf Erhalt eines solchen verbessern. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts ist das Verhalten des Arztes daher nicht unter § 18 TPG zu subsumieren. Er hat sich nicht des Organhandels strafbar gemacht.

2. Bestechlichkeit: § 332 III Nr. 1 StGB

Der Arzt könnte sich jedoch der Bestechlichkeit nach § 332 III Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Angebot der Zahlung von 15.000 € für die Manipulation der Krankenakten angenommen hat.

Bei dem Klinikarzt⁵¹ müsste es sich um einen Amtsträger i. S. d. § 11 I Nr. 2 lit. c StGB handeln. Er müsste also bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen. Nach unbestrittener Meinung gehören dazu die mit der Daseinsvorsorge beauftragten staatlichen Krankenhäuser.⁵² Der Arzt sichert die Gesundheitsfürsorge und nimmt somit originär Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr. Von einer ordnungsgemäßen Bestellung, die auch konkludent durch einen privatrechtlichen Dienstvertrag erfolgen kann⁵³, ist auszugehen.

Die geforderte Tätigkeit muss im Rahmen der Dienstausübung erfolgen. Darunter ist jedes Handeln im Rahmen der dienstlichen Obliegenheiten, das in dienstlicher Eigenschaft wahrgenommen wird, zu verstehen.⁵⁴ Aktuelle, bereits vergangene, sowie künftige Handlungen – sofern diese inhaltlich und zeitlich hinreichend bestimmbar sind – werden gleichermaßen erfasst.⁵⁵ Die Diagnose und die Verwaltung der Akten, die der Datenermittlung

⁵⁰ Für Betäubungsmittel s. nur BGH NSTZ 2008, 465 (465).

⁵¹ Zur Bestechlichkeitsstrafbarkeit von Kassenärzten: BGH 29.03.2012 – GSSt 2/11; NZWiSt 2012, 268 m. Anm. Kraat; Ihwas/Lorenz, Entscheidungsbesprechung, ZJS 2012, 712.

⁵² Schuhr, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2011, § 338 Rn. 17.

⁵³ Vgl. auch OLG Karlsruhe NJW 1989, 352.

⁵⁴ Cramer, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 331 Rn. 10.

⁵⁵ Schuhr, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2011, § 338 Rn. 42.

von Eurotransplant zugrunde liegen, stellen typische Tätigkeiten im Rahmen der Dienstausbildungen dar.

Diese Dienstausbildung müsste zugleich pflichtwidrig sein. Dies ergibt sich bereits aus dem neu eingefügten § 10 III 2 Nr. 1, 2 TPG, der ausdrücklich erklärt, dass die falsche Datenübermittlung und Erhebung verboten ist.

Der Mediziner hat sich auf das Angebot des Patienten der Zahlung von 15.000 € eingelassen und somit einen materiellen Vorteil⁵⁶ i. S. d. § 334 StGB angenommen. Dieser Vorteil sollte gerade für die Dienstausbildung gewährt werden. Somit liegt eine Unrechtsvereinbarung vor.

Der Klinikarzt handelte zudem vorsätzlich, sowie rechtswidrig und schuldhaft. Er hat sich der Bestechlichkeit nach § 332 StGB strafbar gemacht.

Handelte es sich um einen Klinikarzt in einem privat-rechtlich organisierten Krankenhaus, ergibt sich die Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr aus § 299 I StGB.

V. Reaktion des Gesetzgebers

Angesichts der jüngsten Skandale um manipulierte Organvergaben hat der Bundestag nun zum 01.08.2013 einen Absatz 2a in § 19 TPG eingefügt, wonach künftig mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft wird, wer absichtlich entgegen dem ebenfalls neu einge-

⁵⁶ Auch eine immaterielle Verbesserung kann Vorteil i. S. d. § 332 StGB sein. Dies setzt jedoch einen objektiv messbaren Inhalt und eine tatsächliche Besserstellung voraus: BGHSt 47, 295 (304f.).

fügten § 10 III 2 TPG den Gesundheitszustand eines Patienten falsch erhebt, dokumentiert oder übermittelt.⁵⁷

Daneben wird die Einführung eines neuen Straftatbestandes für die Bestechlichkeit von Ärzten als § 299a StGB⁵⁸ im Bundesrat diskutiert.⁵⁹

VI. Schlusshinweis

Der Transplantationskandal ist im Rahmen von schriftlichen oder mündlichen Prüfungen nicht nur für strafrechtliche Fragestellungen ausgesprochen interessant, sondern enthält auch eine relevante Problematik des öffentlichen Rechts. So ist es stark umstritten, ob die Ermächtigung der Bundesärztekammer zum Erlass von Richtlinien nach § 16 I 1 Nr. 5 TPG, die letztlich über „Leben und Tod“ entscheiden, überhaupt verfassungsgemäß ist oder ob der Gesetzgeber nach der Wesentlichkeitstheorie den Modus der Verteilung lebenswichtiger Organe nicht selbst definieren muss.⁶⁰

⁵⁷ Gesetz zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung vom 15.07.2013, BGBl. I, 2423.

⁵⁸ BR-Drucks. 451/13 vom 30.05.2013, Gesetzesantrag der Länder Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern: „Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“.

⁵⁹ Eine kritische Analyse des Gesetzesvorhabens findet sich in *Schneider*, Sonderstrafrecht für Ärzte?, HRRS 2013, 473.

⁶⁰ *Gutmann*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG, 2005, § 16 B II; zu § 12 III TPG *Gutmann/Fateh-Moghadam*, Rechtsfragen der Organverteilung – Das Transplantationsgesetz, die „Richtlinien“ der Bundesärztekammer und die Empfehlungen der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht, NJW 2002, 3365; *Rissing-van Saan*, NSTZ 2014, 233 (244).

Brian Hagiël*

Klausur im Kreditsicherungsrecht: Sittenwidrige Bürgschaft

In der Klausur geht es um die Wirksamkeit eines Bürgschaftsvertrages. Schwerpunkte der Klausur sind die Prüfung der von einem Minderjährigen abgegebenen Bürgschaftserklärung und die Auswirkung von Mängeln im gesicherten Vertrag auf die Bürgschaft.

Sachverhalt

S, ehemaliger Ministerpräsident und alleinstehender, allein die elterliche Sorge ausübender Vater des T, ist aufgrund von Fehlspekulationen in finanziellen Schwie-

rigkeiten. Er benötigt kurzfristig 100.000 Euro. Er vereinbart am 1.3.2012 mit dem wohlhabenden G, dem er während seiner Amtszeit gelegentlich Gefälligkeiten hat zukommen lassen, die Aufnahme eines tilgungsfreien Darlehns in dieser Höhe mit einjähriger Laufzeit, das mit 1 % pro Monat zu verzinsen ist. Die Rückzahlung des Darlehnsbetrags und der Zinsen (=112.000 Euro) soll am

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2013 zur Vorlesung Sachenrecht II von Prof. Dr. Robert Koch, LL.M. (McGill), an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg gestellt wurde. Die – um Lernhinweise ergänzte – Bearbeitung des Autors wurde mit „gut“ bewertet.

28.2.2013 erfolgen. Dass der marktübliche Zinssatz für derartige Kredite bei 5 % jährlich liegt, ist S nicht bekannt, da er sich mit Krediten nie richtig beschäftigt hat und ihm daher die entsprechende Fachkenntnis fehlt. G verlangt die Stellung einer Bürgschaft.

T, der 17 jährige Sohn des S, der beim Abschluss des Darlehensvertrages am 1.3.2012 anwesend ist, kurz vor dem erfolgreichen Abschluss seiner Banklehre steht und bereits von seiner Bank das Angebot erhalten hat, für netto 3.000 Euro in der Wertpapierabteilung tätig zu sein, unterschreibt seinem Vater zuliebe einen Bürgschaftsvertrag zur Sicherung aller Rückzahlungsansprüche des G.

Infolge weiterer Fehlspekulationen wird im Dezember 2012 das Insolvenzverfahren über das Vermögen des S eröffnet. Bei Fälligkeit des Darlehensrückzahlungsanspruchs verlangt G von T, der mittlerweile volljährig geworden ist, seine Banklehre abgeschlossen und seine Tätigkeit in der Wertpapierabteilung aufgenommen hat, die Rückzahlung des Darlehens zuzüglich Zinsen. T, der aufgrund seiner Banklehre erkennt, dass die Einwilligung des S möglicherweise nicht ausreicht, um seine wirksame Bürgschaftsverpflichtung zu begründen, überweist dennoch 10.000 Euro an G als Dankeschön für die Unterstützung seines Vaters. Als G ihn später zur Zahlung des Restbetrages iHv 102.000 Euro auffordert, verweigert T die Zahlung. Er macht geltend, dass

- 1) er bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages noch nicht volljährig gewesen sei,
- 2) er sich über die Vermögensverhältnisse seines Vaters geirrt habe,
- 3) Darlehens- und Bürgschaftsvertrag unwirksam seien,
- 4) er bei Eintritt der Volljährigkeit über kein Vermögen verfügt hat.

Es ist gutachterlich – ggf. in einem Hilfgutachten – zu prüfen, ob der Zahlungsanspruch des G gegen T besteht. Dabei ist auf alle unter 1)-4) geltend gemachten Einwände des T einzugehen.

Gutachten

A. Anspruch des G gegen T auf Rückzahlung des Darlehens zzgl. Zinsen iHv. 112.000 € gemäß §§ 765 I, 488 I 2 BGB

G könnte gegen T einen Anspruch auf Zahlung des Darlehens zzgl. Zinsen i. H. v. 112.000 € gemäß §§ 765 I, 488 I 2 BGB haben.

I. Anspruch entstanden

Dafür müsste der Anspruch entstanden sein. Voraussetzung hierfür ist zunächst einmal eine wirksame Bürgschaftsvereinbarung.

1. Bürgschaftsvereinbarung

Fraglich ist, ob eine Bürgschaftsvereinbarung vorliegt. Eine Bürgschaftsvereinbarung richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen von Angebot und Annahme gemäß §§ 145 ff. BGB.

a) Bürgschaftserklärung des T

Zunächst müsste eine Bürgschaftserklärung des T vorliegen. Diesbezüglich ist festzustellen, dass aus dem Sachverhalt hervorgeht, dass T am 1.3.2012 den Bürgschaftsvertrag unterschrieben hat. Anhaltspunkte bezüglich fehlender essentialia negotii sind nicht erkennbar und auch stellt sich nicht die Problematik einer Abgrenzung zum Schuldbeitritt oder einem Garantievertrag, da auch hier aus dem Sachverhalt nicht genug hervorgeht und im Zweifel die Bürgschaft das mildere Mittel wäre. Bei einem Schuldbeitritt haftet der Bürge nämlich gleichrangig und bei dem Garantievertrag entsteht eine unabhängige Forderung. Darüber hinaus greifen nur bei der Bürgschaft die Formvorschriften des §§ 766 S. 1, 126 BGB.

b) Annahme des G

Fraglich ist, ob G die Bürgschaftserklärung bzw. das Angebot des T auch angenommen hat. Eine ausdrückliche Annahme ist gemäß § 151 S. 1 BGB jedoch nicht erforderlich, wenn eine solche nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Bei einem lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäft, wie es vorliegend der Fall ist, ist dies der Fall. Eine Annahme des G liegt vor.

■ Nach § 151 S. 1 BGB kann auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichtet werden, nicht auf deren Abgabe. Das Geschäft ist zudem nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da es zu einer Vermehrung von Pflichten seitens des T führt.

c) Zwischenergebnis

Grundsätzlich liegt eine Bürgschaftsvereinbarung vor.

2. Wirksamkeit

Fraglich ist jedoch, ob die Bürgschaftserklärung auch wirksam ist.

a) Beschränkte Geschäftsfähigkeit Minderjähriger gemäß §§ 106 ff. BGB

Problematisch erscheint vorliegend, dass T bei Abgabe der Bürgschaftserklärung erst 17 Jahre alt war. Gemäß § 106 BGB ist ein Minderjähriger, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, aber noch nicht volljährig ist, nach Maßgabe der §§ 107 bis 113 BGB in der Geschäftsfähigkeit

beschränkt. § 107 BGB sagt diesbezüglich aus, dass ein Minderjähriger zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. Ist eine solche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht vorhanden, so hängt die Wirksamkeit des Vertrages gemäß § 108 I BGB von der Genehmigung des Vertreters ab. Vorliegend könnte man also davon ausgehen, dass die Wirksamkeit der Bürgschaftsvereinbarung vom Vater des T, der die elterliche Sorge allein ausübt, abhängt.

! S hat vorliegend zumindest konkludent i. S. d. § 183 S. 1 BGB eingewilligt, da er beim Abschluss des Bürgschaftsvertrages anwesend war.

Diesbezüglich ist jedoch zu beachten, dass in besonderen Fällen die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nicht ausreichend ist, §§ 1643, 1822 BGB konkretisiert diese besonderen Fälle, und gemäß §§ 1643, 1822 Nr. 10 BGB bedarf der Vormund der Genehmigung des Familiengerichts in Fällen, bei denen der Minderjährige sich zur Übernahme einer Bürgschaft verpflichtet. Eine Genehmigung des Familiengerichts ist vorliegend nicht ersichtlich, sodass man davon ausgehen könnte, dass die Willenserklärung des T und damit der Bürgschaftsvertrag unwirksam sind. Aus § 1829 BGB geht jedoch hervor, dass eine nachträgliche Genehmigung grundsätzlich möglich ist. § 1829 III BGB sagt darüber hinaus aus, dass in den Fällen, in denen der Minderjährige im Nachhinein volljährig geworden ist, seine eigene Genehmigung an die Stelle der des Familiengerichts tritt. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass T am 1.3.12 inzwischen volljährig wurde. Darüber hinaus kann man aus dem Sachverhalt entnehmen, dass T dem G 10.000 € überwiesen hat. Dementsprechend kann hieraus eine konkludente Genehmigung des T gemäß § 1829 III BGB angenommen werden, sodass der Bürgschaftsvertrag nachträglich wirksam geworden ist.

! Die konkludente Genehmigung setzt nach h. M. voraus, dass dem nunmehr Volljährigen die schwebende Unwirksamkeit des früher abgeschlossenen Vertrags bewusst ist oder er doch jedenfalls mit einer solchen Möglichkeit rechnet. Nur dann könne in der Zahlung der Ausdruck des Willens zu sehen sein, das bisher als unverbindlich angesehene Geschäft verbindlich zu machen (vgl. nur BGH NJW 1988, 1199, 1200). Vorliegend hatte T bei Zahlung Kenntnis davon, dass die Einwilligung des S möglicherweise allein nicht ausreichend war, um seine wirksame Bürgschaftsverpflichtung zu begründen. Gleichwohl hat er bei der Zahlung keinerlei Vorbehalte gemacht. Aus der maßgeblichen Sicht des G kann die Zahlung deshalb als Genehmigung gesehen werden.

b) Anfechtung gemäß § 119 II BGB

Fraglich ist jedoch, ob der Vertrag gemäß § 119 II BGB nicht doch ex tunc nichtig ist. Dementsprechend bedarf

es einer Anfechtungserklärung, die innerhalb der Anfechtungsfrist erfolgt ist, und eines Anfechtungsgrundes.

aa) Anfechtungserklärung gemäß § 143 I BGB

Zunächst einmal bedarf es einer Anfechtungserklärung. Bei einer solchen bedarf es nicht der expliziten Verwendung des Wortes „Anfechtung“, stattdessen ist es ausreichend, wenn die gewünschte Rechtsfolge aus der Erklärung ersichtlich ist. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass T geltend macht, sich über die Vermögensverhältnisse seines Vaters geirrt zu haben. Hieraus ist die gewünschte Rechtsfolge ersichtlich, Nichtigkeit des Vertrages, sodass eine Anfechtungserklärung gemäß § 143 I BGB gegeben ist.

bb) Anfechtungsgrund

Fraglich ist, ob ein Anfechtungsgrund vorliegt. T macht geltend, dass er sich über die Vermögensverhältnisse seines Vaters geirrt hat. In Frage kommt also ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person gemäß § 119 II BGB. Die Liquidität einer Person ist eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person, jedoch ist ein solcher Anfechtungsgrund in Bezug auf eine Bürgschaft ausgeschlossen, da es gerade das Wesen einer Bürgschaft ist, die Liquidität eines Dritten abzusichern und dementsprechend auch das Risiko der Liquidität zu tragen.

cc) Zwischenergebnis

Ein Anfechtungsgrund liegt nicht vor. Dementsprechend liegt auch keine Unwirksamkeit der Bürgschaftsvereinbarung gemäß § 142 BGB vor.

c) Form gemäß §§ 766 S. 1, 126 I BGB

Die Form des Bürgschaftsvertrages müsste gewahrt sein. Gemäß §§ 766 S. 1, 126 I BGB muss die Bürgschaftserklärung schriftlich erfolgt sein. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass T den Bürgschaftsvertrag schriftlich unterschrieben hat. Die Form ist folglich gewahrt.

! Hier müsste man auch § 125 BGB zitieren, weil sich erst aus dieser Norm die Rechtsfolge bei Formverstoß ergibt: Nichtigkeit.

d) Sittenwidrigkeit gemäß § 138 I BGB

Fraglich ist jedoch, ob die Bürgschaftsvereinbarung nicht gegen die guten Sitten gemäß § 138 I BGB verstoßen hat. Die Sittenwidrigkeit richtet sich nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Für eine Bürgschaft wird eine Sittenwidrigkeit erst dann angenommen, wenn sie Ausdruck einer Unterlegenheit auf Seiten des Verpflichtenden ist, indem dieser nicht einmal in der Lage ist, die Zinsen aufzubringen, d. h. finanziell krass überfordert ist und demnach seine eigene Existenz gefährdet und die Bürgschaft nur aufgrund einer emotionalen Verbundenheit und nicht in Folge eines rationalen Gedankenprozesses erklärt hat.

AUFSÄTZE
KLAUSUREN
HAUSARBEITEN
RECHTSSPRECHUNG
REZENSIONEN

aa) finanziell krasse Überforderung

Zunächst einmal ist zu prüfen, ob T finanziell krasse überfordert war, d.h. nicht einmal in der Lage war, die Zinsen zu zahlen. Aus dem Sachverhalt geht diesbezüglich hervor, dass T beim Abschluss des Darlehensvertrages kurz vor dem erfolgreichen Abschluss seiner Banklehre stand und von seiner Bank bereits das Angebot erhalten hat, für 3.000 € netto in der Wertpapierabteilung tätig zu sein. Bei einem Darlehen in Höhe von 100.000 €, das mit 1 % pro Monat zu verzinsen ist, bedeutet das, dass die monatlichen Zinsen sich auf 1.000 € belaufen. In Bezug auf die in Aussicht gestellten 3.000 € netto wäre eine finanziell krasse Überforderung abzulehnen. Problematisch könnte jedoch erscheinen, dass bei Vertragsschluss eine solche Tätigkeit noch nicht gegeben war. Man könnte vorliegend argumentieren, dass ein Inaussichtstellen einer Tätigkeit und eines Verdienstes stets ungewiss ist und dementsprechend bei Vertragsschluss, wo ein solcher Verdienst eben noch nicht vorliegt, eine Sittenwidrigkeit anzunehmen ist. Andererseits stand T vorliegend kurz vor dem Abschluss seiner Banklehre und hatte von seiner Bank bereits ein Angebot, für 3.000 € netto in der Wertpapierabteilung tätig zu sein. Mit einem konkreten Angebot der Bank bei Vertragsschluss ist eine Sittenwidrigkeit vorliegend also zu verneinen, angesichts der Tatsache, dass eine finanzielle Überforderung nicht mehr besteht. Dennoch könnte sich die Sittenwidrigkeit daraus ergeben, dass T erst 17 Jahre alt war und daher mangels Urteilsvermögen und aufgrund von Unerfahrenheit die Folgen einer Bürgschaft nicht abschätzen konnte. Diese Argumentation lässt sich jedoch damit widerlegen, dass T kurz vor Abschluss einer erfolgreichen Ausbildung bei einer Bank stand und dementsprechend sehr wohl ein Urteilsvermögen und eine gewissen Erfahrung in Bezug auf finanzielle Geschäfte besaß. Dementsprechend ist auch eine Unterlegenheit aufgrund des jungen Alters des T zu verneinen.

bb) Zwischenergebnis

Eine finanziell krasse Überforderung auf Seiten des T besteht nicht, sodass vorliegend auch keine Sittenwidrigkeit gemäß § 138 I BGB angenommen werden kann.

e) Zwischenergebnis

Der Bürgschaftsvertrag bzw. die Vereinbarung ist folglich wirksam.

3. Entstehen der Hauptforderung

Aufgrund der strengen Akzessorietät der Bürgschaft gemäß § 767 I 1 BGB ist für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Vorliegend ist also zu prüfen, ob S und G sich über einen Darlehensvertrag gemäß § 488 I BGB geeinigt haben, und diese Einigung auch wirksam ist.

a) Darlehensvereinbarung

Es müsste eine Darlehensvereinbarung vorliegen. Aus

dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass S und G sich am 1.3.2012 über einen solchen Vertrag geeinigt haben.

b) Wirksamkeit

Fraglich ist jedoch, ob dieser Darlehensvertrag auch wirksam ist.

■ Hier hätte zunächst § 138 II BGB geprüft werden müssen. Dessen objektive Voraussetzungen liegen vor (s.u.), S müsste jedoch subjektiv das Ausnutzen einer Schwächesituation vorgeworfen werden können. Hierzu liefert der Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

Vorliegend könnte die Wirksamkeit aufgrund von Sittenwidrigkeit gemäß § 138 I BGB entfallen. Eine solche Sittenwidrigkeit ist bei einem Darlehensvertrag erst dann anzunehmen, wenn die jährliche Verzinsung den marktüblichen Zinssatz um mehr als 12%-Punkte übersteigt oder diesen um mehr als 100% übersteigt. Vorliegend haben G und T vereinbart, dass das Darlehen monatlich mit 1% zu verzinsen ist. Berechnet man den Zinssatz auf ein Jahr, beträgt dieser 12% und dementsprechend übersteigt er den monatlichen Zinssatz für derartige Kredite, der bei 5% jährlich liegt, um mehr als das Doppelte. Darüber hinaus ist aus dem Sachverhalt zu entnehmen, dass S die entsprechende Fachkenntnis fehlt, um zwischen einem Wucherdarlehen und einem noch vertretbaren Darlehen zu unterscheiden. Eine Sittenwidrigkeit in Form von Wucherdarlehen kann folglich bejaht werden.

c) Zwischenergebnis

Ein Darlehensvertrag liegt folglich nicht vor. Die Hauptforderung des G besteht nicht.

4. Zwischenergebnis

Der Anspruch des G gegen den T aus §§ 765 I, 488 I BGB ist nicht entstanden.

II. Ergebnis

G kann von T nicht die Zahlung von 112.000 € gemäß §§ 765 I, 488 I BGB verlangen.

B. Anspruch des G gegen T auf Zahlung von 112.000 € gemäß §§ 765 I, 812 I 1 Alt. 1 BGB

G könnte gegen T einen bereicherungsrechtlichen Anspruch in Höhe von 112.000 € gemäß §§ 765 I, 812 I 1 Alt. 1 BGB haben. Dafür müsste der Anspruch entstanden sein.

I. Anspruch entstanden

Fraglich ist, ob der Anspruch entstanden ist. Dafür müsste

zunächst eine wirksame Vereinbarung bzgl. §§ 765 I, 812 I 1 Alt. 1 BGB vorliegen.

1. Einigung

Folglich ist zu prüfen, ob eine Einigung auch in Bezug auf den bereicherungsrechtlichen Anspruch vorliegt. Ob bei einer Bürgschaft auch der bereicherungsrechtliche Anspruch gemäß § 812 I 1 Alt. 1 BGB umfasst ist, ist streitig. Unstreitig ist zunächst einmal, dass im Zuge der Privatautonomie vertraglich vereinbart werden kann, dass die Bürgschaft einen solchen Anspruch umfassen soll. Ist dies wie vorliegend jedoch nicht ausdrücklich der Fall, ist in Form von ergänzender Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu prüfen, ob dies der Fall ist. Die herrschende Lehre geht hierbei grundsätzlich davon aus, dass der bereicherungsrechtliche Anspruch mit umfasst ist, während die Rechtsprechung dies ablehnt. Der BGH hat diesbezüglich zunächst festgestellt, dass es darauf ankommt, ob der Bürge aus emotionalen Gründen die Bürgschaft eingegangen ist oder eher aus wirtschaftlichen oder rechtlichen Interessen. Bei Letzteren soll der bereicherungsrechtliche Anspruch mit umfasst sein. Vorliegend müsste man also davon ausgehen, dass T als Sohn des S die Bürgschaft nur aus emotionalen Gründen eingegangen ist. Der Sachverhalt bestätigt dies, indem erwähnt wird, dass T seinem Vater zuliebe den Bürgschaftsvertrag unterschrieben hat. Ein wirtschaftliches oder rechtliches Interesse ist nicht ersichtlich, so dass man zunächst davon ausgehen könnte, dass der bereicherungsrechtliche Anspruch nicht mit umfasst sein sollte. Im Laufe der Zeit hat sich ein weiterer Ansatzpunkt entwickelt, der in Bezug auf die erweiterte Vertragsauslegung in Betracht genommen werden muss. Dennoch hängt es viel mehr davon ab, ob der Bürge wusste oder wissen musste, dass der Darlehensvertrag nichtig ist, denn nur so kann ermittelt werden, ob der Anspruch gemäß § 812 I 1 Alt. 1 BGB umfasst sein sollte. Wusste der Bürge dies nicht und hätte er es nicht wissen können, so kann die Bürgschaft den bereicherungsrechtlichen Anspruch nicht mitumfassen, da somit die Grenze der erweiterten Vertragsauslegung zum Nachteil überschritten sein würde. Vorliegend war T, der kurz vor dem erfolgreichen Abschluss seiner Banklehre und dementsprechend über genug Kenntnisse bezüglich marktüblicher Zinsen für ähnliche Kredite wie den seines Vaters besaß, bei dem Abschluss des Vertrages am 1.3.2012 anwesend. Er hätte also zumindest wissen müssen, dass der angebotene Darlehensvertrag ein Wucherdarlehen ist, sodass man vorliegend zu dem Ergebnis kommen würde, dass der Darlehensvertrag den bereicherungsrechtlichen Anspruch mitumfassen sollte. Dieser Ansicht ist auch Vorzug zu gewähren, denn nur so kann man auf den wirklichen Willen bei Vertragsschluss zurückgreifen. Weiteres Argument für die Tatsache, dass der bereicherungsrechtliche Anspruch mitumfasst sein sollte, ist die Tatsache, dass T im Endeffekt nicht schlechter da-

steht, als wenn der Darlehensvertrag wirksam wäre. Eine Einigung liegt folglich vor.

2. Wirksamkeit

Die Einigung müsste auch wirksam sein. Gründe, die gegen die Wirksamkeit sprechen könnten, sind nicht ersichtlich. Die essentialia negotii sind erfüllt und die Tatsache, dass T bei der Einigung minderjährig war, ist unbeachtlich, da sein Geschäft nachträglich genehmigt wurde (siehe Anfang).

3. Entstehen der Hauptforderung

Die Hauptforderung müsste auch entstanden sein gemäß § 767 I BGB. Zu prüfen sind die Voraussetzungen des § 812 I 1 Alt. 1 BGB.

a) Etwas erlangt

S müsste etwas erlangt haben. Vorliegend hat G die Nutzungsmöglichkeit des Darlehens und den Besitz gemäß § 854 I BGB erlangt.

b) Durch Leistung eines Anderen

Des Weiteren müsste S etwas erlangt haben aufgrund einer Leistung eines Anderen. Dies wäre der Fall, wenn G bewusst und zweckgerichtet das fremde Vermögen des S mehren wollte. In Betracht des Darlehensvertrages hat G freiwillig, bewusst und zweckgerichtet das Vermögen des T bereichert.

c) Ohne rechtlichen Grund

S müsste die Nutzungsmöglichkeit und den Besitz der Darlehensvaluta ohne rechtlichen Grund erlangt haben. Wie bereits geprüft, ist der mögliche Rechtsgrund hier der Darlehensvertrag aufgrund von Sittenwidrigkeit und damit verbundener Unwirksamkeit entfallen. Ein weiterer Rechtsgrund ist nicht ersichtlich.

d) Kein Ausschluss

Es dürfte kein Ausschluss vorliegen. In Frage könnte § 817 S. 2 BGB kommen. Die Konditionssperre würde sich vorliegend auf die Nutzungsmöglichkeit des Darlehens beziehen. Da die Rückzahlung des Darlehens jedoch bereits fällig war, spielt die Konditionssperre gemäß § 817 S. 2 BGB hier keine Rolle. Weitere Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

Ein Leistungsausschluss kann hier bezüglich der Rückzahlung der Zinsen bejaht werden. Der G hat mit der Überlassung des Kapitals auf Zeit gegen einen überhöhten Zins gegen die guten Sitten verstoßen. Die Leistung liegt auch nicht in der Eingehung einer Verbindlichkeit. Der Leistungsausschluss bezieht sich nur auf den sittenwidrigen Teil der Leistung. Das bedeutet, dass der Darlehensgeber den Kredit für die (rechtsunwirksam) vereinbarte Zeit überlassen muss. Umstritten ist, ob § 817 S. 2 BGB dem Zinsanspruch in vollem Umfang entgegen-

steht (Rspr. und h. L.) oder nur in Höhe des Teils, der den marktüblichen Zinssatz übersteigt (m.A.). Wollte man der m.A. folgen, könnte der Wucherer risikolos arbeiten, weil ihm der übliche Zinssatz regelmäßig zugesprochen werden müsste. Dies spricht für die Lösung der Rspr.

e) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 812 I 1 Alt. 1 BGB liegen vor. Die Forderung hat folglich Bestand.

4. Umfang der Hauptforderung

Der Umfang der Hauptforderung richtet sich nach § 767 I BGB. Dementsprechend beträgt die Hauptforderung 100.000 €. Fraglich ist, ob auch die Zinsen umfasst sind. Dieses kann vorliegend verneint werden, da die Höhe der Zinsen sittenwidrig und damit unwirksam waren. Eine nachträgliche Umänderung der Zinsen auf ein angemessenes Maß oder auf die marktüblichen Zinsen scheidet aufgrund des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion aus.

5. Zwischenergebnis

Der Anspruch ist folglich entstanden.

II. Anspruch untergegangen

Fraglich ist, ob der Anspruch untergegangen ist. Vorliegend kommt die Erfüllung gemäß § 362 BGB in Betracht. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass T dem G 10.000 € überwiesen hat. Dementsprechend reduziert sich der Anspruch auf 90.000 €.

III. Anspruch durchsetzbar

Fraglich ist jedoch, ob der Anspruch auch durchsetzbar ist. Diesbezüglich könnten dem T Einreden zustehen.

1. Einreden aus der Bürgschaft

Zu prüfen ist, ob T nicht eigene Einreden aus der Bürgschaft hat. Man könnte an die Einrede der Vorausklage gemäß § 771 S. 1 BGB denken. Zu beachten ist jedoch, dass im Dezember 2012 gegen S ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, sodass gemäß § 773 I Nr. 3 BGB die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist.

2. Einreden aus der Hauptvereinbarung

Darüber hinaus stehen dem T jedoch auch die Einrede der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit zu gemäß § 770 I, II BGB. Anzeichen, dass S womöglich noch aufrechnen könnte, sind nicht ersichtlich. Auch eine Anfechtung scheidet aus. Auch die Einrede der Verjährung gemäß §§ 214, 195, 199 I Nr. 1 BGB kann nicht erhoben werden, da bei bereicherungsrechtlichen Ansprüchen die regelmäßige Verjährung gemäß § 195 BGB drei Jahre beträgt.

! Auch die Einrede des § 1629a I BGB besteht nicht, da die Verbindlichkeit erst durch die Genehmigung des T begründet worden ist.

3. Zwischenergebnis

T stehen keine weiteren Einreden zu. Der Anspruch ist folglich durchsetzbar.

IV. Ergebnis

G hat einen Anspruch gegen T in Höhe von 90.000 € gemäß §§ 765 I, 812 I 1 Alt. 1 BGB.

Anisja Porschke*

Klausur Strafrecht II

Die Klausur behandelt Probleme aus dem Allgemeinen Teil des StGB sowie der versuchten Körperverletzung mit Todesfolge. Insbesondere geht es um die Voraussetzungen, unter denen die Rechtswidrigkeit einer Straftat aufgrund einer wirksamen Einwilligung des Opfers entfällt, und um die Strafbarkeit der versuchten Körperverletzung mit To-

desfolge sowie um die Zurechenbarkeit der schweren Folge bei fahrlässigem Verhalten des Täters und möglicher Unterbrechung des Unmittelbarkeitszusammenhanges durch eigenes Verhalten des Opfers.

Sachverhalt

Als sich ihre Mannschaften nach zwei Halbzeiten unentschieden vom Fußballplatz trennen, entscheiden die gegnerischen Fanclubs „Löwe Lauenburg“ und „Sturm Steils-

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2014 zur Vorlesung Strafrecht II von Prof. Dr. Wilhelm Degener an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg gestellt wurde. Die – um Lernhinweise in Fußnoten ergänzte – Bearbeitung der Autorin wurde mit „sehr gut“ bewertet.

hoop“, die Entscheidung in einer sog. „Dritten Halbzeit“ außerhalb der Stadt auf einem abgelegenen Feld in der Konfrontation Mann gegen Mann herbeizuführen. In dieser bewährten Tradition konnte schon manches Remis zugunsten einer Seite aufgelöst werden. Dabei treten sich die Anhänger der verfeindeten Fanclubs zu einem einvernehmlichen „Mannschafts-Kickboxen“ gegenüber, in dessen Verlauf bisher jenseits der unausweichlichen Blessuren eines Faustkampfes wie etwa blaue Flecken und abgeschürfter Knöchel zwar schon gelegentlich eine Nase blutig oder ein Zahn ausgeschlagen wurde, zu ernstere Verletzungen es indessen nie gekommen ist. Beigegeben dazu hat, neben der überwiegenden Kampfsport-erfahrung der Teilnehmer, die wichtigste Ehrenregel dieser Auseinandersetzungen: Wer kampfunfähig wird, darf nicht mehr angerührt werden. Gewonnen hat diejenige Gruppe, der es in einem zuvor vereinbarten Zeitlimit gelingt, die meisten Gegner niederzurufen. Zu diesem Zweck darf der gesamte Körper eingesetzt werden, nur Distanz- oder Stichwaffen, sowie schwere Knüppel sind verpönt. Leichte „Aufbesserungen“ der Schlagkraft, etwa in Gestalt von Quarz-Handschuhen oder Ähnlichem, werden demgegenüber allgemein akzeptiert.

Burkhart Busse ist Mitstreiter von „Sturm Steilshoop“ und erkennt mit Genugtuung beim Betreten des „Schlachtfeldes“, dass seine Truppe den Anhängern von „Löwe Lauenburg“ zwei zu eins überlegen ist. Siegesgewiss nimmt Burkhart Aufstellung. Die Club-Präsidenten erinnern an das Verbot, am Boden liegende zu traktieren, geben das Zeitfenster von fünf Minuten bekannt und wünschen den Kämpfern Glück. Das Startsignal wird erteilt und Burkhart geht auf den ihm gegenüber positionierten Lauenburger Löwen Daniel Drews los. Mit seiner gefürchteten geraden Rechten schickt er Daniel ins Land der Träume. Die Rolle Ein-Euro-Münzen, die Burkhart bei dem Schlag in das Gesicht des 22-jährigen Gegners in der Faust umschlossen hielt, dürfte diesen Knockout begünstigt haben. Augenblicklich lässt Burkhart von Daniel ab, um sich seinem nächsten Kontrahenten, dem in der unmittelbaren Nähe stehenden Olaf Ohnemut zuzuwenden. Olaf ist das erste Mal bei einer „Dritten Halbzeit“ dabei und trotz wahrheitsgemäß aufklärender Berichte seiner Lauenburger Kameraden über die Schonungslosigkeit der Auseinandersetzung entsetzt. Darauf will er sich nun doch nicht mehr einlassen und gibt Fersengeld. Burkhart ist über diese Feigheit erbost und setzt Olaf mit dem Ausruf „Na warte, wenn ich Dich erwische, ist bei Dir Schicht im Schacht!“ nach, wobei seine Münzrolle verloren geht.

Nach kurzem Sprint endet Olafs Rückzug an der Umzäunung eines Umspannwerkes. „Jetzt lass‘ ich deine Zähne Samba tanzen“, kündigt Burkhart an, während er zum Schlag ausholt. Behände kann Olaf dem ersten Hieb ausweichen, doch seine Furcht vor dem, was ihm in Gestalt des körperlich überlegenen Burkhart noch

droht, wird übergroß. In einem verzweifelten Fluchtversuch springt er auf die Umzäunung zu und erklimmt sie panisch. Oben angelangt verfängt er sich in den spitzen Dornen des die Zaunkrone abschirmenden NATO-Drahtes. Blind vor Angst fügt sich Olaf mit seinen hastigen Bewegungen zahlreiche Stich- und Schnittwunden am ganzen Oberkörper zu. Burkhart, der unwiderlegt nichts Anderes beabsichtigte, als einem Feigling eine erinnerungswürdige Lektion „einzublauen“, leistet dem erschöpft vom Zaun herabgesunkenen Olaf unverzüglich Erste Hilfe und setzt einen Notruf ab. Allen Bemühungen der Ärzte zum Trotz erliegt Olaf zwei Tage später im Krankenhaus einer Sepsis, die auf die Korrosion des Staheldrahtes zurückgeführt wird.

Aufgabenstellung

Begutachten Sie die Strafbarkeit des Burkhart (B) nach dem StGB. Dabei ist hinsichtlich der Verletzung des Daniel Drews (D) allein § 223 StGB zu erörtern. Hinsichtlich des Todes von Olaf Ohnemut (O) sind aus dem besonderen Teil nur die Tatbestände des 16. und 17. Abschnittes zu erörtern. Die §§ 221 und 231 StGB sind nicht zu prüfen. Aus dem Allgemeinen Teil wird eine Erörterung des § 24 StGB ausgeschlossen.

Gutachten

A. Erster Tatkomplex: Verletzung des Daniel Drews

Strafbarkeit des B gemäß § 223 I StGB¹ zum Nachteil des D, indem er diesen ins Gesicht schlug.

I. Tatbestandsmäßigkeit

Der Tatbestand müsste erfüllt sein. Hierfür müssten sowohl der objektive, als auch der subjektive Tatbestand vorliegen.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand müsste erfüllt sein. Hierfür muss eine körperliche Misshandlung oder eine Gesundheitsschädigung vorliegen. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt.² Der Schlag ins Gesicht löst grundsätzlich Schmerzen aus, und wurde hier zusätzlich durch die Geldrolle verstärkt. Eine körperliche Misshandlung liegt somit vor.

¹ Alle folgenden §§ ohne Bezeichnung sind solche des StGB.

² BGHSt 14, 269.

Eine Gesundheitsschädigung ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines von den natürlichen Funktionen des Körpers nachteilig abweichenden pathologischen Zustands.³ D wurde zwar geschlagen, der Sachverhalt macht jedoch keine konkreten Angaben, hierzu, ob diese auch die körperlichen Funktionen beeinträchtigten. Somit ist nicht von einer Gesundheitsschädigung auszugehen.

Die Handlung war auch kausal und objektiv zurechenbar, da sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiel.⁴ Der objektive Tatbestand ist damit gegeben.

2. Subjektiver Tatbestand

Der B müsste Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestände gehabt haben. Hierfür muss er wissentlich und willentlich gehandelt haben. Der B wollte den D schlagen. Der subjektive Tatbestand ist gegeben.

3. Zwischenergebnis

Der Tatbestand der Körperverletzung ist erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit

Die Tat müsste auch rechtswidrig sein. Die Rechtswidrigkeit ist gegeben, wenn keinerlei Rechtfertigungsgründe vorliegen. In Betracht kommt eine Rechtfertigung kraft Einwilligung.

D könnte jedoch in die Tat rechtfertigend eingewilligt haben. Hierfür dürfte die Einwilligung über ein dispositionsfähiges Rechtsgut insbesondere nicht nach § 228 wegen Sittenwidrigkeit ausgeschlossen sein.

1. Einwilligung durch den Rechtsgutträger und Verfügungsbefugnis

D müsste über das in Frage stehende Rechtsgut verfügt haben. In Betracht kommen nur höchstpersönliche Individualrechtsgüter.⁵ Der Einwilligende müsste weiter auch über das Rechtsgut verfügen dürfen.⁶ Diese Befugnis ist unter anderem eingeschränkt, wenn die Befugnis gesetzlich ausgeschlossen ist. D hat seinen Körper zur Körperverletzung freigegeben. Der Körper ist eines der höchsten Individualrechtsgüter. Folglich ist er grundsätzlich dispositionsbefugt.

2. Einwilligungsfähigkeit

D müsste fähig gewesen sein, eine Einwilligung abzugeben. Diese Fähigkeit bemisst sich an der allgemeinen

Einsichtsfähigkeit.⁷ D ist 22 Jahre alt und steht unter keinem Einfluss von sinnberauschenden Mitteln. Mithin ist die Einsichtsfähigkeit gegeben.

3. Einwilligungserklärung

D müsste die Einwilligung erklärt haben. Dies geschieht ausdrücklich oder konkludent.⁸ Es handelt sich bei der „3. Halbzeit“ um ein Prozedere nach langer Tradition, bei dem die Regeln von beiden Teams einvernehmlich bestimmt wurden. Außerdem gab es einen Präsidenten, der das ganze überwachte. Zudem war D nicht das erste Mal dabei. Da D Teil des Teams ist, hat er in die Handlung konkludent eingewilligt.

4. Keine Willensmängel⁹

Es liegen keine Willensmängel vor.

5. Kein Verstoß gegen die guten Sitten, § 228

Fraglich ist jedoch, ob die Einwilligung in die Tat gegen die guten Sitten verstößt. Die guten Sitten sind nach dem Maß aller billig und gerecht Denkenden zu bestimmen.¹⁰

Ob es sich um eine sittenwidrige Handlung oder um einen sittenwidrigen Zweck handeln muss, ist in diesem Zusammenhang umstritten. Die eine Meinung geht davon aus, dass der Zweck selbst sittenwidrig sein muss.¹¹ Das Fußballspiel intern „zu Ende zu führen“ wäre isoliert betrachtet nicht als sittenwidrig einzustufen. Gegen ein solches Verständnis spricht jedoch, dass es den Tätern einen großen Spielraum liefert, wenn man allein auf den Zweck der Handlung abstellt. Die überzeugendere Ansicht betrachtet daher die Körperverletzungshandlung.¹² Hierzu zählen Art und Umfang der Körperverletzung und nach richtiger Ansicht auch, ob objektiv eine Todesgefahr für das Opfer vorherzusehen war. Das Schlagen mit einer Geldrolle ist zwar unangemessen, jedoch ist das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden weiter gefasst. Außerdem lag in dem Schlag keinerlei Todesgefahr für den D.¹³

⁷ BGH NStZ 2000, 87 (87f.); *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 33 m. w. N.

⁸ Entscheidend für die Einwilligungserklärung ist, dass sie eindeutig ist. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob sie ausdrücklich oder konkludent erklärt wird (vgl. *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 31 f.).

⁹ Zur Frage, welche Willensmängel zu einer Unwirksamkeit der Einwilligung führen, vgl. die Übersicht bei *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 35 ff.

¹⁰ *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 39. Aufl. 2009, § 9 I 2, Rn. 377 m. w. N.

¹¹ Für ein (zusätzliches) Abstellen auf den mit der Tat verfolgten Zweck im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung des § 228 v. a. *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 30 m. w. N.

¹² BGH NJW 2013, 1379: Maßgeblich ist eine Bewertung des Gefährlichkeitsgrades der Körperverletzungshandlung aus ex ante-Perspektive. Für eine (rein) tatbezogene Sittenwidrigkeitsprüfung vgl. auch BGHSt 49, 34 (42); 49, 165 (174).

¹³ Das Abstellen auf den Gefährlichkeitsgrad der Körperverletzungshandlung schließt nach Ansicht des BGH jedoch nicht aus, eine Über-

³ BGHSt 25, 277; 36, 1 (6).

⁴ Kausalitätsfeststellung durch Anwendung der sog. *condicio-Formel* in ständiger Rspr. des BGH seit BGHSt 1, 332. Vgl. hierzu auch die Übersicht bei *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 4 Rn. 9 ff.

⁵ Vgl. statt aller: *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 27.

⁶ Vgl. statt aller: *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 28 ff. Die Dispositionsbefugnis ist insbesondere kraft gesetzlicher Entscheidung beim Individualrechtsgut Leben ausgeschlossen (Wertung des § 216).

Somit liegt nach der hier zu vertretenden Ansicht keine sittenwidrige Tat vor.

6. Zwischenergebnis

Die Einwilligung ist somit wirksam und lässt die Rechtswidrigkeit der Tat entfallen.

III. Ergebnis des ersten Tatkomplexes

B hat sich nicht gemäß § 223 I strafbar gemacht.

B. Zweiter Tatkomplex: Tod des Olaf Ohnemut

I. Strafbarkeit des B wegen Totschlags gemäß § 212 I zu Lasten des O, indem er ihn verfolgte

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand des § 212 I vorliegen.

aa) Taterfolg

Der Taterfolg, der Tod eines anderen Menschen, ist durch das Ableben des O eingetreten.

bb) Tathandlung

B hat O verfolgt und ihm mit Schlägen angedroht. Eine taugliche Tathandlung liegt mithin vor.

cc) Kausalität und objektive Zurechnung

Hätte B den O nicht verfolgt, wäre dieser nicht in den Zaun geklettert und an den Schnittwunden gestorben. Fraglich ist jedoch, ob die objektive Zurechenbarkeit vorliegt.

Der Täter muss hierfür ein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen haben, dass sich in der konkreten Gefahr realisiert hat.

Hier hat O sich jedoch selbst in dem Zaun verheddert. Es könnte also eine freiverantwortliche Selbstschädigung vorliegen. Eine solche liegt vor, wenn das Opfer sich selbst in die Gefahr begibt. O ist alleine auf die Umzäunung gesprungen und an ihr hochgeklettert. Es ist also von einer freiverantwortlichen Selbstschädigung auszugehen.

schreitung der Sittenwidrigkeitsgrenze im Einzelfall auch aus anderen Umständen der Tatbegehung abzuleiten. So wäre es angezeigt gewesen, bei der Strafbarkeitsprüfung des B auf die von der Rspr. entwickelten Kriterien für Gruppenschlägereien einzugehen, insbesondere auf das mit BGH NJW 2013, 1379 erstmals formulierte Kriterium der abstrakt-generellen Eskalationsgefahr. Eine solche kann mit überzeugenden Argumenten abgelehnt werden, insbesondere durch einen Verweis auf die allen Teilnehmern bekannten und bereits längere Zeit praktizierenden „Ehrenregeln“ (siehe Sachverhalt).

Diese ist jedoch einzuschränken, falls sich das Opfer in einer Lage befand, in der es nicht freiverantwortlich handeln konnte. O war hier in Furcht vor der den drohenden Schlägen. Denn B hat ihm durch klare Worte gedroht und schon zum Schlag ausgeholt. Dementsprechend war O in einer solchen Paniksituation, dass er nicht freiverantwortlich handelte.¹⁴

dd) Ergebnis

Somit ist der objektive Tatbestand des § 212 I gegeben.

b) Subjektiver Tatbestand

B müsste jedoch auch den Vorsatz gehabt haben, den O zu töten. B wollte dem O jedoch nur eine kleine Lektion erteilen. Somit handelte er ohne Vorsatz.

c) Zwischenergebnis

Im Fall des B fehlt es bereits folglich an der Tatbestandsmäßigkeit des § 212 I.

2. Ergebnis

B hat sich nicht gemäß § 212 I strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des B wegen Körperverletzung gemäß § 223 I zu Lasten des O, indem er ihn verfolgte

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Taterfolg

O hat sich zahlreiche Schnittwunden zugezogen, wodurch der tatbestandliche Erfolg einer Körperverletzung eingetreten ist.

b) Tathandlung

B als Veranlasser der Flucht des O auf den Zaun mit NATO-Draht hatte, da es sich bei den Handlungen des O um bloße den Selbstschutz dienenden Panikhandlungen handelt, objektiv die Tatherrschaft über die Verletzungshandlungen.¹⁵

c) Vorsatz

B müsste auch Vorsatz bezüglich der Tat durch O gehabt haben. B wollte jedoch dem O gerade selber eine Lektion erteilen, weshalb der Vorsatz hier ausscheidet.¹⁶

¹⁴ Panikhandlungen des Opfers, die dem bloßen Selbstschutz dienen, stellen (gemessen am Maßstab des § 35 I) keine eigenverantwortlichen Selbstverletzungen, sondern eine Fremdverletzung dar, über die der Täter als Veranlasser objektiv die Tatherrschaft besitzt.

¹⁵ Vgl. Fn. 14.

¹⁶ So auch der BGH im sog. „Guben-Fall“ (BGHSt 48, 34), in dem er eine den Vorsatz ausschließende wesentliche Abweichung vom Kausalverlauf annimmt, da sich die gewollten (Folgen von Schlägen und Tritten) und die tatsächlich eingetretenen (lebensgefährliche Schnittverletzungen) Verletzungen hinsichtlich Art, Gefährlichkeit und der sie auslösenden Steuerungsprozesse erheblich voneinander unterscheiden.

d) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 223 I ist im Fall des B nicht erfüllt.

2. Ergebnis

B hat sich nicht gemäß § 223 I strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit des B wegen versuchter Körperverletzung gemäß §§ 223 I, II, 22, 23 I zu Lasten des O, indem er ihn verfolgte**1. Vorprüfung**

Zunächst müsste die Tat unvollendet und strafbar sein. B wollte den O selber verletzen, hierzu ist es jedoch nicht gekommen. Somit ist die Tat nicht vollendet. Der Versuch des Verbrechen ist immer strafbar, bei einem Vergehen hingegen ergibt sich die Strafbarkeit aus dem Gesetz. Bei § 223 handelt sich gemäß § 12 II um ein Vergehen, welches jedoch nach § 223 II unter Strafe steht. Somit ist die Tat unvollendet und strafbar.

2. Tatbestandsmäßigkeit**a) Tatentschluss**

B müsste einen Tatentschluss gehabt haben. Dies ist der subjektive Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestände.¹⁷ B ist dem O gefolgt, um dessen Feigheit zu bestrafen, es kam ihm darauf an, ihn körperlich zu verletzen.

b) Unmittelbares Ansetzen

B müsste gemäß § 22 auch unmittelbar zur Tat angesetzt haben. Ein solches unmittelbares Ansetzen i. S. d. § 22 ist unter anderem dann anzunehmen, wenn der Versuchstäter die Schwelle zum Versuchsstadium im Sinne der „Jetzt geht's los“-Formel überschritten hat.¹⁸ B hat gerade zum Schlag ausgeholt, es gab somit keinen weiteren Zwischenakt zur Körperverletzung.

c) Zwischenergebnis

Der Versuchstatbestand ist im Fall des B somit erfüllt.

3. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit müsste gegeben sein. Es ist zunächst an eine Einwilligung zu denken. O hat jedoch eindeutig von den Geschehnissen Abstand genommen, des Weiteren befanden sich O und B nicht mehr auf dem Feld des Geschehens. Eine Rechtfertigung liegt somit nicht vor.

4. Schuld

B müsste die Tat auch schuldhaft zugerechnet werden können. Die Schuldfähigkeit bemisst sich nach §§ 19, 20. Es sind jedoch keinerlei Einschränkungen ersichtlich,

auch liegen keine Irrtümer vor. B hat schuldhaft gehandelt.

5. Ergebnis

B hat sich gemäß §§ 223 I, II, 22, 23 I strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit des B wegen versuchter Körperverletzung mit Todesfolge gemäß §§ 227, 223 I, II, 22, 23 I, 11 II, 18 zu Lasten des O, indem er ihn verfolgte**1. Vorprüfung**

Fraglich ist zunächst, ob die Prüfung des § 227 unverhältnismäßig ist, wenn der Taterfolg des Grunddeliktes nicht herbeigeführt wurde. Gemäß § 11 II sind solche Vorsatz-Fahrlässigkeit Kombinationen jedoch nach § 18 strafbar.¹⁹

Umstritten ist weiter, ob nicht speziell eine versuchte Körperverletzung mit Todesfolge wegen der Struktur des § 227 abzulehnen ist. Der Straftatbestand des § 227 verlangt nach seinem Wortlaut, dass der Täter durch die Körperverletzung (§§ 223–226a) den Tod der verletzten Person verursacht.

a) Erste Ansicht

Nach der sog. Letalitätstheorie ist erforderlich, dass der Tod Folge einer tatsächlich eingetretenen Verletzung gewesen ist. Die schwere Folge muss an den Erfolg des Grunddeliktes anknüpfen.²⁰ Folgt man einem solchen Normverständnis, so scheidet die Strafbarkeit einer versuchten Körperverletzung mit Todesfolge aus.

b) Zweite Ansicht

Nach anderer Ansicht kann die Todesfolge in § 227 sowohl durch den Körperverletzungserfolg als auch durch die Körperverletzungshandlung ausgelöst worden sein. Begründet wird dies unter anderem mit dem in § 227 beinhalteten Klammerverweis, der auf die (gesamten) Straftatbestände der §§ 223–226a und damit auch auf die jeweils in Absatz 2 angeordnete Versuchsstrafbarkeit verweist.²¹ Nach dieser Ansicht kann die Todesfolge auch schon durch die Versuchshandlung der Körperverletzung ausgelöst werden.

c) Stellungnahme und Zwischenergebnis

Da beide Ansichten im vorliegenden Fall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, bedarf es einer Stellungnahme. Für die Letalitätstheorie lässt sich zwar der Wortlaut, der den Tod der verletzten Person voraussetzt, und die

¹⁷ Vgl. statt aller *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 15 Rn. 23 ff.

¹⁸ Neben der hier geprüften zeitlichen Unmittelbarkeit (die trotz der insoweit missverständlichen Formulierung ein objektives Kriterium darstellt), kann weiter auf die Kriterien der Handlungs-Unmittelbarkeit und der unmittelbaren Gefährdung des geschützten Rechtsgutes abgestellt werden (vgl. die Übersicht bei *Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 15 Rn. 44 ff.).

¹⁹ Vgl. statt aller *Fischer*, StGB, 59. Aufl. 2012, § 22 Rn. 37.

²⁰ *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2009, § 227 Rn. 9; *Krey*, Strafrecht BT I, 12. Aufl. 2002, Rn. 280a; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 227 Rn. 2.

²¹ BGHSt 14, 110 (112); 31, 96 (96 f.); *Rengier*, Strafrecht BT II, 12. Aufl. 2011, § 16 Rn. 4.

wegen der hohen Strafandrohung gebotene restriktive Auslegung des § 227 anführen. Gegen ein solches Verständnis spricht jedoch insbesondere der Sinn und Zweck des § 227, der gerade die Gefährlichkeit der Handlung und nicht des Erfolges sanktionieren will. Eine Strafbarkeit wegen versuchter Körperverletzung mit Todesfolge ist mithin möglich.²²

2. Tatbestandsmäßigkeit

a) Grunddelikt

Zunächst müsste eines der Grunddelikte erfüllt worden sein. Hier kommt der § 223 I, 22, 23 I als versuchte Körperverletzung in Betracht. Wie bereits festgestellt, hat sich B gemäß §§ 223 I, II, 22, 23 I strafbar gemacht (s. o.).

b) Schwere Folge (Tatbestand des § 222)

Weiter müsste die schwere Folge des § 227 eingetreten sein. O ist gestorben. B müsste den Tod auch durch sein Verhalten objektiv fahrlässig verursacht haben. Als Tat handlung kommen lediglich das Jagen des O und die gleichzeitig ausgesprochenen Drohungen in Betracht.

aa) Objektive Zurechenbarkeit (sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang)

Der Taterfolg müsste B zunächst objektiv zurechenbar sein. Voraussetzung hierfür ist, dass der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert hat.²³ Bei dem Verfolgen und Drohen des B hat er nicht darauf geachtet, was dies für eine Reaktion in seinem Opfer auslösen könnte. Ein besonnener Mensch aus dem Verkehrskreis des Täters hätte den O von Anfang an nicht verfolgt, sondern allenfalls etwas hinterher gerufen. Das erlaubte Risiko war mithin überschritten. In den später zum Tod führenden Verletzungen, die sich O im Rahmen seiner Flucht zugezogen hat, hat sich die dem Jagen und Drohen anhaftende Gefahr von zu Verletzungen führenden Panikhandlungen realisiert. B ist der Tod des O daher objektiv zurechenbar. Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist im Fall des B folglich gegeben.

bb) Objektive Fahrlässigkeit, § 18

B müsste gemäß § 18 auch objektiv fahrlässig die schwere Folge des § 227 herbeigeführt haben. Objektive Fahrlässigkeit setzt grundsätzlich²⁴ ein objektiv sorgfaltswidriges Verhalten bei objektiver Vorhersehbarkeit der Tatbestandsverwirklichung voraus.²⁵ Ein sorgfaltswidriges

Verhalten liegt in Gestalt der versuchten Körperverletzung (s. o.) vor. Die Verletzungen des O und der tödliche Ausgang müssten jedoch auch objektiv vorhersehbar gewesen sein. Die Voraussehbarkeit liegt vor, wenn ein besonnener Mensch aus dem Verkehrskreis des Täters unter Beachtung der besonderen Umstände und der allgemeinen Lebenserfahrung den Erfolg in Rechnung stellt.²⁶ Die Fluchtreaktion eines Verfolgten ist durchaus normal, vor allem wenn das Opfer in die Enge gedrängt wird. Es muss dann davon ausgegangen werden, dass das Opfer jeden Rettungsweg in Kauf nimmt. Die Möglichkeit einer Sepsis bei Schnittverletzungen durch Verunreinigungen der Verletzungsgegenstände liegt auch noch im Bereich dessen, was als objektiv vorhersehbar anzusehen ist. Dem Fahrlässigkeitserfordernis des § 18 ist im Fall des B mithin Genüge getan.

cc) Zwischenergebnis

B hat die schwere Folge des § 227 in objektiv fahrlässiger Weise zurechenbar verursacht.

c) Unmittelbarkeitszusammenhang

Für die Körperverletzung mit Todesfolge bedarf es jedoch noch eines Unmittelbarkeitszusammenhangs. Dieser tatbestandsspezifische Zusammenhang muss zwischen der Gefahr bestehen, die dem Grundtatbestand anhaftet und sich in der schweren Folge niederschlägt.²⁷ Bei der Prüfung des Unmittelbarkeitszusammenhangs stellt sich damit dieselbe Frage, die auch schon bei der Strafbarkeit des Versuchs aufgetreten ist, nämlich ob es bei der Gefahr des Grundtatbestandes auf den Körperverletzungserfolg oder auf die -handlung ankommt. Die Letalitätslehre stellt auf die Gefahr des Erfolges ab, d. h. relevant sind nur Faktoren, die den Todeseintritt als Folge der Verletzungsfolge ausgelöst oder beschleunigt haben.²⁸ Folgt man dieser Ansicht scheidet jedoch schon die Versuchsprüfung (s. o.), da sich der Handlungserfolg nicht realisiert hat. Die herrschende Ansicht stellt auf die Gefährlichkeit der Körperverletzungshandlung ab. Wenn schon der tatbestandspezifischen Handlung die tödliche Gefahr anhaftet und sich diese eigentümliche Gefahr mit dem Eintritt des Todes realisiert, ist hiernach der Unmittelbarkeitszusammenhang zu bejahen.

Fraglich ist jedoch, ob dieser Unmittelbarkeitszusammenhang unterbrochen wurde. Hier kommt das Opfer O in Betracht, welches sich selbst schädigt.²⁹ Nach herr-

²² So unter dieser Bezeichnung erstmals durch die Rspr. in BGHSt 48, 34.

²³ Vgl. statt aller *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 39. Aufl. 2009, § 6 III 1, Rn. 179.

²⁴ Die Überschreitung des erlaubten Risikos ist bei Erfolgsdelikten bereits in der Tathandlung des Grunddelikts angelegt. Die Prüfung reduziert sich damit auf die Frage, ob der Tod objektiv vorhersehbar gewesen ist (vgl. BGH NStZ 1982, 27; 2001, 478 (478 f.)).

²⁵ Vgl. statt aller *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 39. Aufl. 2009, § 15 II 3, Rn. 667.

²⁶ Vgl. statt aller *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 39. Aufl. 2009, § 15 II 3, Rn. 667a.

²⁷ Erforderlichkeit dieses besonderen Zusammenhangserfordernisses allg. Meinung, BGHSt 31, 96 (98); BGH NStZ 1992, 335; NJW 1971, 152 (153).

²⁸ Vgl. Fn. 20.

²⁹ Bei der Behandlung todesursächlicher Selbstrettungsversuche ist wie folgt zu differenzieren: Zuerst ist bei der Prüfung des Grunddelikts zu ermitteln, ob die durch das Ausweichen oder die Flucht beigebrachten Verletzungen noch als vorsätzlich zurechenbar sind. Ist dies der Fall, so ist der gefahr-spezifische Zusammenhang des daraus resultie-

schender Ansicht ist zu untersuchen, ob das Opfer eigenverantwortlich handelte. Wie bereits oben geprüft handelte der O ohne Verantwortung, da er in solcher Furcht vor dem B war, dass er nicht mehr zurechnungsfähig war. Da die Gefahr, welche aus der Sicht des O von B ausging auch gegenwärtig war, ist sein Verhalten grundsätzlich dem B zurechenbar.³⁰ Hier hat sich die Todesfolge jedoch erst mehrere Tage später durch eine Sepsis ereignet. Es ist somit fraglich, ob dies immer noch unter die der Körperverletzungshandlung anhaftende tödliche Gefahr fällt. Wäre O vom Zaun gefallen und an den Knochenbrüchen gestorben, wäre die objektive Zurechenbarkeit nach den obigen Kriterien unproblematisch gegeben. Hier jedoch dauert es weitere zwei Tage, bis O stirbt.

In diesem Zusammenhang kann man kritisieren, dass durch die Lehre von der Handlungsgefährlichkeit nur eine weitere objektive Zurechenbarkeit unternommen wird, die einen viel weiteren Rahmen hat und so in vielen Fällen zu einer Strafbarkeit des Täters kommt. Dagegen spricht jedoch die Ansicht, dass alle Folgen, die sich aus der tödlichen Gefahr ergeben auch als solche zu betrachten sind.³¹ Es ist der letztgenannten Ansicht zu folgen, die konsequent an der Handlungsgefährlichkeit festhält. Der Unmittelbarkeitszusammenhang liegt somit vor.

renden Todes nach allen Auffassungen – sogar nach der Letalitätstheorie – gegeben. Erst wenn eine Vorsatzzurechnung ausscheidet, kommt es auf die Reichweite des tatbestandsspezifischen Zusammenhangs an.
³⁰ So auch der BGH im sog. „Guben-Fall“ (BGHSt 48, 34). Vgl. auch Fn. 14.

d) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 227 ist folglich im Fall des B erfüllt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor. Die Tat ist dem B insbesondere auch subjektiv vorwerfbar, da der Kausalverlauf des Todes für ihn individuell vorhersehbar gewesen ist.

4. Ergebnis

B hat sich gemäß §§ 227, 223 I, II, 22, 23 I, 11 II, 18 strafbar gemacht.

V. Strafbarkeit des B wegen fahrlässiger Tötung zu Lasten des O, indem er ihn verfolgte

Eine Strafbarkeitsprüfung des § 222 entfällt, da eine fahrlässige Tötung bei Vorliegen einer Strafbarkeit nach § 227 notwendigerweise mitverwirklicht ist.

VI. Ergebnis des zweiten Tatkomplexes

Die ebenfalls verwirklichte versuchte Körperverletzung und die fahrlässige Tötung treten als Bestandteile des § 227 aus Spezialitätsgründen dahinter zurück. B hat sich daher nur wegen versuchter Körperverletzung mit Todesfolge gemäß §§ 227, 223 I, II, 22, 23 I, 11 II, 18 strafbar gemacht.

³¹ BGHSt 31, 96 ff.

Philipp Lee*

Klausur im Staatsorganisationsrecht

Die Klausur behandelt grundlegende Themen des Staatsorganisationsrechts. Anhand von Fragen werden die Kenntnisse der Studierenden im Hinblick auf das Mehrheitsprinzip und den Minderheitenschutz geprüft. Zudem ist das Gesetzgebungsverfahren, insbesondere die Gesetzgebungskompetenz und die Mitwirkung des Bundesrates Gegenstand der Klausur. Abschließend nimmt die Klausur

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Wintersemester 2013/14 zur Vorlesung Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht von Jun.-Prof. Dr. Arne Pilniok an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg gestellt wurde. Dabei wurde die Bearbeitung des Autors mit sehr gut (18 Punkte) bewertet. Die Fußnotenbemerkungen stammen von Jun.-Prof. Dr. Arne Pilniok.

sur die 5%-Sperrklausel sowie die Beteiligtenfähigkeit politischer Parteien im Organstreitverfahren in den Blick.

Aufgaben¹

1. Nach der Bildung der Großen Koalition (GroKo) entsteht im Deutschen Bundestag eine Kleine Opposition (KleiOpp). Um sich bei der Diskussion möglichst umfassend mit Argumenten zu wappnen, möchte die Opposition das Thema Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz in der Demokratie grundsätzlich aufarbeiten. Dazu wenden sich die Oppositionsfraktionen an den Wissenschaft-

lichen Dienst des Bundestags. Dieser gibt bei Ihnen folgende Expertise in Auftrag: (insgesamt 35 Punkte)

a) Erläutern Sie Begründung und Funktion des Mehrheitsprinzips. Arbeiten Sie anschließend heraus, welche unterschiedlichen Mehrheitserfordernisse das Grundgesetz vorsieht und erklären Sie die Unterschiede. (ca. 15–20 Punkte)

b) Mit dem Mehrheitsprinzip geht in der Demokratie notwendigerweise der Minderheitenschutz einher. Beschreiben Sie, durch welche Mechanismen das Staatsorganisationsrecht politische Minderheiten schützt. (ca. 15–20 Punkte)

2. Die Bundesregierung möchte eine Autobahnmaut für PKW einführen. Nachdem europarechtliche Bedenken ausgeräumt worden sind, soll im Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur die Vorbereitung des Gesetzentwurfes beginnen. (insgesamt 30 Punkte)

a) Sie sind dort Referendar und werden darum gebeten, in einem Gutachten zu prüfen, ob dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für das Vorhaben zusteht. (20 Punkte)

b) Der Verkehrsminister ist neu im Amt und mit den Details des Gesetzgebungsverfahrens noch nicht gänzlich vertraut. Vor allem ist ihm unklar, wie der Bundesrat dabei mitwirkt. Stellen Sie die Mitwirkung des Bundesrates am Gesetzgebungsverfahren dar. (10 Punkte)

3. Nach anfänglichen Erfolgen und dem Einzug in mehrere Landesparlamente liegt die Piratenpartei in Wählerumfragen derzeit unter 5%. Nach einem erfolgreichen Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht gegen die Sperrklausel bei Europawahlen ist die Parteibasis „auf den Geschmack gekommen“ und möchte möglichst auch gegen die Sperrklausel im Bundestagswahlrecht vorgehen. Schließlich sei der Unterschied zwischen dem Deutschen Bundestag und dem Europäischen Parlament nicht besonders groß, und es könne nicht sein, dass bei der nächsten Bundestagswahl wieder so viele Stimmen wie 2013 nicht im Parlament repräsentiert seien. Der richtige Zeitpunkt dazu scheint gekommen, als das Bundeswahlgesetz wieder einmal geändert wird. Der Parteivorstand ist für eine solche Klage aufgeschlossen, möchte sich aber erst rechtlich absichern. (insgesamt 35 Punkte)

a) Daher bittet er Sie um ein Gutachten darüber, ob die 5%-Sperrklausel bei der Bundestagswahl materiell verfassungsgemäß ist. (25 Punkte)

b) Weil die Partei sich immer wieder mit dem Bundestagspräsidenten über Fragen der Parteienfinanzierung uneinig ist, möchte der Vorstand außerdem wissen, ob

und ggf. warum politische Parteien Beteiligte in einem Organstreitverfahren sein können. (10 Punkte)

Bearbeitung

Frage 1 a)²

A. Begründung und Funktion des Mehrheitsprinzips

Zur Begründung und Funktion des Mehrheitsprinzips sind die wesentlichen Vorteile des Mehrheitsprinzips herauszuarbeiten und zu untersuchen.

I. Praktikabilität

Mehrheitsprinzip bedeutet, dass zur Beschlussfassung bei mehreren Alternativen diejenige gewählt wird, für die sich die meisten Mitglieder einer Referenzgruppe aussprechen. Abzugrenzen ist dieses Prinzip daher vor allem vom Einheitsprinzip³, wo nur ein erzielter Konsens zur Entscheidung führt und vom Autoritätsprinzip, wo eine oder mehrere Autoritäten aufgrund ihrer Macht entscheiden.

Das Mehrheitsprinzip ist besonders einfach durchführbar. Zum einen kann durch Zählen relativ einfach festgestellt werden, ob die Mehrheit (i. d. R. 50%) erreicht wurde. Natürlich ist dies im Vergleich zum Einheitsprinzip kein markanter Vorteil, jedoch ist das Mehrheitsprinzip noch in anderen Hinsicht praktisch: Es muss kein Konsens erzielt werden. „Viele“ von einer Option zu überzeugen

¹ Ziel der Vorlesung und des gemeinsamen Programms der begleitenden Arbeitsgemeinschaften war es, nicht nur in die verfassungsrechtliche Fallbearbeitung einzuführen, sondern auch die Grundstrukturen des Verfassungsrechts, seine historischen und vergleichenden Zusammenhänge sowie verfassungstheoretische Aspekte zu verdeutlichen. Dies spiegelt sich auch in der Klausur als Prüfungsleistung wider: Die Fragen (Aufgaben 1, 2b und 3b) geben Gelegenheit, die Kenntnis des Grundgesetzes, seiner Prinzipien und Strukturen unter Beweis zu stellen, die Fälle (Aufgaben 2a und 3a) prüfen die gutachterliche Arbeitsweise in staatsrechtlichen Fällen.

Die Bearbeitungszeit betrug 120 Minuten. Es war in ganzen Sätzen zu antworten und möglichst genau Bezug auf die einschlägigen staatsrechtlichen Normen zu nehmen. Erlaubte Hilfsmittel: Textausgabe zum Staatsrecht.

Die Bewertung erfolgte anhand ausführlicher Hinweise und eines Rohpunkteschemas mit insgesamt 100 zu erreichenden Punkten. Dabei waren bei jeder Aufgabe Punkte für die exakte Formulierung und die präzise Arbeit mit den Normen vorgesehen. Beides ist in dieser Bearbeitung besonders gut gelungen. Ebenso lassen der inhaltlich souveräne Umgang mit der Materie des Staatsorganisationsrechts, aber auch die Argumentationstiefe und das Detailwissen die Bearbeitung sehr deutlich herausragen. Zudem ist zu beachten, dass der Erwartungshorizont nicht die Beherrschung des Staatsorganisationsrechts auf Examensniveau war, sondern eine Lernzielkontrolle nach dem ersten Semester.

² Die Bearbeitung der Aufgaben 1a und 1b überzeugt auch wegen des gelungenen logischen Aufbaus, der dem Leser durch die Setzung von Zwischentiteln deutlich sichtbar gemacht wird.

³ Ein besserer Ausdruck wäre hier Einstimmigkeitsprinzip.

gen ist grundsätzlich einfacher als „alle“ zu überzeugen. Zudem ist die Feststellung der Mehrheit transparent und nachvollziehbar; weshalb es das Vertrauen in das Verfahren stärkt. Als wesentliche Funktion ist damit die Praktikabilität herausgearbeitet.

II. Finden der sachlich richtigen Lösung

Im Gegensatz zum Autoritätsprinzip kann beim Mehrheitsprinzip die Entscheidung nicht einfach vom Himmel fallen. Da die Mehrheit zunächst überzeugt werden muss, kommt man um Diskussionen und Kompromisse nicht herum. So bietet sich die Möglichkeit, die Option sorgsam gegeneinander abzuwägen und auch mögliche Gegenpositionen zu berücksichtigen. Daher führen Mehrheitsentscheidungen tendenziell zu besseren Lösungen.

Dies ist jedoch nicht zweifelsfrei. Denn es besteht kein notwendiger Zusammenhang zwischen Mehrheit und Wahrheit. Zudem kann die „richtige“ Lösung von gestern heute eine andere sein. Hier zeigt sich jedoch eine weitere Stärke des Mehrheitsprinzips: Die Minderheit von heute kann die Mehrheit von morgen sein. Das Prinzip lässt also „Umstürze“ zu und ist für Veränderungen flexibel.

III. Harmonisierungseffekt

Diese Möglichkeit des „Legalen Umsturzes“ bringt einen Harmonisierungseffekt mit sich. Nicht nur, dass die Mehrheit per se hinter der Entscheidung steht und daher die Mehrheit keinen Grund hat sich zu beschweren; die Minderheit weiß, dass sie prinzipiell die Möglichkeit hat, eine Mehrheit zu werden. Daher sind die Anreize geringer, im Rahmen einer Revolution das System an sich zu bekämpfen. Somit wirkt das Mehrheitsprinzip stabilisierend und integrierend; harmonisierend.

B. Mehrheitserfordernisse im Parlament

Das Parlament kennt unterschiedliche Mehrheitserfordernisse.

I. Einfache Mehrheit

Die einfache Mehrheit ist der Normalfall. Sie kommt bspw. bei einem einfachen Beschluss des Bundestages zum Einsatz, Art. 77 I 1 GG. Die einfache Mehrheit ist die Mehrheit (>50%) der abgegebenen Stimmen, Art. 42 II 1 GG.

II. Mehrheit der Mitglieder

Die Mehrheit der Mitglieder des Bundestages stimmt bspw. über ein Gesetz, gegen das der Bundesrat Einspruch erhoben hat, ab, Art. 77 IV 1 GG. Dies ist die Mehrheit der gesetzlichen Mitgliederzahl, Art. 121 GG.

III. Einfach qualifizierte Mehrheit

Eine einfache $\frac{2}{3}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen benötigt man im Falle des Art. 77 IV 2 GG.

IV. Doppelt qualifizierte Mehrheit

Im Falle einer Verfassungsänderung braucht man $\frac{2}{3}$ der Stimmen der gesetzlichen Mitgliederzahl, Art. 79 III GG.

V. Zusammenfassung

Je höher der Legitimationsbedarf für die Entscheidung ist, desto höher ist die Anforderung an das Mehrheitsprinzip.

VI. Nachtrag

Eine „unechte“ privilegierte Mehrheit findet sich bspw. für die Einrichtung eines Untersuchungsausschusses (i. F. UA), Art. 44 I 1 GG, für den eine $\frac{1}{4}$ -Mehrheit der Mitglieder erforderlich ist.

Aufgabe 1 b)

A. Minderheitenrechte

I. Untersuchungsausschuss (UA)

Eines der wichtigsten Minderheitsrechte ist die Einrichtung eines UA, Art. 44 GG. Dieser kann „Licht ins Dunkel“ bringen und so die parlamentarische Mehrheit – bzw. die von ihr gestützte Regierung – unter Druck setzen. Der UA ist damit ein entscheidendes Recht der Minderheit, Informationen in die Öffentlichkeit zu tragen.

II. Abstrakte Normenkontrolle (aNK)

Mit der aNK kann $\frac{1}{4}$ der Bundestags-Mitglieder vom BVerfG im Gesetz auf die Verfassungsmäßigkeit überprüfen lassen, Art. 93 I Nr. 2 GG. Somit besteht die Möglichkeit, dass ein von der Mehrheit beschlossenes Gesetz der Regierung vom BVerfG für nichtig erklärt wird. Dies ist ein Druckmittel der Minderheit, da eine erfolgreiche aNK ihrem Ansehen schadet und auch die Öffentlichkeit kritisch stimmt.

III. Abgeordnetenrechte

Gemäß Art. 38 I 2 GG sind die Abgeordneten mit vielen Rechten ausgestattet. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes und haben daher das Recht auf Gleichbehandlung. So müssen die Fraktionen ihrer Stärke entsprechend Redezeit eingeräumt bekommen und müssen auch entsprechend in den Ausschüssen vertreten sein (Grundsatz der Spiegelbildlichkeit).

IV. Öffentlichkeitsprinzip

Überhaupt ist das Prinzip der Öffentlichkeit, Art. 42 I 1 GG eine Sicherung für die Minderheit. Denn nur wenn öffentlich bekannt wird, wo die Unterschiede zwischen Mehrheit und Minderheit bestehen und wer für was steht, kann die Minderheit für ihre Stärkung kämpfen und hat eine Chance, zur Mehrheit zu mutieren.

V. Initiativrecht

Weiterhin hat die Minderheit ($\frac{1}{4}$ der Mitglieder) das Recht, Gesetzesinitiativen einzubringen, Art. 76 I 2. Alt. GG.⁴

Aufgabe 2 a)

Zu klären ist, ob dem Bund die Verbandskompetenz für die Erhebung der Autobahnmaut nach dem GG zukommt.

I. Grundsatz der Landeskompetenz

Gemäß Art. 30, 70 I GG sind grundsätzlich die Länder befugt, Gesetze zu beschließen. Etwas anderes gilt, wenn das GG ausdrücklich dem Bund die Kompetenz zuweist.

II. Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Gemäß Art. 72 I, II, 74 I Nr. 22 GG hat der Bund eine Bedarfskompetenz für die Erhebung von Gebühren und Entgelten für die Benutzung öffentlicher Straßen. Eine Autobahnmaut fällt darunter. Als Bedarfskompetenz ist jedoch gemäß Art. 72 II GG ein erhöhter Begründungsaufwand erforderlich, damit der Bund für die spezifische Regelung die Kompetenz beanspruchen kann.⁵

III. Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse

Zunächst könnte die Maut zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse nötig sein.

Dies ist jedoch laut BVerfG nur dann der Fall, wenn sich die Lebensverhältnisse im Bundesgebiet erheblich auseinanderentwickelt haben oder zu entwickeln drohen. Dies ist nicht der Fall.

IV. Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit

Eine Maut könnte zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit nötig sein.⁶ Bundesautobahnen erstrecken

⁴ Die Lösung könnte noch erweitert werden um weitere Gebiete des Staatsorganisationsrechts: Mechanismen des Minderheitenschutzes lassen sich zunächst im Wahlrecht erkennen. Das deutsche Wahlsystem wird von einem Verhältniswahlelement dominiert, das eine proportionale Repräsentation von Parteien und damit auch von Minderheitenpositionen im Parlament bewirkt. Im Parteienrecht ergibt sich der Zusammenhang von Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz zunächst aus dem Prinzip der innerparteilichen Demokratie (Art. 21 I 3 GG). Entsprechende Ausgestaltungen, etwa Rede- und Antragsrechte finden sich im Parteien- und BundeswahlG. Zudem kann das „Parteienprivileg“ als ein besonderer Schutz politischer Minderheiten verstanden werden.

⁵ Hier wäre es gutachtentechnisch sinnvoll gewesen, die folgenden Prüfungsvoraussetzungen bereits zu benennen.

⁶ Hier fehlt eine Definition von Wahrung der Rechtseinheit. Nicht

sich gewöhnlich durch mehrere Bundesländer und werden zum länderübergreifenden Verkehr von Personen und Waren genutzt. So erscheint zunächst eine Bundesregelung zur Wahrung der Rechtseinheit geboten, denn es ist den Autobahnverwendern nicht zuzumuten, sich stets über unterschiedliche Regelungen auf dem Weg zu erkundigen. Unterschiedliche Landesregelungen würden hier zu Verwirrung und Chaos führen. Auch in Hinblick auf die Modalitäten der Entrichtung der Steuer würde eine landeseigene Regelung zu Zuständen führen, die für den Bürger nicht zumutbar sind. Zwar könnten die Länder sich untereinander abstimmen um eine einheitliche Lösung zu finden; gerade für solche Fälle soll der Bund jedoch gleich die Kompetenz an sich ziehen.

Auch im Hinblick auf die Wirtschaftsordnung scheint die Maut dem Bund zuzukommen, da Autobahnen für den wirtschaftlichen Warenverkehr erhebliche Bedeutung haben. Unterschiedliche Regelungen würden zu Maut-Wettbewerben zwischen den Ländern führen, da die Unternehmen günstige Tarife bevorzugen würden. So wäre eine effektive Durchsetzung unmöglich. Diejenigen Länder, die keine oder eine niedrige Maut hätten, wären hohem Verkehrsaufkommen ausgesetzt und andere würden hohe Gebühren nicht durchsetzen können.⁷

Somit ist die Voraussetzung des Art. 72 II GG gegeben. Der Bund hat die Verbandskompetenz.

Aufgabe 2 b)⁸

Im Initiativverfahren hat der Bundesrat ein Initiativrecht, Art. 76 I Alt. 3 GG.

Bei Vorlagen der BReg. ist zunächst (zwingend) die Stellungnahme des Bundesrates einzuholen, Art. 76 II 1 GG.

Im Hauptverfahren sind beschlossene Gesetze des Bundestages gem. Art. 77 I 2 GG dem Bundesrat zuzuleiten. Dieser kann binnen drei Wochen die Einberufung des Vermittlungsausschusses verlangen, Art. 77 II 1 GG. Dieser Ausschuss soll Kompromisse zwischen Bundesrat und Bundestag aushandeln.

jedes Auseinanderfallen von Regelungen in den einzelnen Ländern aus Gründen der Rechtssicherheit macht schon eine bundesrechtliche Regelung erforderlich. Unterschiedliche Regelungen auf Länderebene entsprechen gerade dem Wesen des Föderalismus. Vielmehr bedarf es zwingender Gründe des Gemeinwohls, die gegen unterschiedliche Rechtslagen in den Bundesländern sprechen.

⁷ Die Argumentation ist gut gelungen.

⁸ Die Bearbeitung dieser Aufgabe hätte noch besser strukturiert werden können, etwa indem eingangs vermerkt wird, dass der Bundesrat in zwei Phasen des Verfahrens beteiligt werden kann, in der Initiativphase und in der Beschlussphase. Weiter ließe sich festhalten, dass die Beteiligung in der Initiativphase davon abhängt, wer die Gesetzesinitiative ergreift.

Das weitere Vorgehen bestimmt sich danach, ob ein Einspruchs- oder Zustimmungsgesetz vorliegt. Gesetze sind nur zustimmungspflichtig, wenn das GG dies anordnet.

Im Falle eines Zustimmungsgesetzes hat der BR gemäß Art. 77 IIa GG Beschluss über die Zustimmung zu fassen. Versagt der BR die Zustimmung, ist das Gesetz gescheitert.

Ein Einspruchsgesetz hingegen kommt zustande, wenn der Bundesrat keinen Vermittlungsausschuss binnen drei Wochen einberuft oder sonst keinen Einspruch einlegt, Art. 78 GG.

Im Falle des Einspruchs kann der Bundesrat vom Bundestag nach den spezifischen Mehrheitserfordernissen des Art. 77 IV GG überstimmt werden: Das Gesetz kommt zustande.

Aufgabe 3 a)

Zu prüfen ist, ob § 6 III 1 BWG⁹ materiell verfassungsgemäß ist. Als einfaches Gesetz ist es an der Verfassung zu messen.

I. Verstoß gegen Art. 38 I 1¹⁰

In Betracht kommt ein Verstoß gegen die Wahlrechtsgrundsätze, die in Art. 38 I 1 GG verbürgt sind. In erster Linie kommt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit in Betracht.

1. Schutzbereich¹¹

Wahlrechtsgleichheit ist zu differenzieren in Zählwertgleichheit und Erfolgswertgleichheit. Zählwertgleichheit bedeutet – one man one vote –, dass jede Stimme gleich viel zählt. Diese ist hier nicht betroffen. Erfolgswertgleichheit ist wieder zu differenzieren je nach Wahlsystem. Das BWG, das den Gestaltungsauftrag des GG konkretisiert, kennt sowohl Mehrheitswahlen als auch Verhältniswahlen. Bei der 5%-Hürde geht es um die Verteilung der Landeslistenplätze, also um das Verhältniswahlrecht. Hierbei bedeutet Gleichheit der Wahl, dass

⁹ Die Rechtsgrundlage für die sogenannte 5%-Hürde befindet sich in § 6 VI 1 Alt. 1 BWG.

¹⁰ Die Gliederung der Bearbeitung kann hier nicht restlos überzeugen. Zum einen ist darauf zu achten, dass auf einer Gliederungsebene nicht nur ein Gliederungspunkt stehen sollte (wer A sagt muss auch B sagen). Hier steht der Punkt I.1. Schutzbereich jedoch alleine auf der zweiten Gliederungsebene. Zum anderen legt die Gliederung nahe, dass die Punkte Verstoß gegen Art. 38 I 1 GG (I.), Eingriff (II.) und Rechtfertigung (III.) auf der gleichen Ebene anzusiedeln sind. Logischer erscheint es die Punkte Schutzbereich (1.), Eingriff (2. oder allenfalls zusammen mit Schutzbereich) und Rechtfertigung (3.) als gleichrangige Unterpunkte von Verstoß (I.) zu betrachten.

¹¹ In einer abweichenden Terminologie wird statt vom Eingriff in den Schutzbereich von einer Ungleichbehandlung gesprochen.

sich jede Stimme im Verhältnis gleich stark auf das Ergebnis auswirkt, also 1% der Stimmen 1% der Sitzverteilung ausmachen. Durch die 5%-Hürde werden Stimmen, die sich auf Parteien vereinen, die nicht 5% erreichen, im Ergebnis unberücksichtigt. Der Schutzbereich der Wahlrechtsgleichheit ist betroffen.

II. Eingriff

Ein Eingriff liegt vor, da diejenigen Parteien, die ein schlechteres Ergebnis als 5% erwarten dürfen, nicht ins Parlament kommen.¹²

III. Rechtfertigung

Der Eingriff kann gerechtfertigt sein, wenn der Gesetzgeber durch die Regelung entgegenstehenden Interessen von Verfassungsrang Rechnung trägt.

1. Funktionsfähigkeit des Parlaments

Der Gesetzgeber verfolgte das Ziel, einer Zersplitterung des Parlaments entgegenzuwirken. Er befürchtete, dass bei Berücksichtigung kleinerer Parteien im Parlament dies den Effekt haben würde, dass weitere Splitterparteien entstehen, ja dass sich die großen Volksparteien in Splitterparteien auflösen. Diese Befürchtung war wesentlich geprägt von der Weimarer Erfahrung, wo das Parlament über weite Zeitspannen hinweg handlungsunfähig war. Eine Zersplitterung der Parteien führt dazu, dass zu viele Einzelinteressen im Parlament vertreten sind und eine Lösungsfindung – Kompromissfindung – erschwert wird. Eine Zersplitterung der Parteienlandschaft würde den integrierenden Effekt großer Parteien zunichte machen und so die Stellung der Parteien insgesamt schwächen. Die Demokratie des GG ist aber ausgeformt als parteienstaatliche Demokratie, Art. 21 GG, wobei den Parteien wesentliche Funktionen als Mittler zwischen Staat und Gesellschaft zukommt. Das Parlament als Zentralorgan der Demokratie muss jedoch handlungsfähig sein. Insofern kommt der Zielsetzung des Gesetzgebers hohes Gewicht zu.

Im Europaparlament hingegen ist eine solche Zersplitterung nicht zu befürchten, da jenes ohnehin – durch die vielen vertretenen Nationen – zersplittert ist. Es gibt keine „europäischen Parteien“. Zudem ist das europäische Parlament in seiner Wichtigkeit dem Bundestag weit unterlegen. Das Europaparlament ist kein Zentralorgan der EU. Daher ist eine analoge Übertragung der Überlegung zum Europaparlament nicht angesagt.¹³

¹² Der Eingriff, respektive die Ungleichbehandlung, liegt genauer deshalb vor, weil die Zweitstimmen, die einer Partei zufallen, welche weniger als 5% der Stimmen erreicht, bei der Verteilung der Bundestagsmandate nicht berücksichtigt werden. Diesen Stimmen wird dadurch nicht der Zählwert aber jeglicher Erfolgswert genommen.

¹³ Es ist positiv zu bewerten, dass auf diese Argumentation eingegangen wird. In der Sache wären diese Aspekte (was allerdings im Rahmen einer Klausur nicht zu leisten ist!) stärker zu differenzieren.

Die 5%-Hürde ist auch geeignet, der Parteienzersplitterung entgegenzuwirken.

Jedoch ist angesichts der letzten Wahl fraglich, ob nicht auch andere, weniger intensive Eingriffe geboten wären. Denkbar wäre eine Absenkung der Hürde auf 3%. Denn ungeachtet der hoch anzusiedelnden Zielsetzungen bedeutet es für die Parteien, die es nicht ins Parlament schaffen, einen erheblichen Eingriff. 5% der Stimmen sind sicher relativ wenige, aber absolut gesehen vereinen auch diese Parteien große Bevölkerungsanteile hinter sich. Daher scheinen 5% eine hohe Hürde zu sein. Die betroffenen Parteien haben hierdurch existenzielle Probleme. Außerdem führt die 5%-Hürde zu Demokratieverdrossenheit, da kleine, neue Parteien es schwer haben und so tendenziell Wähler ganz von der Wahl fernbleiben.

Doch eine Absenkung auf 3% würde der Wirksamkeit entgegenstehen. Zudem sichert die Grundmandatsklausel, § 6 III 1, 2. Alt. BWG, dass regional bedeutende Parteien im Parlament berücksichtigt werden. Insofern ist den bestehenden Bedenken zumindest teilweise Rechnung getragen worden.

2. Ergebnis

Die Maßnahme ist daher verhältnismäßig, der Eingriff zu rechtfertigen.

II. Ergebnis zu I.

Die 5%-Sperrklausel ist materiell verfassungsgemäß.

Aufgabe 3 b)

Gefragt ist nach der Beteiligtenfähigkeit politischer Parteien im Organstreitverfahren.

Gemäß § 63 BVerfGG sind politische Parteien nicht beteiligtenfähig. Das Wort „nur“ deutet auf eine abschließende Aufzählung hin. Jedoch wird § 63 BVerfGG von Art. 93 I Nr. 1 GG als höherrangige Norm verdrängt. Im GG ist auch „anderen Beteiligten“, die Rechte nach dem GG haben, Beteiligtenfähigkeit eingeräumt. Politische Parteien sind durch Art. 21 GG mit eigenen Rechten ausgestattet. Somit sind sie beteiligtenfähig im Organstreitverfahren.

Dies ist der Fall, da andernfalls die verfassungsmäßigen Rechte der Parteien nicht justiziabel wären, wenn sie von anderen Staatsorganen verletzt würden. Die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG kommt nicht in Betracht, da Art. 21 GG weder ein Grundrecht noch grundrechtsgleiches Recht ist. Somit wäre Art. 21 GG insgesamt nicht gerichtlich durchsetzbar.

Zudem zeichnet Parteien eine besondere Staatsnähe aus. Nach Art. 21 I 1 GG wirken sie bei der politischen Willensbildung mit und sind so Mittler zwischen Staat und Gesellschaft. In diesem Bereich muss gewährleistet sein, dass sie bspw. gleichberechtigt sind und angemessen finanziert werden. Diese sensiblen Rechte werden durch die Beteiligtenfähigkeit im Organstreitverfahren justiziabel.

Ole Schley*

Transparency in Investment Arbitration

In recent years, concerns about transparency in international investment arbitration have been ever-increasing and have been answered, to different degrees, in all major international investment arbitration frameworks as well as in arbitration practice. The following paper will provide a brief introduction into the international investment arbitration system and examine transparency aspects of international investment agreements, focussing on ICSID, NAFTA and UNCITRAL. The paper concludes that, given most recent developments especially in the 2014 UNCITRAL Rules on Transparency, the overall level of transparency in investment arbitration has risen to an all-time

high, yet still leaving room for institutionalized improvements.

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer von Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M. (Duke), im Wintersemester 2013/2014 im Schwerpunktbereich Europa- und Völkerrecht mit dem Thema „Transparency in Investment Arbitration“ – Die Bedeutung des Transparenzgrundsatzes in der Streitschlichtung (Schiedsgerichtsbarkeit) zu investitionsschutzrechtlichen Fragen“ gestellten Schwerpunktbereichshausarbeit des Verfassers, die mit „gut“ bewertet wurde. Die Arbeit konnte in englischer oder deutscher Sprache abgefasst werden und sollte gemäß der Aufgabenstellung – anhand ausgewählter Fallbeispiele – die Grundzüge der „investment arbitration“ herausarbeiten und dabei auf die Bedeutung des Transparenzgrundsatzes (und eventueller Transparenzdefizite) eingehen.

Bibliography

- Asteriti, Alessandra/Tams, Christian J.*: Transparency and Representation of the Public Interest in Investment Treaty Arbitration. 787–816 in: *Schill, Stephan W. (Ed.)*: International Investment Law and Comparative Public Law. Oxford, 2010
- Bernasconi-Osterwalder, Nathalie/Johnson, Lise*: International Investment Law and Sustainable Development. Key cases from 2000–2010. International Institute for Sustainable Development 2010
- Bernasconi-Osterwalder, Nathalie/Johnson, Lise*: New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps. Investment Treats News, Issue 4 (2013)
- Bernasconi-Osterwalder, Nathalie/Johnson, Lise*: Transparency in the Dispute Settlement Process: Country best practices. International Institute for Sustainable Development Bulletin #2 (2011)
- Buys, Cindy G.*: The Tensions Between Confidentiality and Transparency in International Arbitration. 14 The American Review of International Arbitration, 121 (2003)
- Cook, Jeffrey T.*: The Evolution of Investment-State Dispute Resolution in NAFTA and CAFTA: Wild West to World Order. 34 Pepperdine Law Review, 1085 (2007)
- de Mestral, Arnand*: The Contribution of International Investment law to Public International Law. 342–356 in: *de Mestral, Arnand/Lévesque, Céline (Ed.)*: Improving International Investment Agreements. New York, 2013
- de Mestral, Arnand*: The Evolving Role of the European Union in IIA Treaty-Making. 43–58 in: *de Mestral, Arnand/Lévesque, Céline (Ed.)*: Improving International Investment Agreements. New York, 2013
- Dolzer, Rudolf/Schreuer, Christoph*: Principles of International Investment Law. 2nd edition, Oxford, 2012
- Euler, Dimitrij*: EU Commission and Investment Arbitration: (Non-) Harmonised Transparency and Public Policy Under the Applicable Law? 28.12.2012. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2269937>
- Franck, Susan D.*: The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decision. 73 Fordham Law Review, 1521 (2005)
- Feliciano, Florentino P.*: The Ordre Public Dimensions of Confidentiality and Transparency in International Arbitration. 15–30 in: *Nakagawa, Junji (Ed.)*: Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement. New York 2013
- Hafner-Burton, Emilie M./Steinert-Threlkeld, Tachary C./Victor, David G.*: Leveling the Playing Field. Laboratory on International Law and Regulation Working Paper #18 (2013)
- Hafner-Burton, Emilie M./Steinert-Threlkeld, Tachary C./Victor, David G.*: Transparency of Investor-State Arbitration. 13.09.2013. Available at: <http://www.lawschool.cornell.edu/cornell-IL-IR/upload/Transparency-in-Arbitration.pdf>
- Haftel, Yoram Z./Thompson, Alexander*: Delayed Ratification: The Domestic Fate of Bilateral Investment Treaties. International Organisation 67 (2), 355, (2013)
- Harrison, James*: Recent Developments to Promote Transparency and Public Participation in Investment Treaty Arbitration. University of Edingburgh, School of Law, Working Paper Series, No. 2011/01
- Ishikawa, Tomoko*: NGO Participation in Investment Treaty Arbitration. In: Vemuri, Siravan: Connected Accountabilities. Environmental Justice & Global Citizenship. Oxford, 2009
- Kinnear, Meg*: Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement. Symposium Co-Organized by ICSID, OECD and UNCTAD. Paris, 2005
- Knahr, Christina/Reinisch, August*: Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise. 6 The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 97, 2007–2008
- Levine, Eugenia*: Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation. 29 Berkeley Journal of International Law, 200 (2011)
- McLachlan, Campell/Shore, Laurence/Weiniger, Matthew*: International Investment Arbitration. Substantive Principles. Oxford, 2007
- Norris, Amanda L./Metzidakis, Katina E.*: Public Protects, Private Contracts: Confidentiality in ICSID Arbitration and the Cochabamba Water War. 15 Harvard Negotiation Law Review, 31 (2010)
- Oranella, Marcos A.*: The Right of Access to Information and Investment Arbitration. 26 (2) ICSID Review 59 (2011)
- Plagakis, Sofia*: Webcasting. A Tool to Increase Transparency in Judicial Proceedings. 84–118 in: *Nakagawa, Junji (Ed.)*: Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement. New York 2013
- Schill, Stephan W.*: Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. 71 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 247 (2011)
- Schokkaert, Jan/Heckscher, Yvon*: Investmental Investments Protection. Comparative Law Analysis of Bilateral and Multilateral Interstate Conventions, Doctrinal Text and Arbitral Jurisprudence Concerning Foreign Investment. Brussels, 2009
- Schreuer, Christoph*: The ICSID Convention A Commentary. 2nd edition, Cambridge, 2009
- Tayhar, Benjamin H.*: Confidentiality in ICSID Arbitration AMCO Asia Corp. v. Indonesia: Watchword or White Elephant. 10 Fordham International Law Journal, 93 (1986)

Links provided in the document were accessed lastly on 15 December 2013.

Index

(nicht abgedruckt; kann unter www.hamburger-rechtsnotizen.de eingesehen werden)

List of Abbreviations

BIT	Bilateral Investment Treaty
DR-CAFTA	Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement

EU	European Union
FTA	Free Trade Agreement
FTC	Free Trade Commission
ICC	International Chamber of Commerce
ICJ	International Court of justice
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICSID AF	Additional Facility of the International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICSID Convention	Convention of the International Centre for Settlement of Investment Disputes
IIA	International Investment Agreement
NAFTA	North American Free Trade Agreement
New York Convention	The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards
NGO	Non-Governmental Organization
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
PCA	Permanent Court of Arbitration
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCITRAL Arbitration Rules	Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
USA	United States of America
US	United States
WTO	World Trade Organization

Transparency in Investment Arbitration

„Their meetings are secret. Their members are generally unknown. The decisions they reach need not be fully disclosed. Yet the way a small group of international tribunals handles disputes between investors and foreign governments has led to national laws being revoked, justice systems questioned and environmental regulations challenged. And it is all in the name of protecting the rights of foreign investors (...).“¹

Abstract

In recent years, concerns about transparency in international investment arbitration have been ever-increasing, together with the amount of cases dealt in front of arbitra-

tration tribunals. These concerns have been answered, to different degrees, in all major international investment arbitration frameworks as well as in arbitration practice. The following paper will provide a brief introduction into the international investment arbitration system and review arguments in favor of transparency and those advocating confidentiality. It will then examine, while taking institutional rules as well as existing case-law into consideration, transparency aspects of international investment agreements, focussing on ICSID, NAFTA and UNCITRAL. Although the admission of amici curiae to arbitration tribunals is a topic on its own, it is one very closely connected to transparency in investment arbitration, hence covered in many parts of this paper. The paper concludes that, given most recent developments especially in the 2014 UNCITRAL Rules on Transparency, the overall level of transparency in investment arbitration has risen to an all-time high, yet still leaving room for institutionalized improvements.

I. International Investment Arbitration – an Introduction

The last two decades have seen a rapid increase in the number of international investment arbitration. With more than 2800 BITs and numerous FTAs concluded worldwide,² the vast majority of them containing dispute settlement agreements, investor-state arbitration cases have amounted from only a handful until the early 1990s to 514 known cases until 2012,³ making investment law currently one of the most dynamic fields in public international law. From this newly found “veritable flood”⁴ of cases, about 60 percent are governed under the framework of the ICSID convention, followed by approximately 28 percent under UNCITRAL arbitration rules.⁵ Regardless of the governing framework, certain core characteristics, such as the constitution of the three arbitrator panels, the role of a private investor acting as the claimant against a respondent state, and the protection standard offered under investment agreements, are usually quite similar. Given the advantages of BITs and similar agreements in an increasingly globalized world – offering investors from capital exporting countries some legal security while at the same time providing especially developing states with a chance to attract foreign capital – investment arbitration can be expected to gain further relevance.

² HafTEL/Thompson, International Organisation 67 (2), 355, 356 (2013).

³ UNCTAD Issue Note Nr. 1, May 2013 <www.unctad.org/diae> 58 cases have been filed in 2012 alone.

⁴ Dolzer/Schreuer, Principles of Investment Law, at 10 (2012).

⁵ Hafner-Burton/Steinert-Threlkeld/Victor, Transparency of Arbitration, at 4 (2013). The remaining share is mostly taking place within commercial frameworks such as the ICC.

¹ DePalma, New York Times 11.03.2011.

However, the explosion of arbitration cases in recent years has also been accompanied by increasing concerns for the legitimacy of the arbitration system as a whole. Especially those states facing tribunals more often than others have voiced concerns that investors are using the system to undermine legitimate public policies, turning arbitration into a serious burden in terms of time and money. In some cases, states have withdrawn from the ICSID convention.⁶ Highly influential countries such as the USA have openly questioned the suitability of arbitration for investment disputes as a whole.⁷ The investment arbitration system is also alleged of lacking accountability, mainly due to secrecy and confidentiality of proceedings.⁸ In summary, this has quickly led to a major “legitimacy crisis”⁹. The question of how to balance needs for transparency and confidentiality can hence be described as a key problem investment arbitration is facing today.¹⁰ This problem will be examined in the present paper.

II. About Confidentiality in Investment Arbitration

1. Why is Confidentiality Valuable in Investment Arbitration?

Arbitration provides a forum for dispute settlement which, under ideal circumstances, allows the parties involved to disassociate themselves from a potentially politically charged dispute.¹¹ While there are many reasons disputing parties might prefer referring to arbitration instead of court litigation – inter alia aspects of time, money, the expertise of party appointed arbitrators compared to judges, the fear of bias in a national court system or the superior enforceability of arbitration awards in accordance with the New York Convention¹² – confidentiality is often considered to be the “hallmark”¹³ of arbitration. Besides from the obvious benefit of protecting business informations and trade secrets, especially litigious companies or states facing similar claims and defenses might wish to keep proceedings confidential, even more so in case of a loss. Due to long term contracts, parties might also be forced to cooperate again after their dispute has been settled, making them reluctant to accuse, or vice versa be accused, their counterpart of certain misbehaviors in public, further poisoning the relationship. Furthermore, confidentiality can help to find a more rational settlement along the way, since

it can prevent parties from becoming tied on positions as a result of public outrage.¹⁴ Any additional transparency measure, however, is likely to turn into some sort of burden for the parties and the tribunal, having to comply with the need of facilitating documents, hearings and participation possibilities to the public, what usually will require time, money and resources.¹⁵

2. Orthodox Approach to Arbitration

The aforementioned reasons contribute to arbitration traditionally being conducted with what can be called the “orthodox approach”.¹⁶ International investment arbitration is developing from an entirely private and commercial background, with all frameworks and institutions handling arbitration cases except the ICSID originally being drafted for private arbitration.¹⁷ Within these frameworks, it is more often than not impossible to know whether arbitration proceedings have been initiated at all, and with proceedings taking place in camera, even less is disclosed about disputes involved and decisions awarded.¹⁸ Transparency rules, if existent, remain completely within the discretion of the parties involved and instead of permanent judicial bodies, ad-hoc tribunals are constituted for each case. Additionally, the majority of arbitrators still has a decidedly commercial background.¹⁹ This orthodox approach is obviously suitable for private arbitration, where disputants are keen on having efficient solutions and are neither willing nor obliged to reveal their disputes to the public in any form.²⁰

III. Calls for Reform

Arbitration involving investor-state disputes, however, is a fairly young concept. Prior to the ratification of the ICSID convention in 1965, the ideas for solving these disputes varied, but certainly did not include the idea of an investor suing the host state on an autonomous basis,²¹ and rules developed for private arbitration were used. While it is, given these circumstances, not surprising that confidentiality took such a high stand in the early years of investor-state arbitration, the need for enhanced transparency seemed so obvious that the time it took to address these matters appeared to be a “mystery” to some observers.²²

⁶ This goes for Venezuela, Bolivia and Ecuador, with Argentina having declared the intention for withdrawal as well. See Hafner-Burton/Steinert-Threlkeld/Victor, *Transparency of Arbitration*, supra 17 (2013).

⁷ Cook, 34 *Pepp. L. Rev.* 4, 1085, 1099 f (2007).

⁸ Harrison, *Working Paper Series*, at 1 (2011).

⁹ See for many just Franck, 73 *Fordham L. Rev.*, 1521 (2005).

¹⁰ Knahr/Reinisch, 6 *Law & Prac. Int'l Cts & Tribunals* 97, 98 (2007).

¹¹ Norris/Metzidakis, 15 *Harv. Negot. L. Rev.* 31, 70 (2010).

¹² Dolzer/Schreuer, *Principles of Investment Law*, at 235 ff (2012).

¹³ Knahr/Reinisch, 6 *Law & Prac. Int'l Cts & Tribunals* 97, 109 (2007).

¹⁴ Buys, *Am. Rev. Int'l Arb.* 121, 123 (2003).

¹⁵ Levine, *Berkeley J. Int'l Law*, 200, 220 f. (2011).

¹⁶ Asteriti/Tams, *Transparency and Representation*, at 789 (2010).

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Bernacosci-Osterwalder/Johnson, *IISD #2*, at 1 (2011).

¹⁹ Schill, *ZaoeRV*, 247, 259 f (2011).

²⁰ Yves Frontier describes this conclusion as “self evident”. Quoted from Asteriti/Tams, *Transparency and Representation*, at 790 (2010).

²¹ That is, of course, under the presumption an IIA exists. For a more detailed retrospective see Dolzer/Schreuer, *Principles of Investment Law*, at 1–13, 233 ff (2012).

²² Kinnear, *Transparency and Third-Party Participation*, OECD, at 1 (2005).

1. Accountability of Public Entities / Public Scrutiny

Unlike private disputants, public entities do have the obligation – and often the will – to disclose informations to the public and act in a transparent way, behavior generally associated with good governance.²³ In front of an international investment arbitration tribunal, however, due to the aforementioned orthodox approach, disclosure often requires consent of the parties,²⁴ which is especially questionable when considering the powers such a tribunal is vested with – effectively, it has the power of striking down national legislations, altering governmental economic concepts and judging administrative measures even in times of economic crisis, a judicial review power which, if existent at all, is normally reserved for highest constitutional courts in the host state. Additionally, it can impose hefty fines on the host state, which usually have to be paid from the public treasury and thus affect every tax payer.²⁵ Already the threat of a claim in front of such a tribunal could very well lead to a “chilling effect” e.g. on the host states environmental policies.²⁶

Awards of arbitration tribunals are under regular circumstances no subject to a judicial review in front of a domestic court and even though under international investment law very limited grounds for annulment exist, these usually do not include an annulment on the grounds of merits.²⁷ They possibly impact states in areas those might consider their national prerogative. States also lack the possibility of a counterclaim. Hence, an investment tribunal, often deciding awards with a slight margin of 2 to 1 arbitrators, for the feeling of many lacking the mandate from the people its decisions affect, seems to be struggling to establish a basis of legitimacy anyhow. This being said, there are also scenarios conceivable where the need for greater codified transparency rules becomes especially manifest, that is, when serious breaches of international standards seem nearby.²⁸ It is not hard to imagine states or powerful investors accused of human rights violations, breaches of minimum labor law standards, or equivalent misconduct, be firm supporters of confidentiality. There may also be cases where for domestic political reasons a state fails to emphasize on human rights or environmental issues.²⁹ Transparen-

cy and inclusiveness might help to fill the relevant gaps and it is hard to think of any justification why the decision about disclosure of these issues should be left to the state, a private investor or an ad-hoc tribunal.

Accordingly, the first and major concern raised with an increasing intensity was the one for accountability, both of the arbitration tribunals, which compared to domestic courts have a very limited democratic legitimation, and also the respondent state, who was sued for his exercise of public powers in front of the tribunal instead of a domestic court.³⁰

2. Enhanced Acceptance

Transparency in this regard can help in many ways to enhance legitimacy of a dispute settlement system. It is a precondition for the evolution of a coherent case-law that can at least serve as a general guideline for expected outcomes and can help avoiding cases before they arise, an aspect investment arbitration so far has had certain difficulties with.³¹ The quest for transparency does, of course, not stop with the publication of the award itself. Since investment arbitration involves the public or parts thereof, commencement of proceedings has to be put on public notice, and the public should also be able to participate to some extent.³² As the tribunal in *Vivendi II vs Argentina* noted, “[p]ublic acceptance of the legitimacy of international arbitral processes, particularly when they involve states and matters of public interest, is strengthened by increased openness and increased knowledge as to how these processes function.”³³ Following a possibly unfavorable award, the public will most certainly be more likely to accept a transparent outcome it additionally had the chance to participate in.

3. Comprehensive Review

But besides from that, transparency can also actually help to decide the outcome of a case on the merits. Especially environmental NGOs have proven to actively seek possibilities to submit briefs to tribunals and while they might, more often than not, not be crucial to decide the outcome of a case, already the gesture of permitting them might be valuable. It should, of course, also be noted that naturally, very few NGOs will participate in a conflict on behalf of the claimant, in other words, on behalf of a foreign investor. This might, however, help balancing the scale especially for those states which have

23 Feliciano, *The Ordre Public Dimensions of Confidentiality and Transparency*, in: *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, 15, 19 (2013).

24 See Chapter IV for details.

25 An example award in this regard is *S.D. Myers vs. Canada*, Partial Award 13.11.00, 2nd Partial Award 21.10.2002, which led the Canadian government to revoke a regulation, while also being fined for 13 million US\$. See also Asteriti/Tams, *Transparency and Representation*, at 791 f (2010).

26 Ishikawa, *NGO Participation*, at 111 (2009).

27 Dolzer/Schreuer, *Principles of Investment Law*, at 300 ff (2012).

28 See Reiner/Schreuer in: *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, at 82–94 (2009).

29 McLachlan/Shore/Weiniger, *International Investment Arbitration*, at 3.5.0 (2007).

30 Harrison, *Working Paper Series*, at 2 (2011).

31 Knahr/Reinisch, 6 *Law & Prac. Int'l Cts & Tribunals* 97, 111 (2007). In regard of famously diverging sister cases see e.g. *SGS vs Philippines*, Decision on Jurisdiction, 29.01.2004, contrary to *SGS vs Pakistan*, Decision on Jurisdiction, 06.08.2003, or *Lauder vs. Czech Republic*, Final Award, 03.09.2001, contrary to *CME vs Czech Republic*, Partial Award, 13.09.2001.

32 Harrison, *Working Paper Series*, at 2 f (2011).

33 *Suez and others vs Argentina (Vivendi II)*, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, at para 16, 19.05.2005.

voiced concerns that tribunals might be prejudiced in what they consider to be an unlevel playing field.³⁴

Hence, procedural transparency and inclusiveness can – and in the following chapters will – be measured among several categories, namely the transparency of proceedings, the transparency of documents and awards, and the possibility for amici curiae to participate in proceedings.³⁵

IV. Evolution of Transparency in Investment Treaty Regimes and Arbitration Practice

1. ICSID

The ICSID, founded 1965 under the auspices of the World Bank, provides the only ruleset designed specifically for “a legal dispute arising directly out of an investment”.³⁶ It provides a Secretary-General maintaining a public repository of cases and is available when both the investors home state and the respondent state have signed the convention. The ICSID AF, providing a less strict ruleset, is available when only one of the parties has signed the convention. As of today, 150 states have deposited their ratification at the institute.³⁷ Following calls for reforms in the investment arbitration system, the ICSID Convention was revised in 2006.

a. Transparency of Proceedings

The transparency of proceedings in front of the ICSID – that is, the commencement and subsequent oral hearings – is contained within a strict ruleset. In accordance with ICSID’s Administrative and Financial Regulations, disputes have to be registered at the Secretary-General, who then is under the obligation to publish general information in the public repository.³⁸

Regarding oral hearings, however, the arbitration rules state that only “[u]nless either party objects, the tribunal (...) may allow other persons, (...) to attend or observe all or part of the hearings (...).”³⁹ Thus, any party can veto the possibility of open hearings during the proceedings, and even if none objects, the tribunal is still under no obligation to open hearings to the public. It can come as no surprise that based on this restrictive rule, ICSID cases have not particularly distinguished themselves as being open. This changes for rare cases where parties agree otherwise. Especially cases arising from the DR-CAFTA treaty have been broadcasted live on the homepage of the

ICSID, exemplifying how the internet can help to facilitate proceedings to the public.⁴⁰

b. Inclusiveness

Much like the general problem of transparency, the inclusiveness of proceedings, in particular the possibility to participate as amici curiae, was overlooked in the early years of investment arbitration. Until 2006, ICSID Arbitration Rules did not provide any regulation concerning the submission of amici curiae briefs. The first tribunal confronted with this issue presided in 2002 over the case *Aguas del Tunari vs. Bolivia*.⁴¹ Massive local protests against the foreign investor, which had been awarded a concession for the privatization of water and sewage services, led to the abandonment of the project and a subsequent claim for compensation. Several environmental NGOs, siding with the respondent, filed petitions for status as amici curiae, yet to no avail. The tribunal unanimously held that, given the absence of specific provisions, “it is manifestly clear” these requests were “beyond the power or the authority of the tribunal to grant”.⁴² Due to the turmoil surrounding this case, this decision attracted a major amount of criticism, and rightfully so. The tribunal possibly underestimated or was simply unable to cope with the impact of what should become known as the “Cochabamba Water War”, but by keeping proceedings confidential and private, the tribunal harmed and frustrated ICSID’s goal of providing a recognized dispute settlement forum considerably.⁴³

(Der Beitrag wird fortgesetzt; zweiter Teil abrufbar unter www.hamburger-rechtsnotizen.de.)

³⁴ Hafner-Burton/Steinert-Threlkeld/Victor, ILAR Working Paper #18, at 3 (2013).

³⁵ Bernacosci-Osterwalder/Johnson, IISD #2, at 3 (2011).

³⁶ ICSID Convention, Article 25 I.

³⁷ See <www.icsid.worldbank.org/>.

³⁸ ICSID 2006 Administrative and Financial Regulations, Regulation 22.

³⁹ ICSID Arbitration Rule 32 (2).

⁴⁰ E.g. *Pac Rim Cayman vs. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12. See Plagakis, Feliciano, Webcasting, in: Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement, 85 (2013).

⁴¹ ICSID Case No. ARB/02/3.

⁴² *Aguas del Tunari vs. Bolivia*, Letter from President of Tribunal Responding to Petition, 29.01.2003.

⁴³ Norris/Metzidakis, 15 Harv. Negot. L. Rev. 31, at 32, 69 f (2010).

Rebekka Jost*

Die Rolle von Frontex bei der Absicherung der europäischen Außengrenzen

A. Inhalt dieser Arbeit

Frontex ist die „Europäische Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU)“¹ und steht für *frontière extérieures*.² 2005 nahm Frontex die Arbeit auf.³ Sie hat ihren Hauptsitz in Warschau und beschäftigt mittlerweile rund 300 Mitarbeiter/innen.⁴ Das Jahresbudget beläuft sich derzeit auf rund 100 Mio. €.

Es gibt mittlerweile eine Reihe von Publikationen, die sich mit Frontex befassen. In dieser Arbeit soll es um die Frage gehen, welche Rolle Frontex bei der Absicherung der europäischen Außengrenzen innehat. Dazu soll zunächst das Tätigkeitsfeld der Agentur, die Außengrenzsicherung umrissen werden. Im Folgenden wird die, der Agentur zugewiesene Funktion dargestellt und wie die Aktivitäten in der Praxis aussehen. Dabei soll auf die Probleme, die sich aus der Konzipierung und der Praxis der Agentur ergeben näher eingegangen und ihre Rolle herausgearbeitet werden. Anschließend soll aufgezeigt werden, welche Bedeutung das Herausgearbeitete für die Mitgliedstaaten, die EU und die Integration, sowie gegebenenfalls noch aufzuzeigende andere Materien hat. Zuletzt sollen Ansätze für eine Neukonzipierung unter Berücksichtigung der herausgearbeiteten Probleme und mit dem Ziel, diese aufzulösen, vorgeschlagen werden.

B. Hauptteil

I. Absicherung der europäischen Außengrenzen

Mit der Absicherung der Grenze ist hier „der Grenzschutz als Gesamtheit der auf die einzelnen Grenzen

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit der Verfasserin aus dem Wintersemester 2013/2014 im von Prof. Dr. Armin Hatje an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg veranstalteten Seminar „Aktuelle Probleme des Unionsrechts“, die mit „gut“ bewertet wurde.

1 Heck, Die Rolle der europäischen Grenzschutzagentur Frontex, in: Ottersbach/Pröfl (Hg.), Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 71.

2 Kasperek, Struktur und Aufbau der Frontex-Agentur, in: Pflüger (Hg.), Aufgaben und Strukturen der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen, 2008, S. 7; *Tohidipur/Fischer-Lescano*, Europäisches Grenzmanagement. Handlungsrahmen der Grenzschutzagentur FRONTEX, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 273 (274).

3 Kasperek, Von Schengen nach Lampedusa, Ceuta und Piräus: Grenzpolitiken der Europäischen Union, APuZ 47/2013, 39.

eines Staates bezogenen Maßnahmen, die durch hierfür bestimmte staatliche Funktionsträger, die auf der Grundlage einer staatlichen Rechtsordnung agieren, vollzogen werden“.⁵

1. Von der Grenze zur Außengrenze

Seit 1985 das sog. Schengener Abkommen, (völkerrechtlich sind die Schengener Übereinkommen als Verwaltungsabkommen der Regierungen einzuordnen,)⁶ von einigen europäischen Staaten unterzeichnet wurde, sollte auf Personenkontrollen an den gemeinsamen Grenzen verzichtet und im Gegenzug die Außengrenzen, das sind „die Landgrenzen der Mitgliedstaaten, einschließlich der Fluss- und Binnenseegrenzen, der Seegrenzen und der Flughäfen sowie der Flussschiffahrts-, See- und Binnenseehäfen, soweit sie nicht Binnengrenzen sind“, Art. 2 Nr. 2 Schengener Grenzkodex des neu konstruierten Schengen-Raumes geschützt werden.⁷ So wurden aus den Staatsgrenzen der EU-Staaten, (zum Schengen-Raum gehören nicht nur EU-Staaten, aber im Folgenden soll es primär um die EU-Staaten gehen) sog. Binnengrenzen und Außengrenzen. Dabei war eine verstärkte Sicherung der Grenzen zu Drittstaaten, (hier Länder außerhalb des Schengen-Raumes,) den Außengrenzen von Anfang an vorgesehen.⁸

Innerhalb der EU wurden im Folgenden in Maastricht die „Grenzschutzaufgaben“ auf EU-Ebene übertragen.

Augenfällig ist dabei die Parallele der Öffnung nach innen und der Verstärkung des Schutzes nach außen. Mit jedem neuen Integrationsschritt versuchten die Staaten im Folgenden auf diese Weise, potenzielle Gefährdungen und Sicherheitsverluste zu kompensieren.⁹ So sind sowohl das Schengen-Informationssystem (SIS) als auch das Visa-Informationssystem (VIS), die EU-weite Datenbank seit 2008 zur Speicherung von Fingerabdrücken und biometrischen Daten, (hier waren 2010, nach zwei

4 Heck, in: Ottersbach/Pröfl (Hg.), Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 71 (73).

5 Vgl. Mrozek, Grenzschutz als supranationale Aufgabe, 2013, S. 49.

6 Vgl.: Laas, Die Entstehung eines europäischen Migrationsverwaltungsraumes, 2008, S. 52, diese Abkommen führten zu dem sog. Europa der unterschiedlichen Geschwindigkeiten.

7 Kasperek, APuZ 47/2013, 39 (41).

8 Glaeßner/Lorenz, Innere Sicherheit in einem Europa ohne Grenzen, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 37 (56); Laas, Die Entstehung eines europäischen Migrationsverwaltungsraumes, 2008, S. 49 (53).

9 Glaeßner/Lorenz, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 37 (56).

jähriger Laufzeit bereits ca. 70 Mio. Menschen gespeichert, 20 Mio. sollen jährlich dazu kommen,)¹⁰ „Kernstücke der Ausgleichsmaßnahmen“.¹¹

„Einer der wesentlichen Unterschiede ist die Loslösung des Grenzbegriffs von einer tatsächlichen Grenzlinie um ein klar definiertes Territorium“.¹² So zeigen etwa die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 21.12.2011, wonach Überstellungen vom einen in einen anderen EU-Staat auszusetzen sind, sofern dort Menschenrechtsverletzungen drohen, als auch das Überstellungsverbot bei systemischen Mängeln (Art. 3 II Dublin III-Verordnung (VO)): Während sich für einen Teil der Personen in der EU die Außengrenze als Schutz darstellt, so tut sie das für andere Personen nicht. Das ist ein Aspekt der Außengrenze: Sie errichtet innergesellschaftliche Grenzen.

Seit der Entwicklung des Schengen-Raumes und des Binnenmarktes versuchen die Mitgliedstaaten, an den Grenzlinien verlorene Kontrolle im Staatsinnern wieder zu gewinnen¹³, wozu etwa Flughäfen¹⁴ verstärkt überwacht und stichprobenartig verdachtsunabhängige Personenkontrollen, durchgeführt werden.¹⁵

Das allerdings diese Aktivitäten im Binnenbereich der EU erfolgen, sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich dabei letztlich um Außengrenzkontrollen handelt, denn diejenigen Personen, die sich rechtmäßig im Binnenbereich aufhalten interessieren die Kontrolleure nicht, wenngleich auch sie regelmäßig durch die Maßnahmen betroffen sind. Die Außengrenzen werden somit „grenzenlos“ in den Binnenraum verlagert, während zugleich, stark durch den Ansatz gefördert, Drittstaaten/Transitstaaten in den Grenzschutz einzubeziehen¹⁶, etwa mittels Abkommen, eine Verlagerung nach außen stattfindet.¹⁷ Dies zeigt sich zudem an Vorgehensweisen der Grenzschutzbeamten, etwa dem Aufgreifen von Flüchtlingen, (die Begriffe Flüchtling und Migrant werden hier

entweder verwendet, um eine andere Meinung wiederzugeben oder im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK), wobei der Flüchtlingsstatus in der Regel noch nicht offiziell feststeht, sondern eher zunächst angenommen wird, soweit noch kein Asylverfahren zum Abschluss gekommen ist,) in Drittstaatengewässern oder auf Hoher See oder sog. Pushback-Aktionen, sowie an den Visumpflichten.¹⁸

2. Entwicklung des europäischen Außengrenzschutzes

Die aufgezeigten Entwicklungen haben zum Außengrenzschutz geführt, der sich anders als der staatliche Grenzschutz dadurch auszeichnet, dass er sich auf einen Kompetenztitel der EU stützt, nicht an die Grenze eines Staates gebunden ist und durch Funktionsträger verschiedener Staaten vollzogen wird¹⁹ und zusammenfassend folgende Merkmale aufweist: einen Zusammenhang der Verstärkung des Grenzschutzes nach außen mit der Öffnung nach innen, also einen „Grenzkontrollumbau“²⁰, eine „Entgrenzung der Grenze“, bzw. „eine undefinierbare Ausdehnung“²¹ nach innen und außen, sowie einen Effekt, der als Ziehung von Grenzen durch die innereuropäische Gesellschaft bezeichnet werden kann, sodass die Grenzen die Staaten und die Gesellschaft nunmehr durchdringen.²²

Diese Phänomene lassen sich insgesamt als Errichtung unbegrenzter Grenzen oder exterritorialisierter Grenzschutz²³ beschreiben. Hinzu tritt die Aufgabenverschiebung von der nationalen Ebene auf die EU-Ebene.

Dies ist das Arbeitsfeld Außengrenze und stellt den Rahmen dar, in welchem sich Frontex bewegt. Dabei ist von besonderer Bedeutung, dass hier verschiedene Akteure auf verschiedenen Ebenen²⁴ und mit unterschiedlichen Motivationen und Interessen, politischen Traditionen und Gefahrenprognosen agieren²⁵ und zwar teils zusammen, teils gegeneinander. Dass Frontex etwa andere Interessen und Motive verfolgt, als EU und Mitgliedstaaten ergibt sich allein aufgrund der Tatsache, dass die Agen-

¹⁰ Vgl. Löhr, Schutz statt Abwehr, 2010, S. 40.

¹¹ Erster periodischer Sicherheitsbericht 2001, S. 609.

¹² Kasperek, APuZ 47/2013, 39 (40).

¹³ Baumann, Öffentliche Sicherheit ‚entgrenzt‘? – Vom deutschen zum europäischen Grenzschutz, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 365 (375).

¹⁴ Heck, in: Ottersbach/Pröbß (Hg.), Flüchtlingschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 71 (79).

¹⁵ Baumann, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 365 (375); Gössner, Menschenrechte in Zeiten des Terrors: Kollateralschäden an der „Heimatfront“, 2007, S. 132. Dies ist nur eine Maßnahme von Etlichen: *Karawane für die Rechte der Flüchtlinge und MigrantInnen*, Einleitung, in: IMI (Hg.), Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum, 2009, S. 1 (2).

¹⁶ Laas, Die Entstehung eines europäischen Migrationsverwaltungsraumes, 2008, S. 270 f.

¹⁷ *Karawane für die Rechte der Flüchtlinge und MigrantInnen*, in: IMI (Hg.), Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum, 2009, S. 1 (2).

¹⁸ Düvell, Soziologische Aspekte: Zur Lage der Flüchtlinge, in: Ottersbach/Pröbß (Hg.), Flüchtlingschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 29 (40); Münz/Reiterer, Wie schnell wächst die Zahl der Menschen? Weltbevölkerung und weltweite Migration, 2007, S. 176; m.w.N.: Marischka, FRONTEX – Das nachrichtendienstliche Vorfeld, in: IMI (Hg.), Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum, 2009, S. 3.

¹⁹ Mrozek, Grenzschutz als supranationale Aufgabe, 2013, S. 49.

²⁰ Heck, in: Ottersbach/Pröbß (Hg.), Flüchtlingschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 71 (80 f.).

²¹ Mrozek, Grenzschutz als supranationale Aufgabe, 2013, S. 44.

²² Möllers, Die Errichtung der Europäischen Grenzschutzagentur aus institutionstheoretischer Perspektive, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 291 ff., 325.

²³ Löhr, Schutz statt Abwehr, 2010, S. 37.

²⁴ Kasperek, APuZ 47/2013, 39 (40).

²⁵ Laas, Die Entstehung eines europäischen Migrationsverwaltungsraumes, 2008, S. 72.

tur ein wirtschaftliches Gebilde ist, deren Existenz und Größe vor allem von möglichst als gefährlich prognostizierten Umständen abhängt.

Ziele der vergangenen Jahre waren dementsprechend die Schaffung eines gemeinsamen EU-Asylsystems, die „Bekämpfung“ der sog. irregulären Einwanderung und die Gestaltung der legalen Zuwanderung, vor allem von hochqualifizierten Fachkräften.²⁶

Ziel der europäischen Regulierungen der Grenzkontrolle ist ein integriertes Grenzschutzregime.²⁷ Kernpunkte in diesem Konzept sind die Ausweitung der Tätigkeiten von Frontex²⁸ einschließlich ausgedehnter Kooperationen insbesondere mit Drittstaaten und die Informativernetzung europäischer Grenzschutzbehörden.²⁹

So ist ein Grenzschutz unter den Bedingungen der Supranationalität entstanden³⁰, mit Frontex als maßgeblichem Akteur zur Verwirklichung.

II. Frontex

Frontex wurde 2004 durch Erlass der sog. Frontex-VO (VO 2007/2004 vom 26.10.2004) geschaffen und ist, eine weisungsunabhängige sog. europäische Regulierungsagentur mit eigener Rechtspersönlichkeit, Personalhoheit und Haushaltsautonomie.³¹

Der Begriff „Regulierungsagentur“ bezeichnet Agenturen, „deren Aufgabe es ist, durch Handlungen, die zur Regulierung eines bestimmten Sektors beitragen, aktiv an der Wahrnehmung der Exekutivfunktion mitzuwirken.“³²

2007 fand eine Befugnisausweitung statt, nach der Frontex sog. RABITs (Rapid Border Intervention Teams) bilden kann³³ und 2011 erfolgte eine Novellierung der

Frontex-Gründungs-VO durch den EU-Rat und das EU-Parlament³⁴, im Rahmen derer die Verpflichtung auf die Grundrechte-Charta sowie die GFK eingefügt wurde.³⁵ Aufsichtsfunktion übt lediglich der Verwaltungsrat aus, der aus zwei Vertretern der EU-Kommission, je einem Vertreter der Mitgliedstaaten sowie der Nicht-EU-Staaten des Schengen-Vertrages besteht³⁶ und dem der Exekutivdirektor verantwortlich ist, Art. 25 IV Frontex-VO.³⁷ Damit ist Frontex eine teils europäische, teils multilaterale Institution.³⁸

Der Exekutivdirektor, der die Aufgabe der Leitung innehat, Art. 25 III Frontex-VO, ist weitgehend unabhängig, darf „keine Weisungen von Regierungen oder sonstigen Stellen“ anfordern oder entgegen nehmen.³⁹

Die Agentur kommt zum Einsatz, wenn eine verstärkte technische oder operative Unterstützung an den Außengrenzen erforderlich wird, bringt die beteiligten Staaten zusammen, schreibt Einsatzpläne, organisiert die technische Überwachung und/oder beschafft die erforderlichen Geräte, etwa Nachtsichtgeräte, Hubschrauber, Schiffe, neuerdings Kameras unter Zeppelinen, Satelliten, Sensorbojen und Drohnen, sowie Hundestaffeln. Die Agentur erarbeitet außerdem Ausbildungsnormen, veranstaltet Trainings und bietet Fortbildungen für Grenzschutzbeamte an.⁴⁰

Sie hat zur Aufgabe für den Informationsaustausch der Mitgliedstaaten zu sorgen, Art. 11 Frontex-VO, wozu sie auch mit EUROPOL zusammenarbeitet, sie erforscht Migrationsrouten und führt Risikoanalysen durch, kooperiert mit internationalen Organisationen und anderen Staaten, sog. externe Verwaltungskooperation.⁴¹ Zudem unterhält Frontex ein zentrales Register der Ausrüstung der Mitgliedstaaten und erstellt Bedarfsanalysen für Operationen. Frontex führt sog. Detection oder Interception Measures durch, also Abfang- und Aufdeckmaßnahmen, Frontex selber spricht hierbei vom Abfangen und Eskortieren, Abfangen und Umleiten oder von der Hinderung an der Abfahrt beim Verlassen der Hei-

26 *Luft*, Herausforderungen europäischer Grenzpolitik, APuZ 47/2013, 13 (14).

27 *Tohidipur/Fischer-Lescano*, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 273 (274).

28 Vgl.: EU-Ratsvorsitz, Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates vom 14./15.12.2006, 16879/06, insb. Rn. 21–27, Dez. 06, Rn. 24.

29 *Tohidipur/Fischer-Lescano*, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 273 (274, 278 f.); hierzu folgen Ausführungen.

30 *Mrozek*, Grenzschutz als supranationale Aufgabe, 2013, S. 25.

31 Vgl. Art. 15 I Frontex-VO; *Tohidipur/Fischer-Lescano*, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 273 (275); *Tohidipur*, Das Agenturwesen der EU, in: IMI (Hg.), Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum, 2009, S. 14 (14).

32 *Mrozek*, Grenzschutz als supranationale Aufgabe, 2013, S. 165. Vgl.: KOM (2002) 718 endg., S. 4; *Laas*, Die Entstehung eines europäischen Migrationsverwaltungsraumes, 2008, S. 33 f., 34, 161.

33 VO (EG) Nr. 863/07 des EU-Parl. und des EU-Rats vom 11.07.07, ABl. EG L 199 v. 31.07.07, 30 ff.

34 *Luft*, APuZ 47/2013, 13 (16).

35 Vgl.: VO (EU) Nr. 1168/2011, 25.10.2011.

36 *Kasperek*, APuZ 47/2013, 39 (46).

37 *Kasperek*, in: Pflüger (Hg.), Aufgaben und Strukturen der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen, 2008, S. 7 (7).

38 *Kasperek*, APuZ 47/2013, 39 (46).

39 *Heck*, in: Ottersbach/Pröhl (Hg.), Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 71 (73).

40 *Goergen*, Festung Europa; so macht die EU die Grenzen dicht, Stern 43/2013, 38 (44); *Löhr*, Schutz statt Abwehr, 2010, S. 39; *Luft*, APuZ 47/2013, 13 (15).

41 *Heck*, in: Ottersbach/Pröhl (Hg.), Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 71 (75); *Kasperek*, in: Pflüger (Hg.), Aufgaben und Strukturen der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen, 2008, S. 7 (7 ff.); *Laas*, Die Entstehung eines europäischen Migrationsverwaltungsraumes, 2008, S. 270; *Luft*, APuZ 47/2013, 13 (16); vgl.: Art. 13 f. Frontex-VO.

mathäfen⁴², sowie die Organisation von gemeinsamen Rückführungs-/Abschiebeaktionen der Mitgliedstaaten.⁴³ Der Einsatz von RABITs bedeutet, dass Frontex in unvorhergesehenen Fällen von besonders vielen an den Außengrenzen eintreffenden Migranten schnelle Eingreif-Teams aufstellen, ausrüsten und einsetzen kann.⁴⁴

Absicherung der Außengrenze bedeutet demnach, die verlorengegangene Kontrolle an der Staatsgrenze durch ein umfassendes Grenzschutzregime mit völlig neuartigen Methoden zu kompensieren.⁴⁵

1. Öffentlichkeit und Transparenz

Was tatsächlich vorgeht, wenn Frontex tätig wird, sei ausgesprochen intransparent⁴⁶ und der Öffentlichkeit kaum zugänglich⁴⁷, wird von Kritikern bemängelt.

Damit ist jedoch das demokratische Moment der Agentur betroffen. Die Offenlegung der Vorgänge, das der Öffentlichkeit zugänglich werden, ist Voraussetzung etwaiger Kontrolle und damit wesentliches Element demokratischer Strukturen. Ist dies nicht gegeben, so stellt das einen bedenklichen Demokratiemangel und damit eine Demokratiegefährdung dar.

2. Verantwortlichkeit vor dem Parlament und Kontrollmöglichkeiten

Eine parlamentarische Kontrolle oder gar Steuerung ist in der Frontex-VO nicht vorgesehen.⁴⁸ Auch gegenüber den nationalen Parlamenten gibt es keinerlei Rechenschaftsverpflichtungen.⁴⁹

Als Kontrollmechanismus kann bestenfalls die Auferlegung einer Berichtspflicht gelten, wonach zum einen der jährliche Tätigkeitsbericht dem Parlament vorzulegen ist, zum anderen eine Aufforderung zur Berichterstattung durch Parlament oder Rat erfolgen kann. Der Kontrolleffekt dieser Berichte wird allerdings dadurch relativiert, dass bestimmte Bereiche, etwa operative Themenkomplexe in den Berichten gesperrt und so der Kontrolle entzogen sein können.⁵⁰

42 Löhrr, *Schutz statt Abwehr*, 2010, S. 40 f.

43 Heck, in: Ottersbach/Pröflß (Hg.), *Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung*, 2011, S. 71 (78).

44 VO (EG) Nr. 863/2007, v.11.06.2007.

45 Kasperek, *APuZ* 47/2013, 39 (43).

46 Marischka, in: IMI (Hg.), *Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum*, 2009, S. 3 (7).

47 Möllers, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), *Europäisierung und Internationalisierung der Polizei*, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 291 (334).

48 Möllers, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), *Europäisierung und Internationalisierung der Polizei*, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 291 (334).

49 Schneider, *Philosophische Aspekte: Menschenrechte und Menschenwürde*, in: Ottersbach/Pröflß (Hg.), *Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung*, 2011, S. 17 (21).

50 Ganzer Absatz: *Tohidipur/Fischer-Lescano*, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), *Europäisierung und Internationalisierung der Polizei*, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 273 (284).

Das Parlament hat lediglich die Haushaltskompetenz so dass es zu einer begrenzten finanziellen Kontrolle befähigt ist, Art. 29 f. Frontex-VO.⁵¹ Insbesondere im Zusammenhang mit den RABIT-Einsätzen, wurden aus dem EU-Parlament die begrenzten Kontrollmöglichkeiten kritisiert.⁵² Danach sei eine Kontrolle der Frontex-Einsätze unmöglich.⁵³

Aufgrund der Tatsache jedoch, dass Frontex Teil des erweiterten institutionellen Systems der EU und damit deren Strukturmerkmalen unterworfen ist, gilt auch Art. 6 EUV für die Agentur, wonach sie den Maßstäben der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit genügen muss, wozu eine umfassende politisch-demokratische Kontrolle gehört.⁵⁴ Die Etablierung von Frontex als autonome Agentur der EU scheint hingegen gut geeignet, den parlamentarischen Kontrollmechanismen auszuweichen.⁵⁵ So hat Frontex im Rahmen der Operationen die uneingeschränkte Handhabe, das Recht der Grenze de facto selber fortzuschreiben.⁵⁶ Dieser Effekt mag politisch gesehen eine logische Konsequenz sein, ist jedoch juristisch betrachtet nicht hinnehmbar.

Eine wirkungsvolle parlamentarische Kontrolle wäre zugleich ein Beitrag zu stärkerer Transparenz und dazu, dass die Tätigkeiten der Agentur mehr in Übereinstimmung mit den grundlegenden Normen des Menschenrechtsschutzes stünden⁵⁷, zugleich würde sie das demokratische Moment der Agentur und damit auch der EU-Grenzpolitik stärken.

III. Die Rolle von Frontex

Sie sei der Wall, hinter dem Flüchtlinge eine Zuflucht finden können, beschrieb Erika Feller, Direktorin der Abteilung für internationalen Rechtsschutz beim Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen die GFK 2001, im fünfzigsten Jahr ihres Bestehens.⁵⁸

Frontex dagegen ist der Wall, der dazu geschaffen wurde, zu verhindern und der verhindert, dass Flüchtlinge den Bereich hinter dem Wall Fellers erreichen, so jedenfalls sehen es viele Kritiker der Agentur im engeren und

51 *Tohidipur/Fischer-Lescano*, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), *Europäisierung und Internationalisierung der Polizei*, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 273 (284).

52 *Luft*, *APuZ* 47/2013, 13 (16).

53 So die Abgeordnete im EU-Parlament *Ska Keller* (Die Grünen/EFA), *An den Grenzen der EU – die Neuausrichtung von Frontex*, <https://dgap.org/de/node/22424> (02.09.2014).

54 *Tohidipur/Fischer-Lescano*, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), *Europäisierung und Internationalisierung der Polizei*, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 273 (283).

55 Möllers, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), *Europäisierung und Internationalisierung der Polizei*, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 291 (324).

56 Kasperek, *APuZ* 47/2013, 39 (46).

57 *Luft*, *APuZ* 47/2013, 13 (16).

58 Löhrr, *Schutz statt Abwehr*, 2010, S. 14.

der Migrationspolitik der EU im weiteren Sinne. Zwei Stränge ziehen sich durch die Debatte um die Agentur. 1. Hat sie lediglich koordinierende Funktion, oder trägt sie maßgebliche Verantwortung, und 2. dient sie der Abwehr von Flüchtlingen oder der Abwehr von illegaler Migration und dem Schutz von Flüchtlingen?

1. „Wir koordinieren nur!“

Die Frage, ob Frontex lediglich koordiniert und berät, wie sie selber behauptet⁵⁹ oder jedenfalls mitverantwortlich ist, für das Geschehen während der Einsätze und Operationen, wie andere sagen, bildet einen Angelpunkt der Diskussion um die Agentur. Dieser Frage soll hier nachgegangen werden.

Hier wird die supranationale Struktur des Außengrenzschatzes bedeutsam. Die Europäisierung hat Auswirkungen auf die Gesamtverantwortung für die menschenrechtskonforme Durchführung des Grenzschutzes.⁶⁰

Es ist wichtig festzustellen, wie der Schutz der Außengrenzen und insbesondere die operativen Einsätze vor dem Hintergrund rechtsstaatlicher Vorgaben wie dem Grundrechtsschutz, der Garantie des effektiven Rechtsschutzes und dem Prinzip des Vorbehaltes des Gesetzes sowohl auf nationaler als auch auf supranationaler Ebene ausgestaltet sind.⁶¹

Die Vertiefung der EU-Grenzschutz-Zusammenarbeit erfolgt zum einen durch die Ausarbeitung gemeinsamer Strategien, zum anderen durch Erlass verbindlicher Rechtsvorschriften, so dass der Grenzschutz zwar unter nationalstaatlicher Verantwortung ausgeführt werden mag, aber doch weitgehend von EU-Vorgaben determiniert wird. Hinzu kommt, dass auch die Koordinierung seit der Schaffung von Frontex von der EU-Ebene ausgeht und mit der RABIT-VO ein weiterer Schritt zur Europäisierung genommen wurde, der noch weitgehendere Schritte von der EU-Ebene im Weiteren, Frontex im engeren Sinne ausgehen lassen. So wird zwar der Antrag für einen Soforteinsatz von einem Mitgliedstaat gestellt, die Entscheidung darüber fällt jedoch Frontex.⁶²

Die Beamten tragen während eines Einsatzes eine Arm-binde mit Europabanner.⁶³ Die Teammitglieder der Einsätze sind bei ihren Tätigkeiten verpflichtet, sich sowohl an das Unionsrecht als auch an das Recht des Einsatzstaates zu halten, Art. 10 Frontex-VO.⁶⁴ So werden unterschiedliche Verantwortlichkeiten geschaffen, die zunächst kaum nach außen erkennbar sind.⁶⁵

Davon, welche Rechtsordnung zur Anwendung kommt und wer verantwortlich ist, hängen jedoch die rechtsstaatlichen Schutzmechanismen der Betroffenen ab.⁶⁶

Die Antwort, es verbleibe trotz allem dabei, dass Frontex hier keine Verantwortung trifft, sondern ausschließlich die Mitgliedstaaten, kann danach nicht befriedigen, insbesondere weil dem weitgehend unabhängigen Exekutivdirektor der Agentur durch das Erstellen des verbindlichen Einsatzplanes ein erheblicher Spielraum zukommt. Ein Problem ist, dass Mandat und Befugnisse der Agentur relativ unklar sind, was jedoch weniger als „Handicap“ bei den Aktivitäten, denn als „Nebelwand“ wirkt, hinter der sich Frontex zurückziehen kann, wenn Kritik an der Praxis laut wird. „Frontex ist keine passive Mittlerin multilateraler Operationen ohne Einfluss auf das Geschehen an den Außengrenzen“, was eine Zurückweisung der Verantwortung rechtfertigen könnte. Tatsächlich ist die Agentur die Triebkraft der „Harmonisierung und Schaffung eines europäischen Grenzschutzes“ sowie der „Optimierung der Grenzschutzpraxis“.⁶⁷

Insbesondere seit der neuen Frontex-VO sowie der Installation der RABITs, kann von ausschließlicher Koordinierung nicht mehr die Rede sein, da hiermit eine starke Befugnisenerweiterung einherging. Frontex aus jeglicher Verantwortlichkeit herauszuhalten bedeutet, die Macht von der Verantwortung zu trennen.

Das Problem ist, dass die Fragen nach den Verantwortlichkeiten und den rechtlichen Bindungen weder klar getrennt, noch eindeutig beantwortet werden können, weil die Konstruktion der Verantwortlichkeiten nicht wirklich tragfähig ist und überzeugen kann. Das ist ein Aspekt der Nebelwand der Verantwortlichkeit und der

59 Anton u.a., „frontex in a nutshell“ – das Hauptquartier packt aus, in: IMI (Hg.), *Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum*, 2009, S. 43 (44); *Gottschlich/Am Orde*, *Europa macht dicht*, 2011, S. 156.

60 Weinzierl, *Menschenrechte, FRONTEX und der Schutz der gemeinsamen EU-Außengrenze – Bemerkungen unter besonderer Berücksichtigung der südlichen EU-Außengrenze der EU*, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), *Europäisierung und Internationalisierung der Polizei*, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 339 (151).

61 So auch in Mrozek, *Grenzschutz als supranationale Aufgabe*, 2013, S. 31, 33 f.

62 Der ganze Absatz: Weinzierl, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), *Europäisierung und Internationalisierung der Polizei*, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 339 (351).

63 Mrozek, *Grenzschutz als supranationale Aufgabe*, 2013, S. 246.

64 KOM (2006) 401 endg. 3 f.; Geißler, *Operative Einsätze an den Außengrenzen*, „Wir führen immer irgendwo eine Operation zur Sicherung der EU-Außengrenzen durch.“, in: IMI (Hg.), *Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum*, 2009, S. 9.

65 Vgl.: Mrozek, *Grenzschutz als supranationale Aufgabe*, 2013, S. 229 ff., 232 ff., 241 ff.

66 Mrozek, *Grenzschutz als supranationale Aufgabe*, 2013, S. 30, 241 ff., 247.

67 Ganzer Absatz: Heck, in: Ottersbach/Pröflß (Hg.), *Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung*, 2011, S. 71 (74); ähnlich: *Tohidipur*, in: IMI (Hg.), *Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum*, 2009, S. 14 (16); *Tohidipur/Fischer-Lescano*, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), *Europäisierung und Internationalisierung der Polizei*, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 273 (281).

rechtlichen Bindungen, hinter die sich alle Beteiligten zurückziehen können, während ihr die Betroffenen ohnmächtig gegenüberstehen.

Das darauf folgende Problem kann hier nur grob umrissen werden. Unternimmt man den Versuch, das Europarecht am Maßstab der betroffenen menschenrechtlichen Verpflichtungen zu untersuchen, so zeigt sich, dass das einschlägige Sekundärrecht diese Materie nur lückenhaft regelt und teils sogar wenigstens implizit grundrechtswidriges Verhalten der Mitgliedstaaten in diesem Bereich gestattet. Während etwa die EU-Grenzschutzstrategie ausdrücklich vorverlagerte Migrationskontrollen vorsieht, fehlen klare menschenrechtsschützende Vorschriften.⁶⁸ Als ein Fortschritt kann hier immerhin bezeichnet werden, dass durch die Frontex-VO von 2011 eine Bindung an GFK und Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) bewirkt wurde.

Des Weiteren ist die Garantie des effektiven Rechtsschutzes nicht gewährleistet. Der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes ist über das Rechtsstaatsprinzip in Art. 6 EUV und zudem in Art. 6 I, 13 EMRK verankert. Als den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten entspringender allg. Rechtsgrundsatz beansprucht er Geltung auch für die EU und deren Agenturen. Gemäß Art. 28 V Frontex-VO gibt es neben dem gerichtlichen Rechtsschutz die Möglichkeit der Beschwerde beim Bürgerbeauftragten, wobei diese nur Personen mit Wohnsitz in der EU offensteht, während die von den Eingriffen der Grenzschützer unmittelbar oder direkt betroffenen Personen naturgemäß keine Unionsbürger oder Bürger mit Wohnsitz in der EU sind.⁶⁹

„Aus Sicht der Flüchtlinge ist die Rechtsschutzmöglichkeit durch die Intransparenz von Zurechenbarkeiten⁷⁰ eingeschränkt und widerspricht den Prinzipien jeder Rechtsstaatlichkeit mit einer ausreichenden Justizgewährung.“⁷¹ Dieser Einschätzung Möllers kann uneingeschränkt gefolgt werden.

Es ist Aufgabe der Union hier unverzüglich tätig zu werden und die Lücken zu beseitigen und der Mitgliedstaaten, jede Inanspruchnahme von Frontex bis dahin auszusetzen.

2. Frontex als Flüchtlingsretter?

„Libertas, Securitas, Justitia“, lautet das Motto von Frontex.⁷² Folgt man der Argumentation Illka Laitinens, dann ist Frontex wichtiges Instrument um Menschenleben zu retten.⁷³

Allerdings gibt es etliche glaubwürdige Meldungen und Berichte über Menschenrechtsverletzungen im Rahmen von Grenzkontrollen, sowie Refoulement an den südlichen Seeaußengrenzen der EU.⁷⁴ Zugleich gibt es aber auch nachweislich Fälle, in denen Menschen aus Seenot gerettet werden konnten.

Doch dürfte hier der Fokus auf die Details den Blick auf das Ganze verstellen: Frontex mag in Einzelfällen Menschen retten, schließlich gehört die Seenotrettung gewissermaßen zum Tagesgeschäft der Agentur⁷⁵, das ist aber nicht ihre primäre Aufgabe. Um den Schutz von Menschenleben zu erhöhen, müsste nicht in Frontex, sondern in den Seenotrettungsdienst investiert werden.

Das Mandat der Agentur lautet Grenzsicherung, nicht etwa Seenotrettung. Das Völkerrecht überträgt den Schutz von Menschenleben auch nicht etwa auf Grenzschutzbehörden, sondern auf die maritimen Such- und Rettungsdienste. Damit liegt die Antwort auf der Hand: Wollte die EU Menschenleben retten, bzw. Seenotrettung betreiben, so müsste sie den maritimen Such- und Rettungsdienst ausbauen⁷⁶, nicht etwa jährlich das Etat der Grenzschutzagentur Frontex aufstocken.

Dass es Frontex damit auch nicht besonders ernst ist, zeigen die immer wiederkehrenden Vorwürfe gegen die Refoulementaktivitäten die der Agentur und ihren Grenzschützern vorgeworfen werden.⁷⁷

Frontex sei hierfür nicht verantwortlich und es sei auch gar nicht möglich, hier die Kontrolle auszuüben, an dieser Stelle sei das Mandat von Frontex begrenzt.⁷⁸ So die übliche Argumentation der Agentur. Schließt man sich dieser Sichtweise an, so eröffnet sich einem eine Vorstellung von Frontex, die sich in etwa folgendermaßen darstellt: Frontex-Operationen eröffnen einen praktisch unbegrenzten Rahmen hinsichtlich der Tätigkeiten und Vorgehensweisen. Hierzu kann etwa der Grenzbegriff so erweitert werden, dass die Grenze schon auf Hoher See

⁶⁸ Weinzierl, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 339 (361 f.).

⁶⁹ Ganzer Absatz: Tohidipur/Fischer-Lescano, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 273 (285).

⁷⁰ Hierauf wird später näher eingegangen.

⁷¹ Möllers, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 291 (334); weniger deutlich aber ähnlich: Mrozek, Grenzschutz als supranationale Aufgabe, 2013, S. 246.

⁷² Goergen, Stern 43/2013, 38 (44).

⁷³ Geißler, in: IMI (Hg.), Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum, 2009, S. 9 (13).

⁷⁴ Weinzierl, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 339 (361).

⁷⁵ Löhr, Schutz statt Abwehr, 2010, S. 52.

⁷⁶ Ganzer Absatz: Löhr, Schutz statt Abwehr, 2010, S. 52.

⁷⁷ Kasperek, APuZ 47/2013, 39 (40).

⁷⁸ Anton u. a., in: IMI (Hg.), Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum, 2009, S. 43 (44); Gottschlich/Am Orde, Europa macht dicht, 2011, S. 156.

beginnt, Grenzen für Frontex selber entstehen jedoch in dem Augenblick, wo eine Kontrolle dieser Aktivitäten stattfinden soll. In einem konkreten Fall wo die Menschen auf einem zuvor georteten Fluchtboot nicht gerettet wurden, etwa schrieb Illka Laitinen später, man könne die Position der eigenen Schiffe zu der fraglichen Zeit leider nicht rekonstruieren.⁷⁹

Liest man dies, so stellt sich einem unweigerlich die Frage, ob Frontex nicht besser in die Positionsbestimmung der eigenen Schiffe investieren sollte, als weitere 244 Mio. € in die Ortung von Fluchtbooten zu stecken, deren Positionsbestimmung schon vor „EUROSUR“⁸⁰ gar nicht das Problem war und auch nicht zur Rettung beitrug.

Aber auch explizit die Erkenntnis, dass die These: „Schärfere Kontrollen und höhere Zäune halten die Afrikaner, beziehungsweise die Flüchtlinge ab, überhaupt zu fliehen und dann können sie auch nicht sterben“⁸¹ der Erfahrung nach nicht zutrifft, legt den Schluss nahe, dass es nicht nur nicht die Aufgabe von Frontex ist, Menschenleben zu retten, sondern im Gegenteil, der Tod von Menschen zur Absicherung der Grenzen mindestens billigend in Kauf genommen wird.

Was die Frage angeht, ob die Grenzsicherung der Agentur dazu führt, dass sich als unmittelbare Folge die Routen verschieben und gegebenenfalls auch gefährlicher werden⁸², so ist ein Blick auf die Tätigkeit der Agentur durchaus weiterführend. Die Risikoanalyseverfahren dienen der Aufdeckung sich verschiebender Routen.⁸³ Würden die Routen sich nicht verschieben, so bräuchte es auch keine Risikoanalyseverfahren. Die Routen werden auch nachweislich gefährlicher.⁸⁴ Warum nehmen Flüchtlinge gefährlichere Routen in Kauf, weil die sichereren Routen nicht mehr zum Ziel führen, weil die Flüchtlinge dort abgewehrt werden. Es geht um Grenzschutz, nicht um Flüchtlingsschutz. Der Grenzschutz ist wichtiger geworden, als der Flüchtlingsschutz.⁸⁵

⁷⁹ Goergen, Stern 43/2013, 38 (45).

⁸⁰ European border surveillance system – Europäisches Grenzüberwachungssystem. Der Beginn des Programms wurde vom Europaparlament am 10.10.2013 beschlossen. Am 02.12.2013 wurde das System zunächst in 18 EU-Staaten und Norwegen gestartet; Goergen, Stern 43/2013, 38 (45). Seit Dez. 2013 ist eine Kombination aus Drohnen, Satelliten und Sensorbojen über dem Mittelmeer einsatzbereit. Vgl.: Kasparek, APuZ 47/2013, 39 (43).

⁸¹ Büchse/Stawski, Wie stoppen wir das Sterben?, Stern 43/2013, 46 (48); Geißler, in: IMI (Hg.), Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum, 2009, S. 9 (13).

⁸² Weinzierl, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 339 (340).

⁸³ Marischka, in: IMI (Hg.), Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum, 2009, S. 3 (4f.).

⁸⁴ Möllers, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 291 (326).

⁸⁵ Düvell, APuZ 47/2013, 24 (24).

3. Abwehr von illegaler Migration oder Flüchtlingen?

Es gehe um die Abwehr illegaler Migranten, nicht um die Abwehr von Flüchtlingen, heißt es gerne aus Befürworterkreisen. Dies kann jedoch nicht überzeugen, denn zum einen wird durch den Außengrenzschutz gar nicht geprüft, ob eine Person Flüchtling ist oder auch nur sein könnte, zum anderen gibt es etliche nachgewiesene Fälle von abgewiesenen und zurückverbrachten anerkannten Flüchtlingen. In diesem Zusammenhang ist von „Mixed Migration“ oder „gemischten Strömen“⁸⁶ die Rede. Das ist in zweierlei Hinsicht zu verstehen, 1. Befinden sich in den „Strömen“ Personen mit unterschiedlichen Beweggründen, 2. Haben die Personen oft nicht nur einen Beweggrund, sondern jede Person hat wiederum mehrere.

Personen, die den Flüchtlingsstatus haben oder erhalten müssen nach der GFK, müssen zunächst über irgendeinen Weg, der ihnen offensteht und zumutbar ist, ein Land erreichen, wo sie um Asyl bitten können⁸⁷, zumal es zulässig ist, zunächst irregulär einzureisen und sich dann den Behörden zu melden. Diese Möglichkeit wird ihnen jedoch ersatzlos gestrichen.

„Hera“, „Poseidon“, „Hermes“ oder „Zeus“: Die von der Agentur für ihre Einsätze und Operationen verwendeten Bezeichnungen sind die Namen von Göttern und Helden. Zeus etwa ist der höchste griechische Gott. Er steht über allem und jedem abgesehen vom Schicksal. Hermes ist unter anderem der Gott der Reisenden.

Hört oder liest man die Namen, so fragt man sich, was Frontex damit zum Ausdruck bringen möchte. Sieht sich die Agentur als Gott über allem, als Held? Soll den Operationen damit Größe und Heldentum angedichtet werden? Oder sagen die Namen: „Wir spielen nur“? Eher erscheint die Namenswahl wie Hohn und Größenwahn, gegenüber den Betroffenen, den Menschenrechten und rechtsstaatlichen Errungenschaften.

Ein wesentlicher Aspekt wird in diesem Zusammenhang häufig ausgeblendet und der soll hier wenigstens kurz angerissen werden, da er von erheblicher Bedeutung ist und das Thema in ein anderes Licht rückt.

Die Tatsache, dass es praktisch kaum noch möglich ist, in der EU legal um Asyl zu bitten⁸⁸ und dass in den Fällen, wo es legal versucht wird, ausgesprochen selten eine reale Chance besteht, Asyl zu erhalten, wirft die Frage

⁸⁶ Mrozek, Grenzschutz als supranationale Aufgabe, 2013, S. 179.

⁸⁷ Düvell, in: Ottersbach/Prölß (Hg.), Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 29 (34).

⁸⁸ Kopp, Traurige Realität: Zurückweisungen, willkürliche Inhaftierungen und der Tod von Flüchtlingen an Europas Außengrenzen, in: Ottersbach/Prölß (Hg.), Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 95 (95); Wilmes, Kommunalen Umgang mit Menschen ohne Papiere, APuZ 47/2013, 33 (39).

danach auf, wie es zu bewerten ist, wenn von der Abwehr illegaler Migration bzw. der Abwehr „problematischer Menschenströme“⁸⁹ die Rede ist.

So wird etwa mittels Visumseinführung⁹⁰, welche zu erhalten kaum möglich ist⁹¹, oder aufgrund der Einsätze von Frontex⁹² immer weiter erschwert, legal einen Asylantrag zu stellen⁹³ und die Chance, dass ein gestellter Asylantrag erfolgreich ist, wird auch immer weiter verringert. Hinzu kommt, dass die Daten von Personen, die einen erfolglosen Asylantrag gestellt haben, mittels SIS und VIS gespeichert werden und diesen Personen ein erneuter Asylantrag in jedes EU-Land für lange Zeit verwehrt wird.⁹⁴

4. Ergebnis

Der derzeitige Zustand zeigt ein massives Demokratie- und Rechtsstaatlichkeitsdefizit in der Konstruktion der Agentur und im Grenzschutz der EU auf. Der Legitimationsmangel beginnt bereits mit der Distanz zwischen der Handlungsebene der EU und der Legitimationsebene in den Mitgliedstaaten, die hier näher auszuführen, zu weit ginge⁹⁵, setzt sich fort mit der Exekutivlastigkeit des EU-Apparats⁹⁶, wird weiter verstärkt durch die strukturellen Defizite direkt in der Konzeption der Agentur⁹⁷, dem Öffentlichkeits- und Transparenzdefizit⁹⁸, dem Rechenschafts- und Verantwortlichkeitsmangel gegenüber dem EU-Parlament sowie der Bevölkerung und findet ihren Gipfel in den fehlenden Rechtsschutzmöglichkeiten für die von den Eingriffen Betroffenen. Die Verlagerung von Kompetenzen für Sicherheitspolitik und damit auch für die Grenzsicherung, unter Einschränkung von Freiheitsrechten, die letztlich alle Individuen trifft und die freiheitlich-demokratisch-rechtsstaatliche Union in ihrer Substanz angreift⁹⁹ bleibt solange prekär, wie diese Mängel nicht beseitigt sind.¹⁰⁰ Diese Mängel zeigen sich in der verantwortungslosen

Einstellung der beteiligten Akteure, alle Befugnisse, die ihnen gegeben wurden maximal auszureizen ohne dafür die Verantwortung anzunehmen und wirken sich bereits massiv auf die menschenrechtliche Situation der Betroffenen aus.

Frontex ist treibende Kraft dieser Politik¹⁰¹ und koordiniert sie nicht etwa nur. Aufgrund des unklaren Mandats und der unklaren Verantwortungssituation, der fehlenden Kontrolle und des mangelnden Willens der Mitgliedstaaten, und der EU hier Verantwortung zu übernehmen, setzt Frontex de facto selber Recht und zwar bar jeder Verantwortung oder Beachtung etwaiger Bindungen und Verpflichtungen sowie rechtsstaatlichen oder menschenrechtlichen Gewährleistungen. Damit ist Frontex zu einer undemokratischen, rechtsstaatswidrigen Kraft geworden, die die Menschenrechte massiv verletzt und gefährdet.

Letztlich wehrt Frontex schlicht und einfach Menschen ab¹⁰², die keinen anderen Weg haben, in die EU zu gelangen¹⁰³, und zwar nicht etwa zwangsläufig deswegen, weil sie keinen Anspruch auf Asyl hätten. Damit produziert die rigide Einwanderungspolitik und Einwanderungsabwehr, explizit durch Frontex inszeniert, gewissermaßen illegale Migration.¹⁰⁴

Die Rolle von Frontex bei der Absicherung der Außengrenzen der EU ist die Abwehr von Menschen um jeden Preis.

IV. Bedeutung

Die EU muss einerseits aufhören, nur Symptome zu bekämpfen, was maximal zu kurzfristigen Erfolgen führen kann,¹⁰⁵ und andererseits beginnen, Frontex in deren Auftreten ernst zu nehmen.

„...Falsche Götter haben zu allen Zeiten von einem weit verbreiteten Gefühl der Unsicherheit profitiert.“ So Ralf Dahrendorf¹⁰⁶ zu einer Zeit unmittelbar bevor die Grenzschutzagentur begann, ihren Einsätzen Götternamen zu geben. Diese Namensgebung ist vor dem Hintergrund der, unter dem Namen von Göttern entfaltenen Aktivitäten in deren konkreter Ausgestaltung zu betrachten und weist auf ein unkritisches und unreflektiertes Ver-

⁸⁹ Goergen, Stern 43/2013, 38 (45).

⁹⁰ Hailbronner, Europäische Visa-, Einwanderungs- und Asylpolitik, in: Müller-Graff (Hg.), Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2005, S. 97 (99); Marischka, in: IMI (Hg.), Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum, 2009, S. 3.

⁹¹ Z. Visum vgl.: Düvell, in: Ottersbach/Prölß (Hg.), Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 29 (40).

⁹² Löhr, Schutz statt Abwehr, 2010, S. 41.

⁹³ Düvell, APuZ 47/2013, 24 (24).

⁹⁴ Löhr, Schutz statt Abwehr, 2010, S. 40.

⁹⁵ Vgl.: Möllers, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 291 (333).

⁹⁶ Tohidipur, in: IMI (Hg.), Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum, 2009, S. 14 (15).

⁹⁷ Möllers, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 291 (333).

⁹⁸ Möllers, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 291 (333).

⁹⁹ Gössner, Menschenrechte in Zeiten des Terrors, 2007, S. 9; zur Rechtsstaatlichkeit der Union, Mrozek, Grenzschutz als supranationale Aufgabe, 2013, S. 191 f.

¹⁰⁰ Glaefner/Lorenz, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 37 (59).

¹⁰¹ Ähnlich: Tohidipur, in: IMI (Hg.), Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum, 2009, S. 14 (16).

¹⁰² Geißler, in: IMI (Hg.), Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum, 2009, S. 9 (13).

¹⁰³ Düvell, in: Ottersbach/Prölß (Hg.), Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 29 (40, 42).

¹⁰⁴ Mrozek, Grenzschutz als supranationale Aufgabe, 2013, S. 176.

¹⁰⁵ Möllers, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 291 (336).

¹⁰⁶ Beitrag in der SZ 28.05.2004, zitiert aus Gössner, Menschenrechte in Zeiten des Terrors, 2007, S. 17.

hältnis der Agentur zu dem eigenen Handeln und auf Größenwahn hin. Größenwahn hat in der Geschichte der Menschheit bereits zu beträchtlichen Schäden geführt. Die EU ist dabei, Frontex diese Tradition fortsetzen zu lassen. Diese Mängel bergen gravierende Risiken für die Demokratie, die Rechtsstaatlichkeit, die EU, die Mitgliedstaaten und die Integration, wie im Folgenden aufgezeigt werden soll.

1. Für die Demokratie und die Rechtsstaatlichkeit

Im Rahmen der sog. externe Verwaltungskooperation¹⁰⁷, sog. zweite Linie¹⁰⁸ werden etwa Befragungen von inhaftierten Flüchtlingen auf den Kanarischen Inseln vorgenommen, um Wissen über Schlepper, Fluchtrouten, Herkunft der Migranten zu erfahren und Abschiebungen vorzubereiten. Des Weiteren führen europäische Grenzschutzbeamte, etwa aufgrund von Abkommen mit afrikanischen „Herkunfts- und Transitstaaten“, mit deren Grenzschutzbehörden, in deren Küstengewässern, also in deren Hoheitsbereich, Kontrollen durch, sog. „externe Dimension“ der Migrations- und Grenzpolitik. Dies ist insbesondere dann bedenklich, wenn die einbezogenen Staaten entweder die GFK oder die EMRK oder beides nicht ratifiziert haben, weil den Flüchtlingen so der Zugang zu einem rechtsstaatlichen Asylverfahren verweigert wird.¹⁰⁹ Aber auch auf Hoher See finden Einsätze statt.¹¹⁰ Dieses Handeln bringt gravierende neue Probleme mit sich. Es stellen sich Fragen nach der Transparenz, sowie nach der gerichtlichen Kontrolle und der demokratischen Legitimation.¹¹¹ Diese Praxis führt dazu, dass menschenrechtsrelevante Bereiche aus dem demokratischen Rahmen „ausgelagert“ werden¹¹², wobei die Tragweite dieser Vorgänge von der Öffentlichkeit praktisch nicht wahrgenommen zu werden scheint, während es Frontex vergleichsweise gelingt, sich als humanitärer Akteur darzustellen.¹¹³ Menschen werden von Hoheitsträgern, deren Eingriffe an rechtsstaatliche Verpflichtungen gebunden sind, etwa den Vorbehalt des Gesetzes oder Grundrechte, an andere Hoheitsträger überstellt, die diese Bindungen nicht kennen oder nicht beachten, etwa an libysches Militär.

Dieser Zustand ist in höchstem Maße bedenklich hinsichtlich der GFK¹¹⁴ sowie der EMRK wie auch der Eu-

ropäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in einigen Entscheidungen festgestellt hat. So ist etwa die Zurückverbringung in Drittstaaten, wie in der Rechtssache Hirsi/Italien¹¹⁵ unvereinbar mit der EMRK.

Die in Aufbau und Struktur von Frontex aufgezeigten Demokratie- und Rechtsstaatsdefizite sind in höchstem Maße bedenklich, weil sie die demokratisch-rechtsstaatlichen Strukturen der Mitgliedstaaten, sowie der EU selber, in Teilen aushöhlen und den Zugang zu rechtsstaatlichen Garantien „verbauen“.

In einem Rechtsstaat bedeutet Sicherheit unter der Herrschaft des Rechts vor allem zunächst einmal Garantie der persönlichen Freiheit in einer bürgerlichen Ordnung, bestimmt durch Gewaltenteilung, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Justizförmigkeit der Austragung von Konflikten. Im demokratischen Rechtsstaat ist dies nur denkbar, wenn das Gewaltmonopol den dazu legitimierten staatlichen Institutionen vorbehalten ist und diese zugleich den Bürgern gegenüber verantwortlich und rechenschaftspflichtig sind. Insbesondere das Rechtsgut Sicherheit wird dabei regelmäßig dem Rechtsgut Freiheit gegenübergestellt, um diese zum Zwecke der Sicherheit einzuschränken. Dazu werden häufig Themen „verschwörungstheoretisch“ aufgeladen, um Repressionen nach innen und aggressive Politik nach außen zu rechtfertigen.¹¹⁶ Dieses Muster lässt sich auch in Bezug auf die Aktivitäten des Außengrenzschutzes aufzeigen. Hier dienen der „Wirtschaftsflüchtling“, der „Armutsmigrant“ und der „Sozialtourist“ als Feindbilder, von denen angeblich Bedrohungen ausgehen, die das Rechtsgut Freiheit hinter das Rechtsgut Sicherheit zurücktreten lassen. Dies ist besonders bedenklich, weil es dem EU-Außengrenzschutz in beträchtlicher Weise an demokratischer Legitimation und Strukturen mangelt. Es werden also Freiheiten zum Zwecke der Sicherheit beschnitten unter der Bedienung einer Agentur, deren demokratische Legitimation und Strukturen nur als mangelhaft bezeichnet werden können. Zudem findet im Rahmen der Tätigkeiten dieser Agentur wie oben aufgezeigt eine Auslagerung menschenrechtsrelevanter Bereiche aus dem demokratischen Rahmen statt. Damit ist die Rechtsstaatlichkeit der Aktivitäten und der Akteure akut in Frage gestellt.

2. Für die Mitgliedstaaten und die EU

Das eine Agentur mit so gravierenden Mängeln auf EU-Ebene entstehen konnte weist auf massive Defizite der Mitgliedstaaten und der EU hin.

¹⁰⁷ Laas, Die Entstehung eines europäischen Migrationsverwaltungsraumes, 2008, S. 270.

¹⁰⁸ Grenzschutzjargon für Aktivitäten hinter der Grenze, *Kasperek*, APuZ 47/2013, 39 (45).

¹⁰⁹ Ganzer Absatz: *Kasperek*, APuZ 47/2013, 39 (45f.); *Luft*, APuZ 47/2013, 13 (16).

¹¹⁰ *Mrozek*, Grenzschutz als supranationale Aufgabe, 2013, S. 52.

¹¹¹ *Mrozek*, Grenzschutz als supranationale Aufgabe, 2013, S. 246 f.

¹¹² *Mrozek*, Grenzschutz als supranationale Aufgabe, 2013, S. 187 f.

¹¹³ *Kasperek*, in: Pflüger (Hg.), Aufgaben und Strukturen der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen, 2008, S. 7 (8).

¹¹⁴ *Düvell*, in: Ottersbach/Pröhl (Hg.), Flüchtlingsschutz als globale

Herausforderung, 2011, S. 29 (34).

¹¹⁵ *Cremer*, „Den europäischen Flüchtlingsschutz neu regeln“, Aktuell des Deutschen Institutes für Menschenrechte, 01/2012, 1 (1); EGMR Rechtssache Hirsi Jamaa u. a./Italien 27765/2009 vom 23.02.2012, NVwZ 2012, 809.

¹¹⁶ Ganzer Absatz: *Mrozek*, Grenzschutz als supranationale Aufgabe, 2013, S. 38.

Die EU fördert umfangreiche Forschungsvorhaben mit einem Gesamtwert von etwa 1,4 Mrd. € etwa in 2011, für mehr Sicherheit¹¹⁷, d.h.: etliche integrierte sog. intelligente Systeme, Hochtechnologie-Projekte (radarbasierte 3-D-Luftüberwachungssysteme, Roboter, Überwachungsplattformen auf Hoher See, unbemannte Luft- und Bodenfahrzeuge), die häufig für den militärischen Bereich entwickelt wurden.¹¹⁸ Zwar wird dies mit dem Hinweis auf die Abwehr illegaler Migration zu relativieren und zu rechtfertigen versucht, jedoch darf weder übersehen werden, dass es sich selbst bei der Abwehr von illegalen Migranten nicht um Krieg handelt und zweitens, dass hiervon alle Menschen betroffen sind, die versuchen die EU auf irgendeinem Weg zu erreichen, Problem der sog. „Mixed Migration/gemischten Ströme“.¹¹⁹ Neben der hochgradigen Bedenklichkeit in menschenrechtlicher Hinsicht aufgrund des Einsatzes für militärische Zwecke entwickelter Mittel gegen Flüchtlinge, bleibt auch in diesem Zusammenhang die entscheidende Frage unbeantwortet: Wie wird mit den Flüchtlingen umgegangen?¹²⁰ Hinzu kommt die massive Kooperation von Frontex mit Geheimdiensten, Collège Européen de Police (CEPOL), EUROPOL und INTERPOL sowie dem Brüsseler Geheimdienstzentrum SitCen.¹²¹ Hier werden Praktiken gegen Flüchtlinge und Migranten angewendet¹²², die gedacht sind für den Einsatz gegen staatsbedrohende Vorgänge, wie Terrorismus oder Spionage. Im Zusammenhang mit geheimdienstlichen Praktiken ist ungeklärt, ob auch Zwangsmittel zu zulässigen Methoden zur Informationsgewinnung zählen, zu manchem Geheimdienst gehören auch paramilitärische Abteilungen, die Kontrolle dieser Dienste ist kaum möglich. Die EU steckt folglich gewaltige Summen von Geldern in die Förderung von menschenrechtlich höchst bedenklichen Projekten¹²³ ohne in irgendeiner Weise die entscheidenden Fragestellungen zu thematisieren, geschweige denn zu lösen.

Die Stärke der GFK ist, dass Schutz und gesellschaftliche Teilhabe kein Akt der Gnade sondern ein Gebot des Rechts sind.¹²⁴ Mithin sind Verstöße gegen die GFK, etwa Verstöße gegen das Refoulementverbot, keine Frage der Moral sondern Rechtsverstöße, Verstöße gegen die Menschenrechte. Das ist besonders prekär, weil sich die EU

zur Wahrung der Menschenrechte zur strikten Einhaltung und Weiterentwicklung des Völkerrechts und explizit zur Einhaltung der GFK primärrechtlich verpflichtet hat, Art. 2, Art. 3 V 2 EUV, Art. 78 I 2 AEUV. Damit werden durch die Verstöße die eigenen Verpflichtungen und die eigenen Werte und Ziele untergraben. Dies muss vor dem Hintergrund betrachtet werden, dass die EU sich auf ihre Werte und Ziele gründet. Die EU muss sich als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts an ihren eigenen Maßstäben messen lassen.¹²⁵ Diese Verstöße greifen gewissermaßen die Substanz der EU an. Gleiches gilt für die Mitgliedstaaten der EU. Um integer und authentisch nach außen zu wirken, aber auch um diese Werte nach innen zu festigen und an die eigene Bevölkerung zu vermitteln, ist es unerlässlich, auch in jeder Hinsicht tatsächlich diese Werte und Verpflichtungen einzuhalten und auszubauen. Dabei ist es gerade entscheidend, den Schwächsten all diese Rechte zukommen zu lassen, denn daran, wie eine Gemeinschaft mit den Schwächsten umgeht, zeigt sich die wirkliche Grundeinstellung.

Die Schwächsten aber sind vor allem, neben Kindern, die Flüchtlinge und zwar gerade diejenigen, die aufgrund der tatsächlichen Umstände zu illegalen/irregulären Migranten geworden sind, sowie Binnenflüchtlinge, um die es hier aber nicht geht. „Die Menschenwürde wird nicht erst durch eklatante Menschenrechtsverletzungen wie Folter (...) kompromittiert, sondern bereits durch die gewohnheitsmäßige und unauffällige Praxis der Gleichgültigkeit, etwa gegenüber dem Hunger der dritten Welt“, so ein Zitat von Birnbacher 1995. Dabei spielt es tatsächlich gar keine Rolle, warum diese Menschen keine Lebensgrundlage oder Perspektive haben¹²⁶, entscheidend ist, dass sie keine haben. Haben sie keine Lebensgrundlage oder Perspektive, so sind ihre elementarsten Menschenrechte akut gefährdet. Das Recht auf Leben, auf Gesundheit und auf Rechtsschutz: auf Existenz, untechnisch gesprochen. Diese Rechte fließen unmittelbar aus der Menschenwürde. Diesen Menschen diese Rechte zu verwehren, bedeutet Menschenrechtsverletzungen an ihnen zu begehen und diesen Rechten und letztlich der Menschenwürde die Universalität abzusprenken.¹²⁷

Ein solcher Vorgang stellt die größte Gefahr für die Wahrung und den Schutz der Menschenwürde dar und ist von größter Bedeutung für die EU und deren Mitgliedstaaten, die einerseits etliche regionale als auch internationale völkerrechtliche und menschenrechtliche sowie europarechtliche Bindungen, etwa an die GFK, die EMRK etc. eingegangen sind und zugleich weltweit am stärksten zu betonen versuchen, wie grundlegend und wichtig diese

117 *Luft*, APuZ 47/2013, 13 (15); vgl.; European Commission (Hg.), *investigating into security research for the benefits of European citizens*, Luxemburg 2011.

118 In diesem Kontext steht auch die Entwicklung von EUROSUR, vgl.: *Luft*, APuZ 47/2013, 13 (15).

119 *Mrozek*, *Grenzsicherheit als supranationale Aufgabe*, 2013, S. 179.

120 *Luft*, APuZ 47/2013, 13 (15).

121 *Marischka*, in: IMI (Hg.), *Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum*, 2009, S. 3.

122 Näher dazu: *Gössner*, *Menschenrechte in Zeiten des Terrors*, 2007, S. 126 ff.

123 *Heck*, in: Ottersbach/Prölß (Hg.), *Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung*, 2011, S. 71 (79).

124 *Löhr*, *Schutz statt Abwehr*, 2010, S. 17.

125 *Luft*, APuZ 47/2013, 13 (16).

126 Vgl.: *Münz/Reiterer*, *Wie schnell wächst die Zahl der Menschen?*, 2007, S. 180, 196 f.; zu den Ursachen von Migration.

127 *Canzer* Abs.: *Schneider*, in: Ottersbach/Prölß (Hg.), *Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung*, 2011, S. 17 (23 ff.).

Verpflichtungen und Werte sind und versuchen, andere Staaten dazu zu veranlassen, ebensolche Verpflichtungen einzugehen und Werte zu verteidigen.¹²⁸

Wird in solch widersprüchlicher Weise mit Wahrung und Schutz der Menschenwürde und der Menschenrechte verfahren¹²⁹, wie es etwa die erfolgte Zusammenarbeit der EU mit Diktaturen in Libyen und Tunesien vor dem Arabischen Frühling belegt¹³⁰, aber auch etwa die Praxis, Flüchtlinge in Lager zu sperren, oder abzudrängen, ihr Leben zu gefährden um Grenzen zu sichern¹³¹, so setzen die Staaten und die EU ihre Glaubwürdigkeit aufs Spiel, denn dem Rest der Staatengemeinschaft entgeht das nicht und verraten ihre eigenen fundamentalen Werte und Prinzipien und machen sie damit selber zunichte.

3. Für die Integration

Gerade weil im Bereich der inneren Sicherheit der Kern staatlicher Souveränität betroffen ist¹³², ist die derzeitige Situation der Ausgestaltung dieser Materie für die Frage nach dem Integrationsstand der EU von herausragender Bedeutung.

Nach Maastricht gab es zwar zum einen mit dem gemeinsamen Binnenmarkt, der gemeinsamen Außenpolitik und der wachsenden Zusammenarbeit im Bereich der inneren Sicherheit einen starken Schub in Richtung einer immer engeren (institutionellen) Union, andererseits zeigten etwa einzelne Referenda zum Maastricht-Vertrag auch die Überforderung vieler Bürger hinsichtlich dieser weitreichenden Ziele und die dadurch entfachten Debatten unter den politischen Eliten zeigten die stark divergierenden Vorstellungen in den Mitgliedstaaten hinsichtlich der langfristigen Zukunft der europäischen Nationalstaaten.¹³³ Ergebnis dieses Dilemmas ist eine entstandene Grauzone im Bereich Grenzschutz und Migrationspolitik, in der de facto und unkontrolliert eine Agentur Recht setzt, deren Verantwortlichkeit wie ein Spielball zwischen den jeweiligen Kompetenzträgern hin und her geworfen wird.¹³⁴

Der ausgesprochen defizitäre Zustand dieser Materie ist ein Indiz für einen bedenklichen Zustand der Integrati-

¹²⁸ *Schneider*, in: Ottersbach/Prölß (Hg.), Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 17.

¹²⁹ Vgl.: *Kopp*, in Ottersbach/Prölß (Hg.), Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung 2011, S. 95 (100f.); *Ottersbach/Prölß*, in Ottersbach/Prölß, (Hg.), Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 7 (8).

¹³⁰ *Kasperek*, APuZ 47/2013, 39 (46).

¹³¹ Vgl.: *Schneider*, in: Ottersbach/Prölß (Hg.), Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 17 (26).

¹³² *Glaeßner/Lorenz*, in Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 37 (47).

¹³³ *Glaeßner/Lorenz*, in Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 37 (47, 50).

¹³⁴ Vgl.: *Anton* u. a., in: IMI (Hg.), Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum, 2009, S. 43 (44).

on. Hierauf den Blick zu lenken, wäre ein notwendiger Schritt und birgt ein enormes Potenzial, die Integration positiv voranzutreiben. Es könnte eine menschenrechtende Vorbild- und Vorreiterrolle hinsichtlich der Eingliederung in eine multikulturelle Gesellschaft angenommen werden. Die sog. Willkommensgesellschaft¹³⁵ könnte tatsächlich realisiert werden.

V. Resultat

Die vergangenen fast 30 Jahre haben deutlich gezeigt, dass diese Art des Umganges mit Flüchtlingen weder für die Mitgliedstaaten noch für die EU, weder hinsichtlich der Menschenrechte¹³⁶, noch hinsichtlich des EU-Rechts der richtige Weg ist, sondern Potential und Chancen, Möglichkeiten und Kräfte, Gelder, Kapazitäten und Ressourcen¹³⁷ verschleudert und jeden Tag Menschenleben kostet, unter Verursachung eines Schadens für alle Beteiligten.

Als Konsequenz bedeutet dieser defizitäre Zustand eine Bedrohung für die Menschenwürde, die Menschenrechte und die Idee der Integration der EU. Dies ist der Schaden dieser fehlgeleiteten Politik. Zusammenfassend kann Frontex von daher beschrieben werden, als Symptom einer misslungenen Grenzpolitik seit der Geburt des Schengensystems¹³⁸ mit beträchtlichem Potenzial, die Menschenrechte, die EU und die Integration schwer zu schädigen, sowohl nach innen als auch nach außen.

C. Vorschläge für eine Neukonzipierung

Grenzschutz mag in der Staatssouveränität begründet sein und die Gewährleistung von Sicherheit ebenfalls, doch muss an dieser Stelle die Frage gestellt werden, ob der Grenzschutz mit dem vorrangigen Ziel, die Migration zu verhindern, wenn dazu Maßnahmen und Mittel in solchem Ausmaß erforderlich werden, dass dafür Menschen ihr Leben verlieren und diverse menschenrechtliche Garantien verletzt werden, alle Mittel und Maßnahmen rechtfertigt, oder ob die Entwicklungen nicht dazu veranlassen, anzuerkennen, dass ein umfassender Strategiewechsel der Migrationspolitik sowie anderer Politikfelder¹³⁹ erforderlich ist.¹⁴⁰ Die EU muss

¹³⁵ *Carrel*, Anmerkungen zur Willkommenskultur, APuZ 47/2013, 30 (30 ff.).

¹³⁶ *Löhr*, Schutz statt Abwehr, 2010, S. 41.

¹³⁷ Vgl.: *Wilmes*, APuZ 47/2013, 33 (39).

¹³⁸ Der ganze Absatz: *Kasperek*, APuZ 47/2013, 39 (46); *Mrozek*, Grenzschutz als supranationale Aufgabe, 2013, S. 190.

¹³⁹ So auch: *Anton* u. a., in: IMI (Hg.), Frontex – Widersprüche im erweiterten Grenzraum, 2009, S. 43 (44); vgl.: *Münz/Reiterer*, Wie schnell wächst die Zahl der Menschen?, 2007, S. 302 f.

¹⁴⁰ Hierauf kann hier nicht umfassend eingegangen werden, aber einzelne Punkte in der Arbeit deuten erforderliche Änderungen bereits an, vgl.: *Pelzer*, Resettlement als Instrument der internationalen Flüchtlingspolitik, in: Ottersbach/Prölß (Hg.), Flüchtlingsschutz als

offen sein für Menschen, die einen Asylantrag stellen wollen mit zumutbaren, realen Zugangsmöglichkeiten zur Antragstellung.¹⁴¹ Weder wird Europa überrannt von Wirtschaftsflüchtlingen.¹⁴² Fachleute halten dieses Szenario tatsächlich für unrealistisch, die Angst vor einer „Flüchtlingsschwemme“ für unbegründet¹⁴³, noch sind die Grenzen des Machbaren erreicht.¹⁴⁴

Der Grenzschutz kann künftig dafür zuständig sein, dass Menschen, nicht undokumentiert einreisen, sondern, bei Aufgreifen Unterstützung erhalten bei der Asylantrag-

stellung, beziehungsweise bei der Aufnahme in den Zielstaat.

Der Grenzschutz muss künftig dem EU-Parlament Rechenschaft schulden. Fragwürdige Hergänge müssen von unabhängiger Seite lückenlos aufgeklärt werden. Die derzeitige Struktur der Agentur als unabhängige, supranationale Institution mag hinsichtlich des Status als Expertenagentur¹⁴⁵ denklogisch erscheinen, jedoch ist die Agentur kein Experte, was Menschenrechtsschutz und Rechtsstaatsgarantien angeht und benötigt allein von daher schon eine umfassende Kontrolle. Es müssen die Verantwortlichkeiten klar geregelt sein. Betroffenen muss ein umfassender, erreichbarer Rechtsschutz zur Verfügung stehen.¹⁴⁶ Das diese Änderungen mit Frontex kompatibel sind ist äußerst fraglich. Sinnvoller erscheint es, Frontex abzuschaffen und eine Behörde zu schaffen, die diese Herausforderungen bewältigen kann.

globale Herausforderung, 2011, S. 83 (83 ff.).

141 Anders als Möllers in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 291 ff., 329.

142 M. w. Anm.: Heck, in: Ottersbach/Prölß (Hg.), Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 71 (72); Münz/Reiterer, Wie schnell wächst die Zahl der Menschen?, 2007, S. 34; dieser Eindruck wird insb. durch Frontex vermittelt.

143 Büchse/Stawski, Stern 43/2013, 46 (48).

144 Mit diversen Nachweisen über die derzeitigen Zahlen und Belastungen etwa Büchse/Stawski, Stern 43/2013, 46 (46); m.w.N für andere Jahre: Düvell, in: Ottersbach/Prölß (Hg.), Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 29 (30 ff.); Pelzer, in: Ottersbach/Prölß (Hg.), Flüchtlingsschutz als globale Herausforderung, 2011, S. 83 (83).

145 Möllers, in: Möllers/van Ooyen (Hg.), Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, S. 291 ff., 328.

146 Löhr, Schutz statt Abwehr, 2010, S. 51.

Katharina Goldberg*

Das Problem des Treaty Override (Teil 2)

b) Lex specialis

Umstritten ist jedoch, ob das DBA oder die innerstaatliche Norm spezieller ist. Ein Spezialitätsverhältnis liegt immer vor, wenn die speziellere Norm vollständig in der allgemeineren Norm aufgeht und trotzdem innerhalb der allgemeineren Norm noch andere Anwendungsgebiete möglich bleiben¹.

aa) Generelle Spezialität des DBA

Für eine Spezialität des DBA spricht dessen nur bilaterale Wirkung, während die innerstaatliche Norm für diesen Sachverhalt omnilateral gilt².

* Wiss. Mit. am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht (Prof. Dr. Arndt Schmehl) der Universität Hamburg. Dieser Beitrag beruht auf einer von Prof. Dr. Arndt Schmehl im Sommersemester 2010 im „Schwerpunktbereich IX – Öffentliche Finanzordnung und Steuerrecht“ gestellten Schwerpunktbereichshausarbeit der Verfasserin, die mit „gut“ bewertet wurde. Fortsetzung zu HRN 2014, 71.

1 Larenz/Canaris, 88. Von denselben „Tatbestandsmerkmalen plus mindestens ein Weiteres“ spricht Bydlinski, 465.

2 Rust/Reimer, IStR 2005, 843, 845; Kempff/Bandl, DB 2007, 1377, 1379. Ohne Begründung ferner FG Köln EFG 2008, 1187, 1188; Frotscher, FS Schaumburg, 687, 700; Schröcker, DVBl. 1958, 369, 377.

bb) Generelle Spezialität der innerstaatlichen Norm

Für die Spezialität der innerstaatlichen Norm wird angeführt, dass sie sachlich nur eine einzelne Regelung für die Besteuerung trifft, während das DBA einen ganzen Kanon an Regelungen beinhaltet³.

cc) Schlussfolgerung: Untauglichkeit von lex specialis

Die Feststellung eines *lex specialis* kann schwerlich erfolgen, wenn beide Normen als spezieller angesehen werden können. Diese Konkurrenzregel ist damit im Zusammenhang mit DBA nicht weiterführend.

c) Lex posterior

Normkonflikte können somit auf Ebene der allgemeinen Konkurrenzregeln allein durch *lex posterior* gelöst werden. Damit ginge die spätere Norm der früheren vor, wobei dies sowohl für spätere innerstaatliche Normen als auch für DBA gelten würde: Dies würde jedoch bei stän-

3 Kempff/Bandl, DB 2007, 1377, 1379; allgemein dazu Schmalz, 45.

dig neuen Gesetzen und neu-abgeschlossenen DBA zu einem heillosen Durcheinander führen. Entgegen Aussagen in der Literatur⁴ bestimmt vielmehr § 2 AO als speziell steuerrechtliche Vorschrift das Konkurrenzverhältnis.

d) Lösung der Problematik durch § 2 AO

Dem Wortlaut dieser Norm folgend gehen Verträge mit anderen Staaten i. S. d. Art. 59 II 1 GG über die Besteuerung, wenn sie unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind, den Steuergesetzen vor.

aa) Keine Rangerhöhung durch § 2 AO

Nach früher Auffassung des Gesetzgebers seien DBA gegenüber innerstaatlichen Normen *lex superior*⁵. Allerdings ist § 2 AO nur einfaches Bundesrecht. Die Vorschrift kann daher nicht die durch Art. 59 II 1 GG vorgegebene Ranggleichheit von Steuergesetzen und DBA aufheben; beide sind einfaches Bundesrecht⁶.

bb) Wirkung von § 2 AO

Zu klären ist daher, welche Wirkung § 2 AO entfaltet. *Frotscher* vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass § 2 AO lediglich eine Wiederholung des *lex specialis*-Grundsatzes und damit überflüssig wäre⁷. *Scherer* spricht von keiner inhaltlichen Änderung durch die Einführung des § 2 AO⁸. Dem ist so nicht zu folgen, vielmehr räumt § 2 AO der Kollisionsregel des *lex specialis* den Vorzug vor *lex posterior* ein⁹. Der Gesetzgeber stellt mit der Norm klar, dass er im Bereich des Steuerrechts grundsätzlich dem Völkervertragsrecht Vorrang gewähren will¹⁰. Ob man dies nun methodisch damit begründet, dass § 2 AO die Norm des DBA zum *lex specialis* macht¹¹ oder in § 2 AO eine eigenständige Konkurrenzregel sieht¹², kann dahinstehen¹³.

Dem Argument *Frotschers*, dass auch § 2 AO als einfaches Gesetz durch ein späteres Gesetz aufgrund des *lex posterior* Grundsatzes verdrängt wird¹⁴, kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Der Gesetzgeber trifft hier eine Grundentscheidung, die aufgrund ihrer Stellung im allgemeinen Teil der AO für das gesamte Steuerrecht gelten soll¹⁵. Würde der Gesetzgeber diese Grundentscheidung für eine völkerrechtsfreundliche Auslegung widerrufen wollen, stünde es ihm jederzeit frei, § 2 AO abzuändern oder abzuschaffen. Solange er dies nicht tut, kann auch

nicht davon ausgegangen werden, dass ein späteres Gesetz diese einmal gefasste Grundentscheidung ändert.

III. Zitiergebot?

Teile des Schrifttums leiten aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG und § 2 AO ein Zitiergebot ab. Dies hätte zur Folge, dass nur ein TO vorliegt, wenn analog Art. 19 I 2 GG ausdrücklich auf das Überschreiben von DBA hingewiesen wird¹⁶. Ein solches Zitiergebot ist *de lege lata* jedoch abzulehnen. Bereits technisch ergäben sich große Schwierigkeiten, alle DBA-Vorschriften, die von dem TO erfasst werden sollen, aufzuzählen, ferner zeigt die restriktive Rechtsprechung des *BVerfG*, dass Art. 19 I 2 GG nicht analogiefähig ist¹⁷. Dieser wird lediglich zur Sicherung jener Grundrechte angewendet, die aufgrund eines speziellen, im GG enthaltenen Vorbehalts eingeschränkt werden können¹⁸. Wenn das Zitiergebot derart restriktiv ausgelegt wird, ist nicht nachvollziehbar, warum es sogar analogiefähig sein soll.

IV. Ergebnis

Ein TO liegt bei einem ausdrücklichen oder impliziten gesetzgeberischen Willen zum Überschreiben eines DBA vor. In beiden Fällen liegt ein TO auch in Bezug auf später geschlossene DBA vor¹⁹. Wenn der gesetzgeberische Wille nicht in dieser Form zu Tage tritt, muss aufgrund von § 2 AO davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber keine Überschreibung intendierte.

D. Verfassungsmäßigkeit

Erst kürzlich äußerte der *BFH* Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von TO. So führte er aus: „*Es fragt sich indessen, ob nicht gleichwohl abkommensrechtlich und verfassungsrechtlich durchschlagende Gründe dafür ersichtlich sein müssen, die die Durchbrechung der völkerrechtlich verbindlich getroffenen Vereinbarungen erzwingen und (ausnahmsweise) rechtfertigen können*“²⁰.

Im Folgenden soll zunächst ein Verfassungsverstoß außerhalb der Grundrechte untersucht werden. Es folgt sodann eine Prüfung anhand der Grundrechte.

I. Verfassungswidrigkeit außerhalb der Grundrechte

Der verfassungsrechtlichen Diskussion um die TO liegt außerhalb der Grundrechte ein Konflikt zwischen

4 Bspw. *Frotscher*, Rn. 49.

5 BT-Drs. 7/4292, 7.

6 Statt vieler *Birk*, in: H/H/S m.w.N., § 2 Rn. 4; a.A. noch *Klein*, DStR 1976, 59, 61.

7 *Frotscher*, Rn. 49.

8 *Scherer*, 27.

9 *Birk*, in: H/H/S, § 2 Rn. 174; dem folgend *Hansen*, 39.

10 Von einer Vorrangvermutung spricht *Musil*, RIW 2006, 287, 289.

11 *Schwarz*, in: Schwarz, § 2 Rn. 7.

12 *Gersch*, in: Brockmeyer/Klein, § 2 Rn. 3. Ausführlich *Scherer*, 21 ff.

13 So auch *Musil*, 70; *Wassermeyer*, DStJG 1996, 151, 154 f.

14 *Frotscher*, StBjB 2009/10, 151, 158.

15 *Pahlke*, in: P/K, Vorb. Zu § 1 bis 32.

16 *Leisner*, RIW 1993, 1013, 1019 f.; *Scherer*, 30 ff.; *Weigell*, IStR 2009, 636, 638; *Weggenmann*, 52.

17 *Seer*, IStR 1997, 483, 485.

18 *Kerath*, 129; vgl. etwa *BVerfGE* 24, 367.

19 *Drüen*, in: T/K, § 2 Rn. 38.

20 *BFH* BFH/NV 2010, 1554, 1558.

Rechtsstaats- und Demokratieprinzip zugrunde. Das Demokratieprinzip besagt, dass dem Gesetzgeber das Recht eingeräumt ist, freie Entscheidungen zu treffen²¹. Der Grundsatz der zeitlich beschränkten Herrschaft schließt eine politische und verfassungsrechtliche Bindung künftiger Gesetzgeber aus²². Das Rechtsstaatsprinzip bindet den Gesetzgeber an die verfassungsgemäße Ordnung²³. Für den Versuch zwischen beiden Prinzipien in dieser speziell völkerrechtlichen Problematik einen angemessenen Ausgleich herzustellen, wurde rechtstechnisch im Schrifttum an verschiedene Normen angeknüpft.

1. Art. 59 II GG

So wird teilweise angenommen, dass Art. 59 II GG eine Änderungssperre enthalte, die bestimme, dass nach Art. 59 II GG in das deutsche Recht eingefügte DBA zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr geändert werden dürften²⁴.

Einem völkerrechtlichen Vertrag könne nur zugestimmt oder nicht zugestimmt werden, einseitige Modifizierungen des Vertragstextes seien nicht möglich²⁵. Ein später erlassenes, änderndes Gesetz wäre eine solche Modifizierung des DBA und würde demnach zu einem Verstoß gegen die Verfassung führen²⁶.

Jedoch hat Art. 59 II GG eine andere Zielsetzung, als den Gesetzgeber für die Zukunft zu binden. Vielmehr soll vor einer Aushöhlung des innerstaatlichen Gesetzesvorbehalts durch zwischenstaatliche Vereinbarungen geschützt werden²⁷. Die Möglichkeit, dass Völkervertragsrecht weiterhin durch späteres innerstaatliches Recht abgeändert oder aufgehoben werden kann, muss bestehen bleiben²⁸, ansonsten käme dies einer Bindung des späteren Gesetzgebers an jeden abgeschlossenen völkerrechtlichen Vertrag gleich. Dies widerspräche dem Demokratieprinzip. Ein TO verstößt demnach nicht gegen Art. 59 II GG.

2. Art. 25 GG

Gem. Art. 25 S. 1 GG sind die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts. Nach S. 2 gehen sie im Rang den förmlichen Gesetzen vor. Das Völkervertragsrecht zählt jedoch nicht zu den *allgemeinen* Regeln des Völkerrechts²⁹.

Teilweise wird angenommen, dass *pacta sunt servanda* über Art. 25 GG den Gesetzen vorgeht³⁰. Dadurch wird impliziert, dass der Gesetzgeber an Völkervertragsrecht gebunden sei³¹. Nach dem *Konkordatsurteil* des BVerfG ist dies aber gerade nicht der Fall³². Es wird jedoch argumentiert³³, dass das *Konkordatsurteil* aus einer Zeit stammt, in der es international unüblich gewesen sei, sich an völkerrechtliche Verträge zu binden. Heute hingegen gäben diverse Staaten völkerrechtlichen Verträgen Vorrang vor den Gesetzen³⁴. Kann festgestellt werden, dass Fakten oder die Entwicklung neuer Vorstellungen neuartige Regeln verlangen, um die ordnende und begrenzende Funktion der Verfassung zu wahren, wäre zwar eine Situation für Verfassungsfortbildung gegeben³⁵. Jedoch räumen etwa Großbritannien und die USA völkerrechtlichen Verträgen keinen Vorrang ein³⁶. Ferner muss das deutsche Recht aus sich heraus ausgelegt werden. Innerstaatlich steht das Demokratieprinzip einer solchen Verfassungsfortbildung entgegen. Diese ist daher nicht geboten.

3. Allgemeine Völkerrechtsfreundlichkeit des GG

a) Völkerrechtsfreundlichkeit als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips?

Ferner wird vertreten, dass Art. 25 GG im Umkehrschluss nur bedeuten würde, dass *nicht alle* besonderen Regeln des Völkerrechts den Gesetzen vorgehen, aber *einige* dies können. Dies ließe die Frage offen, welcher Rang dem Völkervertragsrecht zukommt³⁷. Insbesondere *Vogel* argumentiert, dass Deutschland sich aus seinem Wesen als Rechtsstaat heraus für eine Respektierung zwischenstaatlich geltenden Rechts³⁸ und eine grundsätzliche Völkerrechtsfreundlichkeit³⁹ entschieden habe. Hieraus ließe sich ein Verfassungsauftrag ableiten, als Staat das Recht zu wahren und somit Verträge zu achten⁴⁰. Für den Bruch eines völkerrechtlichen Vertrags gäbe es keine Rechtfertigung⁴¹. Auch das Demokratieprinzip sei dem nicht entgegenzustellen, schließlich seien die demokratisch zur Rechtsfortbildung legitimierten Abgeordneten gem. Art. 38 GG ihrem Gewissen verpflichtet. Das BVerfG überlässt daher die Erfüllung bestehender völkerrechtlicher Vertragspflichten dem Gesetzge-

30 *Stein*, IStR 2006, 505, 508; *Eckert*, RIW 1992, 386, 387 f.

31 Dazu *Klein*, FS Höhn, 149, 154 ff.

32 BVerfGE 6, 309, 362; so auch *Schröcker*, DVBl. 1958, 410, 412 f.; a. A. *Jahrreiß*, FS Apelt, 159, 169 f.

33 *Stein*, IStR 2006, 505, 508.

34 28 v. 41 kontinentaleuropäischen Staaten (2005), vgl. *Vogel*, DB 2005, 29 ff.; zu Frankreich insb. *Richter*, IStR 2002, 653 f.; zu weiteren Staaten *Han*, 23 ff.

35 So allgemein *Starck*, FS BVerfG I, 1, 21.

36 *Rust*, 106.

37 *Rust*, 107.

38 *Vogel*, JZ 1997, 165 ff.; grundlegend *Schröcker*, DVBl. 1958, 368, 410 ff.

39 Verwiesen wird auf die Präambel, Art. 1 II, 9 II, 23–26, 59 II, 79 I 2 und 100 II GG; vgl. *Rust*, 107; *Bleckmann*, DÖV 1996, 137 ff.

40 *Rust*, 108.

41 *Vogel*, JZ 1997, 165.

21 *Vogel*, JZ 1997, 161, 165 f.

22 Dazu *Böckenförde*, in: HbdStR, § 22 Rn. 40; vgl. auch *Dreier*, in: *Dreier*, Art. 20 Rn. 79.

23 *Jarass*, in: J/P, Art. 20 Rn. 32.

24 *Becker*, NVwZ 2005, 289, 291; *Debatin*, Beilg. 23, DB 1985, 1, 2; *Wohlschlegel*, FR 1993, 48 f.

25 *Stern*, 504 f.

26 *Wohlschlegel*, FR 1993, 49; *Daragan*, IStR 1998, 225 ff.

27 *Brombach-Krüger*, Ubg 2008, 324, 329.

28 *Streinz*, in: *Sachs*, Art. 59 Rn. 63; *Drüen*, in: T/K, § 2 Rn. 2.

29 Statt vieler BVerfGE 6, 309, 363.

ber⁴². Der Bruch eines Vertrages sei keine gewissenhafte Entscheidung⁴³. Dem wird entgegengehalten, dass das Rechtsstaatsprinzip nicht dazu dienen könne, jedes rechtswidrige Staatsverhalten als verfassungswidrig zu qualifizieren⁴⁴. Festzuhalten bleibt aber, dass durch den Bruch von Völkervertragsrecht das Rechtsstaatsprinzip zumindest beeinträchtigt wird.

b) Auswirkung des Görgülü-Urteils⁴⁵?

Stimmen in der Literatur halten TO im Hinblick auf Görgülü für verfassungswidrig⁴⁶. So sieht Vogel seine Ansicht durch dieses Urteil bestätigt: Wenn die mangelnde Berücksichtigung der EMRK durch innerdeutsche Organe gegen die Bindung an Gesetz und Recht nach Art. 20 III GG verstößt, könne für DBA nichts anderes gelten⁴⁷. Weigell leitet aus diesem Urteil sogar einen Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, nämlich der Steuerpflichtigen, ab⁴⁸. Rust/Reimer schließen aus der Entscheidung, dass der parlamentarische Gesetzgeber an das Völkerrecht gebunden sei⁴⁹. Aus einer solchen Bindung würde sich die Verfassungswidrigkeit der TO ergeben, sofern eine Norm aufgrund ihres eindeutigen Wortlauts nicht mehr völkerrechtskonform ausgelegt werden könnte⁵⁰. Vogel argumentiert, dass nach Görgülü der Gesetzgeber Völkervertragsrecht nur dann nicht beachten dürfte, wenn er dadurch einen Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abwenden wollte⁵¹; ansonsten müsste ein milderes Mittel gewählt werden⁵². Ein solcher Verstoß sei aber bei DBA kaum denkbar⁵³.

Görgülü im steuerrechtlichen Kontext derart fruchtbar zu machen, ist zu weit gegriffen⁵⁴. Schon im Ausgangspunkt ist zwischen einem multilateralen Vertrag zum Schutze elementarer Menschenrechte und einer bilateralen Vereinbarung über Besteuerungsmodalitäten zu differenzieren. Zudem kann sich Völkerrechtsfreundlichkeit nur im Rahmen des demokratischen Systems der Bundesrepublik entfalten, daher ist auch die Völkerrechtsfreundlichkeit unter dem Vorbehalt der Änderbarkeit der Gesetze zu sehen⁵⁵. Mit der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG ist lediglich die Auslegung der Gesetze gemeint; in Fällen, in denen gezielt Völkerrecht gebrochen werden soll, ist für Auslegung kein Platz⁵⁶. Würde man der Ansicht Vogels folgen, dass Völkerrecht vom

Gesetzgeber nur nicht beachtet werden dürfte, wenn dieser Verstöße gegen tragende Grundsätze der Verfassung abwenden wollte, würde dies nicht der Ratio der Görgülü-Entscheidung entsprechen: In diesem Fall wäre der Bruch von Völkervertragsrecht nur in seltenen Fällen möglich. Das würde die ausführlichen Ausführungen des Gerichts zum hierarchischen Rang des Völkervertragsrechts konterkarieren⁵⁷. Es ist vielmehr anzunehmen, dass das Gericht keine abschließende Aussage über die Zulässigkeit derogierender Gesetzgebung treffen wollte und insbesondere nicht die Konstellation des TO bedacht hat⁵⁸. Durch Görgülü findet nur eine weitere Ausdifferenzierung der allgemeinen Völkerrechtsfreundlichkeit des GG statt, diese wird jedoch im steuerlichen Zusammenhang nicht auf eine neue Ebene gehoben.

4. Ergebnis

Somit ist festzustellen, dass das Rechtsstaatsprinzip durch Völkerrechtsverstöße beeinträchtigt wird; die gebotene Abwägung mit dem Demokratieprinzip führt jedoch zu einer verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit eines TO außerhalb der Grundrechte.

II. Verfassungswidrigkeit aufgrund eines Grundrechtverstoßes

Insbesondere Frotscher vertritt neuerdings, dass einige TO einen nicht zu rechtfertigenden Grundrechtseingriff darstellen und damit verfassungswidrig seien. Dieses Ergebnis erreicht er auf der Grundlage der folgenden Argumentation⁵⁹:

1. Die Argumentation Frotschers

Ein Eingriff in die Grundrechte durch Steuergesetze sei zunächst grundsätzlich verfassungsgemäß. Durch DBA gäbe Deutschland seinen Besteuerungsanspruch auf. Ein TO würde diese Aufgabe des Besteuerungsanspruchs rückgängig machen. Hier könne kein Eingriff gesehen werden, da dieser Schritt zurück zum verfassungsgemäßen Zustand führe. Käme es jedoch durch den TO zur Doppelbesteuerung, läge ein Grundrechtseingriff vor. Wenn durch DBA eine Doppelbesteuerung verhindert wird, entstehe daraus ein subjektives Recht für den Steuerpflichtigen. Wenn nun wiederum ein TO zur Doppelbesteuerung führe, würde ihm dieses subjektive Recht entzogen. Dies sei ein Eingriff in Art. 14 GG, zumindest in Art. 2 I GG, u. U. auch in Art. 3 I GG. Die Rechtfertigung des Eingriffs sei nicht möglich, da der TO gegen den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit sowie das Rechtsstaatsprinzip verstoßen würde. Damit gehöre er nicht zur verfassungsgemäßen Ordnung und könne nur

42 BVerfGE 6, 309, 362.

43 Vogel, JZ 1997, 166 f.

44 Bron, IStR 2007, 431, 433.

45 BVerfGE 111, 207 ff.

46 Elicker, IStR, 56; Stein, IStR 2006, 505, 509.

47 Vogel, DB 2005, 29, 30.

48 Weigell, IStR 2009, 636, 639.

49 Rust/Reimer, IStR 2005, 843, 846.

50 Rust/Reimer, IStR 2005, 843, 846.

51 Vogel, JZ 1997, 166 f.; Elicker, IStR, 22.

52 Rust, 109.

53 Vogel, IStR 2005, 29, 30; Rust, 109.

54 Hansen, 43.

55 Frotscher, FS Schaumburg, 697, 699.

56 Musil, RIW 2006, 287, 289.

57 Hansen, 44.

58 Musil, RIW 2006, 287, 289.

59 Der folgende Abschnitt fasst diese Argumentation bei Frotscher, FS Schaumburg, 687, 705 ff.; Frotscher, StBJb 2009/10, 151, 161 ff.; Frotscher, IStR 2009, 593, 598 ff. zusammen.

in Ausnahmefällen – in Anlehnung an *Görgülü* nämlich nur, wenn ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung vermieden wird – einen Eingriff rechtfertigen. Dies sei im Steuerrecht regelmäßig nicht der Fall. Somit liege eine Grundrechtsverletzung und damit ein Verfassungsverstoß vor.

2. Kritik

In Teilen ist der Argumentation *Frotschers* zuzustimmen und in anderen Teilen zu widersprechen.

a) Eingriff?

aa) Subjektiv öffentliches Recht?

Zunächst ist zu fragen, ob ein DBA ein subjektives Recht eines Steuerpflichtigen begründen kann. DBA können Steueransprüche begründen, begrenzen, erweitern, aufheben und verändern; sie schaffen sachliche Steuerbefreiungen und -ermäßigungen⁶⁰. Die Frage nach dem subjektiven Recht stellt sich nach *Frotscher* nur in dem Fall, in dem das DBA die Doppelbesteuerung zunächst verhindert, das TO dann aber zur Doppelbesteuerung führt⁶¹. Dieser Fall soll folgend untersucht werden.

Entscheidend dafür, ob es sich um ein subjektives Recht handelt, ist, ob es *auch* dem Schutz von Individualinteressen dient⁶². Dagegen wird angebracht, dass eine Begünstigung des Vertragspartners der BRD keine Rechtsposition für den Steuerpflichtigen schaffe⁶³. DBA seien reines Kollisionsrecht der Vertragsstaaten⁶⁴. Es liege im nationalen Interesse, die eigenen Steuerbürger steuerlich zu entlasten, wenn diese volkswirtschaftlich und außenwirtschaftlich gewünschte Auslandsaktivitäten entfalten⁶⁵.

Aber DBA sollen auch die Steuerbürger entlasten. Die Entlastung begünstigt die Bürger, weil sie nicht der Doppelbesteuerung unterliegen. Eine gewollte Begünstigung des Bürgers durch objektives Recht führt zu einer Vermutung für eine Berechtigung⁶⁶. Somit vermitteln DBA-Normen, die Doppelbesteuerung verhindern, subjektive Rechte⁶⁷.

bb) Eingriff durch Entzug dieser Rechte?

Gegen einen Eingriff durch Doppelbesteuerung spricht zunächst, dass es auch zur Doppelbesteuerung käme, wenn von Anfang an kein DBA bestanden hätte⁶⁸. Wird jeman-

dem aber zunächst ein subjektiv-öffentliches Recht eingeräumt⁶⁹, um es dann wieder zu entziehen, stellt dies einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG)⁷⁰ dar. Der Schutzbereich von Art. 2 I GG erfasst auch die nachträgliche Veränderung geschützter Rechtspositionen⁷¹. Ein Eingriff in subjektiv-rechtliche Rechtspositionen führt zu einem Eingriff in Art. 2 I GG⁷².

Ein Eingriff in Art. 14 I GG liegt allerdings nur vor, wenn an konkrete Rechtspositionen angeknüpft wird⁷³, da nicht das Vermögen als Ganzes geschützt wird und Steuern regelmäßig nur das Vermögen als Ganzes belasten⁷⁴. Eine solche konkrete Rechtsposition ist beispielsweise ein schuldrechtlicher Vertrag, aus dem etwas erworben wird. Würde die Besteuerung durch einen TO an einen solchen angeknüpft, könnte durchaus auch ein Eingriff in Art. 14 I GG vorliegen. Auch ein Eingriff in Art. 3 I GG vermag im Einzelfall durch den Entzug des subjektiven Rechts in Betracht kommen.

b) Keine Rechtfertigung wegen Völkerrechtswidrigkeit?

Auf Rechtfertigungsebene argumentiert *Frotscher* nunmehr, dass es allgemein anerkannt sei, dass ein Gesetz, das materiell gegen allgemeine und tragende Verfassungsgrundsätze verstößt, nicht zur verfassungsgemäßen Ordnung i. S. d. Art. 2 I GG gehöre und damit einen Eingriff nicht rechtfertigen könne⁷⁵. Dem ist indes nicht zu folgen. Damit eine Norm nicht zur verfassungsgemäßen Ordnung gehört, müsste sie materiell oder formell verfassungswidrig sein⁷⁶. Ein TO ist jedoch wie dargelegt nicht *per se* verfassungswidrig⁷⁷, vielmehr ist ein Eingriff rechtfertigungsfähig. In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob ein TO verhältnismäßig ist.

3. Weiterentwicklung des Ansatzes *Frotschers*

Zur Weiterentwicklung des Ansatzes von *Frotscher* muss im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung maßgeblich auf die gesetzgeberische Intention für den TO abgestellt werden. Dies kann anhand von Fallgruppen geschehen.

a) TO aus Fiskalzwecken

Der Gesetzgeber begründet TO oftmals mit Fiskalzwecken⁷⁸. Die Finanzierung des Staates kann grundsätzlich einen Eingriff in Grundrechte rechtfertigen. An dieser Stelle ist aber die völkerrechtsbrechende Intention des

60 *Wassermeyer*, in: D/W, MA Art. 1 Rn. 9.

61 Nicht bei Verhinderung doppelter Nichtbesteuerung; dazu eingehend *Jankowiak*, passim.

62 Sog. Schutznormtheorie, vgl. BFH, BStBl. II 1985, 12 ff.; BVerfGE 1, 83 f.; ferner *Schmidt-Aßmann*, in: M/D, Art. 19 IV Rn. 128 ff.

63 *Mössner*, Forum 3, 113, 133.

64 *Reith*, 99.

65 *Bächle u. a.*, 17.

66 Grundlegend *Bachof*, GS Jellinek, 287, 296; ferner *Tipke*, AWD 1972, 589, 590; *Gloria*, 228.

67 Auch *Tipke*, AWD 1972, 589, 590 leitet subjektive Rechte aus DBA ab.

68 *Mitschke*, DB 2010, 303, 305 f.

69 *Mössner*, Forum 3, 113, 133.

70 *Frotscher*, StBJB 2009/10, 151, 173; *Frotscher*, IStR 2009, 593, 598.

71 Vgl. *Jarass*, in: J/P, Art. 2 Rn. 12.

72 BVerfGE 97, 271, 286.

73 BVerfGE 115, 97, 110 ff.

74 *Deppenheuer*, in: M/K/S, § 14 Rn. 160.

75 *Frotscher*, StBJB 2009/10, 151, 177; ferner *Mausch*, 247.

76 BVerfGE 6, 32, 36 ff.; *Vofßkuhle*, in: M/K/S, Art. 93 Rn. 180; *Pestalozza*, § 12 II Rn. 30.

77 Hierzu ausgiebig unter D.I.

78 Bspw. BT-Drs. 12/1506, 163; BT-Drs. 18/10189, 1.

Gesetzgebers und die damit einhergehende Beeinträchtigung des Rechtsstaatsprinzips⁷⁹ als Abwägungsgesichtspunkt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Bloße Fiskalzwecke können nicht ausreichen, um Eingriffe in Grundrechte gepaart mit dem Bruch von Völkerrecht zu rechtfertigen. Vielmehr müsste zu den Fiskalzwecken ein weiterer Zweck hinzukommen, der nicht nur das ständige finanzielle Bedürfnis des Staates ist. Dies hat zur Folge, dass eine Begründung von TO nur mit Fiskalzwecken im Regelfall zur Unverhältnismäßigkeit der Doppelbesteuerung führt⁸⁰. Ein entsprechender TO ist damit verfassungswidrig.

b) TO als Missbrauchsverhinderungsmittel

Anderes gilt für die Missbrauchsverhinderung. Zwar ist auch ein TO mit dieser Begründung völkerrechtswidrig⁸¹, jedoch kann hiermit der Bruch von Völkervertragsrecht im Rahmen der Verhältnismäßigkeit aufgewogen werden⁸². Hinter der Vermeidung von Missbrauchsgestaltungen⁸³ steht der Versuch, dem Prinzip der Leistungsfähigkeit und Art. 3 I GG zur Geltung zu verhelfen. Es soll so verhindert werden, dass jemand mit einer bestimmten Leistungsfähigkeit in Folge einer missbräuchlichen Gestaltung weniger leistet als jemand anderes mit der gleichen Leistungsfähigkeit. Dann wäre es verhältnismäßig und insbesondere erforderlich, dass der Gesetzgeber eine Missbrauchsverhinderungsvorschrift erlässt. Es könnte hier eingewendet werden, dass mit § 42 AO ein milderer Mittel zur Verfügung stehe als ein TO. Die Anwendung von § 42 AO hat jedenfalls Vorrang vor DBA⁸⁴. Jedoch erfasst § 42 AO stets nur Einzelfälle. Eine gesetzliche Festlegung einer Missbrauchsvorschrift ist besser geeignet. Ein TO lässt sich daher mit Missbrauchsverhinderung rechtfertigen.

Zu klären ist nun, wann ein solcher Missbrauch vorliegt. Hierfür könnte auf die zu § 42 AO entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Damit wären Normen verfassungsrechtlich gerechtfertigt, die verhindern, dass günstige Abkommenswirkungen Steuerpflichtigen zugutekommen, denen sie eigentlich gar nicht zustehen. Es muss also durch Steuerpflichtige eine künstliche, unangemessene Rechtsgestaltung vorgenommen worden sein, die durch den TO verhindert wird. Ein Missbrauch könnte so zum Beispiel bei einem „Treaty Shopping“ vorliegen, wenn DBA „genutzt“ werden, um günstige Abkommenswirkungen solchen Personen zukommen zu lassen, denen sie eigentlich nicht zustehen⁸⁵. Allerdings

darf ein vom Gesetzgeber befürchteter Steuerausfall nicht pauschal mit einem Missbrauch von DBA gleichgesetzt werden⁸⁶. Wenn sich so durch ein DBA Steuerausfälle ergeben, kann vielmehr auch das Abkommen unsorgfältig oder nicht vorausschauend genug ausgehandelt worden sein⁸⁷.

4. Ergebnis

Eine verfassungsrechtliche Prüfung von TO kann nur anhand der Grundrechte erfolgen, wenn DBA zunächst die Doppelbesteuerung verhindern und ein TO wieder zu einer solchen führt. Dann liegt jedenfalls ein Eingriff in Art. 2 I GG vor. Dieser Eingriff lässt sich im Regelfall nicht mit Fiskalzwecken, wohl aber mit Missbrauchsverhinderung rechtfertigen.

E. Anwendung der erarbeiteten Grundsätze

Im Folgenden werden die erarbeiteten Grundsätze zur Feststellung und zur Verfassungsmäßigkeit eines TO angewandt. Im Schrifttum werden insbesondere § 50 d I 1 und X EStG sowie § 20 II AStG als TO diskutiert⁸⁸.

I. § 50 d I 1 EStG

1. Vorliegen eines TO?

Nach § 50 d I 1 EStG sind die Vorschriften über die Einbehaltung, Abführung und Anmeldung der Steuer ungeachtet des DBA anzuwenden, wenn Einkünfte, die dem Steuerabzug vom Kapitalertrag oder dem Steuerabzug auf Grund des § 50 a EStG unterliegen, nach einem DBA nicht oder nur nach einem niedrigeren Steuersatz besteuert werden können. Der Steuerpflichtige kann sich aber unter bestimmten Voraussetzungen die Steuer später erstatten lassen. Die Norm erfasst ausdrücklich den gleichen Tatbestand wie ein DBA. Auch wird ihr explizit ein Vorrang vor den DBA eingeräumt. Somit liegt ein TO vor⁸⁹.

2. Verfassungsmäßigkeit

Nach den oben erarbeiteten Grundsätzen liegt ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 I GG nur vor, wenn ein TO erneut zur Doppelbesteuerung führt. Da sich bei dieser Norm jedoch die Steuerpflichtigen die zunächst gezahlte Steuer später wieder erstatten lassen können,

⁷⁹ Hierzu ausgiebig unter D.I.

⁸⁰ Ähnlich *Elicker*, IStR, 24 f.; *Daragan*, IStR 1998, 225, 227 („Gesetzgebungsmissbrauch“).

⁸¹ Dazu bereits unter D.I.

⁸² In diese Richtung bereits *Gosch*, IStR 2008, 413, 419.

⁸³ Umfassend zur Missbrauchsbekämpfung *Schanne*, passim.

⁸⁴ Statt vieler BFH BStBl. II 1986, 496 ff.

⁸⁵ Eingehend *Kraft*, passim; *Schaumburg*, Rn. 16.157. Es wird jedoch auch argumentiert, dass ein Missbrauch sich nur im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung bejahen ließe, wenn eine Gestaltung gem. § 42

AO vorliegt, vgl. *Jankowiak*, 257.

⁸⁶ *Seer*, IStR 1997, 481, 482; ähnlich *Leisner*, RIW 1993, 1013, 1018; *Vogel*, FS Höhn, 461, 467 ff.; *Daragan*, IStR 1998, 225, 227.

⁸⁷ *Stein*, IStR 2006, 505, 507.

⁸⁸ Vgl. für weitere (vermeintliche) TO etwa *Klühs/Schmidbleicher*, IStR 2007, 16, 20 f.; *Busching/Trompeter*, IStR 2005, 510, 512 f.; *Kraft/Bron*, IStR 2007, 376, 377; *Gröpl*, DStZ 2008, 62, 67 f. (REITG); *Hageböke*, IStR 2009, 473 ff.; *Schild/Eisele*, IStR 2005, 217, 219 (KStG); *Haase*, IStR 2010, 170 f. (InvStG); *Rasner/Wittmann*, SWI 2010, 78 ff. (SteuerHBekG).

⁸⁹ Ebenso BFH BStBl. II 1995, 129, 130.

kommt es nicht zur Doppelbesteuerung. Mangels Eingriff ist dieser TO daher verfassungsgemäß⁹⁰.

II. § 20 I 2. HS, II AstG

§ 20 I 2. HS, II stellt ausländische Betriebsstätten und Personengesellschaften, die Zwischeneinkünfte erzielen, ausländischen Gesellschaften gleich, soweit bei ihnen Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter anfallen⁹¹. Es erfolgt ein *switch-over* von der Freistellungs- zur Anrechnungsmethode⁹².

1. Vorliegen eines TO?

Es ist zunächst festzustellen, dass die Regelung den gleichen Sachverhalt erfasst wie DBA. Durch die Formulierung in Abs. 1, dass Abs. 2 durch die DBA nicht berührt wird, drückt der Gesetzgeber aus, dass diese Vorschrift entgegen den DBA angewendet werden soll⁹³. *Weigell* sieht in der Vorschrift seit einer Änderung 2003 – Abs. 2 erfasste bis dahin nur Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter – keinen TO mehr. Der Gesetzgeber habe es unterlassen, ein ausdrückliches Überschreiben erneut anzuordnen⁹⁴. Dem ist zu widersprechen. Trotz dieser Änderung von Abs. 2 muss dem Gesetzgeber weiterhin bewusst sein, dass Abs. 1 anordnet, dass Abs. 2 DBA überschreibt. Es handelt sich also um einen TO⁹⁵.

2. Verfassungsmäßigkeit

Auch hier ist die Frage zu stellen, ob es durch den TO zu einem Eingriff kommt. Durch das *switch-over* wird von der Freistellungs- zur Anrechnungsmethode gewechselt. Dadurch kann es in Deutschland zu einer höheren Besteuerung kommen. Allerdings sind sowohl Freistellungs- als auch Anrechnungsmethode anerkannte Methoden zur *Verhinderung* der Doppelbesteuerung, beide stehen gleichrangig in Art. 23 OECD-MA. Ein Recht darauf, dass der Gesetzgeber zur Verhinderung der Doppelbesteuerung stets die Freistellungsmethode wählt, haben Steuerpflichtige nicht. Somit kommt es auch hier nicht zu einem Eingriff.

III. § 50 d X EStG

§ 50 d X EStG legt fest, dass Sondervergütungen, wenn Vorschriften des DBA auf sie anzuwenden sind und das Abkommen keine ausdrücklichen Regelungen zu diesen Vergütungen enthält, für Zwecke der Anwendung des DBA ausschließlich als Unternehmensgewinne⁹⁶ behan-

delt werden⁹⁷. Auslöser für die Regelung war ein Urteil des *BFH*, das im *Inbound*-Fall auf die schuldrechtliche Voraussetzung abstellte und somit Sondervergütungen als Zinsen qualifizierte⁹⁸. Diese hatte der *BFH*⁹⁹ zuvor bereits im *Outbound*-Fall für DBA-Zwecke als Zinsen i. S. d. Art. 11 OECD-MA, das *BMF*¹⁰⁰ jedoch als Unternehmensgewinne i. S. d. Art. 7 OECD-MA¹⁰¹ angesehen. So wurde dieser Streit auf gesetzgeberischer Ebene beigelegt.

1. Vorliegen eines TO?

a) Gleicher Sachverhalt und unterschiedliche Rechtsfolgen

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll § 50 d X EStG eine Lücke im DBA füllen, es soll sich nicht um einen TO handeln¹⁰². Dem wird durch das *FG München*¹⁰³ und in der Literatur zum Teil zugestimmt¹⁰⁴. § 50 d X EStG ordne die Sondervergütung lediglich einem Begriff des DBA zu¹⁰⁵. Der Ausdruck der „Unternehmensgewinne“ sei im OECD-MA nicht ausreichend definiert, so dass die Vertragsstaaten diesen Begriff gem. Art. 3 II OECD-MA nach innerstaatlichem Recht auslegen müssten; eine Auslegung nicht im DBA definierter Begriffe stelle aber keinen TO dar¹⁰⁶. Beim Vorliegen einer solchen Lücke würde § 50 d X EStG nicht den gleichen Sachverhalt wie die Normen des DBA erfassen.

Eine Lücke in den DBA wird aber bezweifelt¹⁰⁷. Vielmehr läge ein TO vor, da sich der Inhalt eines DBA nicht nur aus dem Wortlaut des Vertrages ergebe, sondern anhand einer Auslegung nach Art. 31 WÜRV zu bestimmen sei¹⁰⁸. Der *BFH* habe diese vorgenommen und Sondervergütungen den DBA-rechtlichen Zinsen zugeordnet. Dies sei eine verbindliche Auslegung¹⁰⁹.

Dem ist nur im Ergebnis zuzustimmen. Der *BFH* legt Vorschriften im Einzelfall für die Verwaltung verbind-

⁹⁷ Für eine Aufzählung von DBA, die eine besondere Bestimmung für Sondervergütungen enthalten, vgl. *Boller/Eilinghoff/Schmidt*, IStR 2009, 109, 111.

⁹⁸ Dadurch verlor Deutschland das Besteuerungsrecht, vgl. *BFH BStBl. II 2009, 356, 357*; *Schmidt*, IStR 2008, 290 ff.; zuvor bereits im *Inbound*-Fall, vgl. *BFH BStBl. II 1991, 444 ff.*

⁹⁹ Zuletzt *BFH BStBl. II 2009, 356, 357*.

¹⁰⁰ *BStBl. I 1999, 1076, Rn. 1.2.3.* Vgl. *Boller/Eilinghoff/Schmidt*, IStR 2009, 109; *Ede*, FS Spiegelberger, 92, 94.

¹⁰¹ Diese Frage ist entscheidend dafür, welchem Vertragsstaat das Besteuerungsrecht zusteht, vgl. *Boller/Sliwka/Schmidt*, DB 2008, 1003 ff.; *Wassermeyer*, FS Ruppe, 681 ff.

¹⁰² *BT-Drs. 16/11108, 23*; *Korn*, DStR 2009, 2366. *Mitschke*, DB 2010, 303, 306 spricht von einer wirksamen und technisch geglückten Regelung.

¹⁰³ *FG München EFG 2009, 1954, 1965.*

¹⁰⁴ *Prinz*, DB 2009, 807, 809 („kein klassischer TO“).

¹⁰⁵ *Boller/Eilinghoff/Schmidt*, IStR 2009, 109, 112.

¹⁰⁶ *Boller/Eilinghoff/Schmidt*, IStR 2009, 109, 112.

¹⁰⁷ *Cloer/Kudert*, PISTB 2010, 110, 112; *Dörfler/Rautenstrauch/Adrian*, BB 2009, 580, 584; *Hils*, DStR 2009, 888, 892.

¹⁰⁸ *Frotscher*, IStR 2009, 593, 597; *Frotscher*, StBJB 2009/10, 151, 168 f.

¹⁰⁹ *Günkel/Lieber*, Ubg 2009, 301, 306; zu dieser Zuordnung *Müller*, BB 2009, 751, 754.

⁹⁰ Im Ergebnis ebenso *BFH BStBl. II 1995, 781 ff.*

⁹¹ *BMF BStBl. I 2004, Sdnr. 1 Rn. 20.2.*

⁹² Vgl. *Schollmeier*, EWS 1992, 137.

⁹³ Eine ungünstige Formulierung; vgl. *Vogt*, in: Blümich, § 20 Rn. 5.

⁹⁴ *Weigell*, IStR 2009, 636, 638; *Weigell*, FS Spiegelberger, 575, 579.

⁹⁵ *Rupp*, in: Haase, § 20 AstG Rn. 3; wohl auch *Schwarz/Fischer-Zernin*, RIW 1992, 49, 52.

⁹⁶ In Bezug auf ältere Abkommen, die die Bezeichnung „Unternehmensgewinne“ nicht enthalten, läuft die Regelung leer, vgl. *Boller/Eilinghoff/Schmidt*, IStR 2009, 109, 111.

lich aus¹¹⁰, kann jedoch durch seine Auslegung den späteren Gesetzgeber nicht binden. Die gebotene autonome Auslegung des DBA¹¹¹ zeigt aber dennoch keine Lücke¹¹². § 50 d X EStG würde neben Art. 11 II OECD-MA treten, der besagt, dass Zinsen „Einkünfte aus Forderungen jeder Art sind“¹¹³. Sondervergütungen wären unter beide Normen zu subsumieren. Die Gesetzesänderung widerspricht somit einer DBA-Norm¹¹⁴, da der gleiche Sachverhalt geregelt wird und verschiedene Rechtsfolgen angeordnet werden.

b) Überschreiben des DBA

Es ist nun zu fragen, ob der Gesetzgeber bewusst DBA überschrieben hat. Nach der Gesetzesbegründung soll lediglich eine verbindliche Auslegung der DBA vorgenommen werden. Wäre § 50 d X EStG tatsächlich nur eine Auslegungsnorm, bliebe trotzdem vorrangig eine autonome Auslegung des DBA geboten. Dies hätte zur Folge, dass § 50 d X EStG leerliefe¹¹⁵. Aber aus der im Normtext angeordneten *ausschließlichen* Geltung der Sondervergütungen als Unternehmensgewinne kann ein über die bloße Auslegung hinausgehendes Überschreiben von § 50 d X EStG abgeleitet werden. Die Norm hätte so auch einen Regelungsgehalt¹¹⁶. Außerdem kannte der Gesetzgeber die Rechtsprechung des *BFH*¹¹⁷ und die damit einhergehende Subsumtion von Sondervergütungen unter Art. 11 OECD-MA. Auch wenn er es anders formulierte, ist daher davon auszugehen, dass ihm eine überschreibende Wirkung der Norm durchaus bewusst war. Somit liegt ein TO kraft impliziter Anordnung vor.

2. Verfassungsmäßigkeit

Infolge von § 50 d X EStG kommt es zur Doppelbesteuerung und somit zu einem Eingriff¹¹⁸. Es ist zu fragen, ob dieser Eingriff durch Missbrauchsverhinderung gerechtfertigt werden kann. § 50 d X wird damit begründet, dass seine Einführung zur gleichen Besteuerung von Steuerpflichtigen, die inländische Sondereinkünfte erzielen und Steuerpflichtigen, die ausländische Sondereinkünfte erzielen, führe. Damit würde die einheitliche Besteuerung gewahrt¹¹⁹.

Der Gesetzgeber weitet hier ein national besonderes Konzept – das der Sondervergütungen¹²⁰ – und damit seinen

110 Grund, FS BFH, 27, 35.

111 Statt vieler Vogel, in: V/L, Einl. Rn. 100.

112 Frotscher, IStR 2009, 593, 597.

113 Lange, GmbH-StB 2009, 128, 132.

114 Günkel/Lieber, Ubg 2009, 301, 306.

115 Lange, GmbH-StB 2009, 128, 132; aus anderen Gründen ferner Boller/Eilinghoff/Schmidt, IStR 2009, 109, 114; Boller/Schmidt, IStR 2009, 852 f.; Günkel/Lieber, Ubg 2009, 301 ff.; Lohbeck/Wagner, DB 2009, 423 ff.; Meretzki, IStR 2009, 216 ff.

116 Lange, GmbH-StB 2009, 128, 133.

117 BT-Drs. 16/11108, 29.

118 Frotscher, FS Schaumburg, 687, 708; Schnitger, Forum 35, 183, 198.

119 BT-Drs. 16/11108, 29 f.

120 Dazu Lange, EStB 2008, 293, 294.

Besteuerungsanspruch auf eigentlich nach der Diktion der DBA außerhalb seines Territoriums entstehende Einkünfte aus¹²¹. Eine Missbrauchsverhinderung ist hier nicht zu sehen. Vielmehr ist es das deutsche Rechtssystem, das im Vergleich zu anderen Staaten eine spezielle Zuordnung trifft. Bei der Verhandlung der DBA wurde es unterlassen, diese Problematik zu berücksichtigen. Dadurch können bestimmte Einkünfte in Deutschland nicht besteuert werden. Dieses Problem aus dem DBA darf aber nicht zu Lasten der Steuerpflichtigen gelöst werden. Es kommt also zu einem TO, der zu einer Doppelbesteuerung führen kann, ohne, dass dies gerechtfertigt werden kann. Der § 50 d X EStG ist daher nicht verhältnismäßig und somit verfassungswidrig.

IV. Ergebnis

Während durch § 50 d I 1 EStG und § 20 II AStG keine Eingriffe vorliegen, greift § 50 d X EStG in den Schutzbereich von Art. 2 I GG und gegebenenfalls von Art. 3, 14 I GG ein. Dieser Eingriff kann nicht gerechtfertigt werden, daher ist § 50 d X EStG verfassungswidrig. Insofern sind die eingangs angeführten Zweifel des *BFH* zumindest zum Teil berechtigt.

F. Reformansätze

Abschließend sollen Reformansätze präsentiert werden, mit denen Deutschland seine eingangs zitierte „Achtung“ vor völkerrechtlichen Verträgen deutlicher umsetzen könnte.

I. DBA

Für zukünftige DBA wurde angedacht, einen Vorbehalt zu Gunsten nationaler TO zu vereinbaren¹²². Dies würde jedoch bedeuten, dass auch Deutschland einem Vertragspartner einen solchen Vorbehalt zubilligen müsste und sich dadurch den TO dieses Staates ausliefern würde¹²³. Eine weitere Möglichkeit wäre, für DBA bessere Kündigungsmöglichkeiten und damit auch eine größere Flexibilität zu vereinbaren¹²⁴. Damit würde aber die Qualität der DBA als verlässliche, gleichbleibende Rechtsquelle verringert.

II. Innerstaatliches Recht

1. Diskutierte Ansätze

Ein Ansatz *de lege ferenda* ist, Art. 25 GG auf steuerrechtliche Verträge auszuweiten und damit dem Völkervertragsrecht Vorrang vor den nationalen Gesetzen

121 Schnitger, Forum 35, 183, 198.

122 Lüdicke, 37.

123 Lüdicke, 37.

124 Rust, 110.

einzuräumen¹²⁵. Wie oben dargelegt, wäre dies nicht mit dem Demokratieprinzip zu vereinbaren¹²⁶. Eine weitere Idee ist, völkerrechtliche Verträge als Verträge zu Gunsten Dritter auszugestalten. Dafür müsste der Steuerpflichtige als partielles und steuerrechtliches Völkerrechtssubjekt anerkannt werden¹²⁷. Dann könnte er seine Rechte im völkerrechtlichen Verfahren durchsetzen¹²⁸. Diese Konstruktion widerspricht jedoch dem System des Völkerrechts, da nur Staaten den IGH anrufen können (Art. 34 I IGH-Statut)¹²⁹.

Weiterhin wird ein DBA-Anwendungsgesetz diskutiert, das Fragen wie die des TO klären könnte¹³⁰. In diesem könnten alle TO-Vorschriften gebündelt werden. Würden DBA mit einem Vorbehalt für ein solches Anwendungsgesetz ausgestaltet, könnte dies die Problematik lösen. Hier greift jedoch die gleiche Argumentation wie beim generellen TO-Vorbehalt in DBA.

2. Zitiergebot

Es bietet sich an, einen Modus zu schaffen, der dem Gesetzgeber Schranken setzt, jedoch TO als *ultima ratio* ermöglicht¹³¹. Dazu ist erneut an das Bewusstsein des Gesetzgebers anzuknüpfen und an die Pflicht der Abgeordneten nach Art. 38 GG zu erinnern. Auf dieser Basis sollte ein Zitiergebot im Grundgesetz geschaffen werden, das TO zur Abwendung von Missbräuchen erlaubt, jedoch den Gesetzgeber daran erinnert, dass er mit einem TO

Völkervertragsrecht bricht. So würde sichergestellt, dass der Gesetzgeber einen TO nicht leichtfertig beschließt und den Abgeordneten würden die völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands vor Augen geführt.

G. Zusammenfassung in Thesen

1) Ein TO liegt vor, wenn eine innerstaatliche Norm den gleichen Sachverhalt erfasst wie ein DBA und eine andere Rechtsfolge anordnet. Weiterhin muss der Wille des Gesetzgebers, das DBA zu überschreiben, entweder explizit oder implizit zum Ausdruck kommen. Implizit kommt er zum Ausdruck, wenn das Bewusstsein, ein DBA zu überschreiben, erkennbar ist. Bei Zweifeln an diesem Bewusstsein gilt die Kollisionsregel des § 2 AO, die dann dem DBA Vorrang gewährt.

2) Eine Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von TO kann nur anhand der Grundrechte stattfinden. Ein Eingriff liegt hier vor, wenn es durch einen TO erneut zur Doppelbesteuerung kommt. Ein TO, der einen Eingriff darstellt, kann insbesondere durch Missbrauchsverhinderung gerechtfertigt werden; nicht jedoch durch Fiskalzwecke.

3) Bei einer Prüfung anhand der Grundrechte kann durch §§ 50 d I 1 EStG und 20 II AStG kein Eingriff festgestellt werden. § 50 d X EStG ist allerdings verfassungswidrig.

4) *De lege ferenda* sollte ein Zitiergebot geschaffen werden, das dem Gesetzgeber ins Bewusstsein ruft, dass er Völkervertragsrecht bricht; jedoch einen TO als *ultima ratio* zulässt.

125 Statt vieler *Drüen*, in: T/K, § 2 Rn. 1.

126 Siehe bereits unter D.I.2.

127 *Frotscher*, Rn. 51.

128 *Ipsen*, § 7 Rn. 5.

129 *Ipsen*, § 7 Rn. 5.

130 *Günther/Simader/Tüchler*, IStR 2009, 490, 493.

131 So auch *Lüdicke*, 37.

Olaf Muthorst*

Aufrechnung gegen CISG-Kaufpreisforderung

Rom I-VO Art. 17 Aufrechnung gegen CISG-Kaufpreisforderung richtet sich nach demjenigen nationalen Recht, das ohne Eingreifen des CISG anwendbar wäre.

Die Voraussetzungen einer Aufrechnung richten sich nach dem Recht der Hauptforderung, und zwar bei Aufrechnung gegen eine Forderung aus einem Kaufvertrag, für den das CISG gilt, nach demjenigen nationalen Recht, das auf den Kaufvertrag anwendbar wäre, wenn er nicht dem CISG unterfiele. Dazu kann auch ausländisches Prozessrecht gehören, wenn es inhaltlich den Voraussetzungen der §§ 387 ff. BGB gleichkommt.

BGH, Urteil vom 14.05.2014 – VIII ZR 266/13, WM 2014, 1509–1512

Sachverhalt

K, ein Unternehmen mit Hauptverwaltung in Italien, hat gegen B, ein in Konstanz ansässiges Unternehmen,

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

eine Kaufpreisforderung aus einem Vertrag über die Lieferung von Kaffeebohnen, die K vor dem LG Konstanz einklagt. B verteidigt sich, indem es mit verschiedenen Gegenforderungen aus Vertragsbeziehungen aufrechnet, die zwischen K und B sowie weiteren Unternehmen der M-Unternehmensgruppe bestanden, unter anderem der Ma. B. Consulting (Schweiz) und der M.LLC (Dubai). Der Inhalt der Verträge ist unklar. K bestreitet, dass B die Gegenforderungen zustehen, und rügt insoweit die fehlende Zuständigkeit des Gerichts. Die Klage hat Erfolg. Zu Recht?

Problemaufriss

Aus einem Schuldverhältnis ist der Gläubiger berechtigt, vom Schuldner eine Leistung zu fordern (§ 241 BGB). Beispielsweise kann der Verkäufer vom Käufer aus einem Kaufvertrag gemäß § 433 II BGB die Zahlung des Kaufpreises verlangen. Dieser Anspruch erlischt gemäß § 362 I BGB, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Es gibt aber auch andere Möglichkeiten: Der Schuldner kann beispielsweise eine eigene gleichartige Forderung, die ihm gegen den Gläubiger zusteht, gegen die Forderung des Gläubigers aufrechnen (§ 387 BGB). Die Aufrechnung hat gemäß § 389 BGB zur Folge, dass beide Forderungen, soweit sie sich decken, erlöschen. Keiner von beiden erhält also in Natur, was ihm zusteht, sondern jeder wird bloß von seiner eigenen Verbindlichkeit gegenüber dem anderen frei. Infolgedessen muss aus Sicht des aufrechnenden Schuldners die eigene Forderung fällig und einredefrei sein, d. h. der Schuldner müsste die eigene Forderung auch für sich genommen gegen den Gläubiger durchsetzen können. Die Forderung des Gläubigers muss nicht fällig sein, es genügt, wenn sie schon erfüllbar ist. In der Regel darf der Schuldner eine Forderung des Gläubigers sofort erfüllen (§ 271 II BGB). Sind diese Voraussetzungen der Aufrechnung – Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Fälligkeit, Einredefreiheit und Erfüllbarkeit¹ – gegeben, muss umgekehrt der Gläubiger hinnehmen, dass er statt die geschuldete Leistung zu bekommen, nur die eigene Leistung erspart.

Leistet der Schuldner nicht freiwillig, was er versprochen hat, darf sich der Gläubiger nicht selbst nehmen, was ihm zusteht, sondern er muss, will er den Schuldner zur Erfüllung zwingen, sich gegen den Schuldner einen Vollstreckungstitel verschaffen und aus diesem Titel die Zwangsvollstreckung betreiben (§§ 705, 794 ZPO). Eine Möglichkeit, einen solchen Vollstreckungstitel zu bekommen, ist die Leistungsklage. Der beklagte Schuldner kann sich auf verschiedene Weise verteidigen: Er kann geltend machen, dass der Anspruch gar nicht besteht, z. B. wegen Erfüllung oder weil der Vertrag gar

¹ *Jacoby/von Hinden*, StUKoBGB, 14. Aufl. 2013, vor § 387 Rn. 4–7; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 387 Rn. 3; *Schwab/Löhnig*, Einführung in das Zivilrecht, 18. Aufl. 2010, Rn. 838f.

nicht wirksam ist. Der Beklagte kann aber auch mit einer eigenen Gegenforderung die Aufrechnung erklären. Steht fest, dass die Hauptforderung bestand, hängt der Ausgang des Prozesses dann davon ab, ob der Beklagte mit der Prozessaufrechnung Erfolg hat. Dann muss das Gericht, bevor es der Klage stattgibt und wenn die Aufrechnung nicht ausnahmsweise prozessual oder materiellrechtlich unzulässig ist, prüfen und ggf. Beweis dazu erheben, ob die Gegenforderung besteht.² Verneint oder bejaht das Gericht die Gegenforderung, wird diese Entscheidung gemäß § 322 II ZPO von der materiellen Rechtskraft des Urteils umfasst, d. h. zwischen den Parteien des Prozesses steht dann verbindlich fest, dass die Gegenforderung in der entsprechenden Höhe nicht oder infolge der Aufrechnung nicht mehr besteht.³

Diese Grundregeln des deutschen Bürgerlichen Rechts können bei Sachverhalten mit einer Verbindung zu einem ausländischen Staat allerdings nicht unbesehen angewendet werden, denn bei Sachverhalten mit Auslandsbezug ergibt sich das anwendbare materielle Recht (das „Statut“) aus den Vorschriften des Internationalen Privatrechts (vgl. Art. 3 EGBGB). Welches Recht auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbar ist, ergibt sich aus deutscher Sicht aus der Rom I-VO.⁴

Überdies kann ein grenzüberschreitender Sachverhalt nach besonderen Vorschriften auf völkerrechtlicher Grundlage zu beurteilen sein. Das Recht des internationalen Warenkaufs ist Gegenstand eines völkerrechtlichen Vertrages (UN-Kaufrechtsübereinkommen; CISG)⁵ und damit Einheitsrecht in allen Vertragsstaaten.⁶ Auch insoweit ist das deutsche Bürgerliche Recht nicht anwendbar (Art. 3 Nr. 2 EGBGB).

Schließlich stellt sich in einem Sachverhalt mit Auslandsbezug unter anderem die Frage, ob die deutschen Gerichte für die Entscheidung über den Sachverhalt überhaupt zuständig sind. Für die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ist bei Beklagten aus anderen Mitgliedstaaten die EuGVVO (Brüssel I-VO)⁷ maßgebend.

² Zur Prozessaufrechnung vgl. *Grunsky/Jacoby*, Zivilprozessrecht, 14. Aufl. 2014, Rn. 395ff.; *Baumfalk/Gierl*, Zivilprozess, 11. Aufl. 2013, Rn. 477ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 103 Rn. 1ff.

³ *Grunsky/Jacoby*, Zivilprozessrecht, 14. Aufl. 2014, Rn. 404; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 153 Rn. 17f.

⁴ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177/6.

⁵ Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.04.1980; Convention on the International Sale of Goods (CISG), BGBl. 1989 II S. 588.

⁶ *Schlechtriem/Schroeter*, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 24.

⁷ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO; auch: EuGVO oder Brüssel I-VO), ABl. 2001 L 12/1, ber. ABl. 2001 L 307/28; Neufassung ab 10.01.2015 durch die Verordnung (EU) Nr. 1215/2012

Zur Entscheidung

(1) Anwendbares materielles Recht. Der Kaufvertrag zwischen K und B ist ein internationaler Warenkaufvertrag, für den aus deutscher Sicht das UN-Kaufrecht gilt. Der Kaufpreisanspruch des K richtet sich daher nach Art. 53 CISG: „Der Käufer ist nach Maßgabe des Vertrages und dieses Übereinkommens verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen (...).“ Ob der Käufer statt zu zahlen auch die Aufrechnung erklären kann, ist im CISG allerdings nicht geregelt, denn das CISG betrifft „ausschließlich den Abschluss des Kaufvertrages und die aus ihm erwachsenden Rechte und Pflichten des Verkäufers und des Käufers.“ (Art. 4 S. 1 CISG). Deshalb ist anhand der Vorschriften des Internationalen Privatrechts zu klären, welches Recht für die Aufrechnung durch den Käufer maßgebend ist.

Aus deutscher Sicht ist das eine anhand der Rom I-VO zu beurteilende Frage. Nach Art. 17 Rom I-VO gilt für die Aufrechnung das Recht, dem die Forderung unterliegt, gegen die aufgerechnet wird. Bei Aufrechnung gegen eine Kaufpreisforderung muss also geklärt werden, welchem Recht die Kaufpreisforderung unterliegt. Das ist aus deutscher Sicht zunächst wiederum das UN-Kaufrecht, das allerdings – wie gesehen – nur Rechte und Pflichten des Käufers, nicht aber die Voraussetzungen einer Aufrechnung regelt. Für diese ist damit die jeweilige nationale Rechtsordnung maßgebend.⁸ Welche Rechtsordnung das ist, muss wiederum anhand der Vorschriften des Internationalen Privatrechts bestimmt werden.

Im Anschluss an seine frühere Rechtsprechung⁹ ermittelte der Bundesgerichtshof daher aus den allgemeinen Vorschriften der Rom I-VO dasjenige Recht, das auf die Hauptforderung anwendbar wäre, wenn diese nicht dem CISG unterfiele. Nach diesem Recht richtet sich, so der Bundesgerichtshof, dann auch die Aufrechnung gegen die Hauptforderung.¹⁰ Gemäß Art. 4 I lit. a Rom I-VO unterliegt, wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, ein Kaufvertrag über bewegliche Sachen dem Recht des Staates, in dem der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Bei Gesellschaften ist gemäß Art. 19 I Rom I-VO der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der Ort der Hauptverwaltung (vgl. § 24 BGB). Da K seine Hauptverwaltung in Italien hat, wäre auf den Kaufvertrag also, wenn er dem CISG nicht unterläge, italienisches Recht anzuwenden. Daher sind auch die

Aufrechnungsvoraussetzungen dem materiellen italienischen Recht zu entnehmen.

(2) Voraussetzungen der Aufrechnung. Das italienische Recht unterscheidet zwischen der einverständlichen Aufrechnung (*Compensazione volontaria*, Art. 1252 Cc¹¹) und der – hier allein in Betracht kommenden – gesetzlichen sowie der gerichtlichen Aufrechnung (*Compensazione legale bzw. giudiziale*, Art. 1243 Cc). Die gesetzliche Aufrechnung setzt unter anderem voraus, dass die Forderungen gleichermaßen feststehen (*che sono ugualmente liquidi*). Daran fehlt es, wenn die Gegenforderung (nicht bloß offensichtlich unbegründet und missbräuchlich) bestritten ist.¹² Damit verbleibt in diesem Fall nur die gerichtliche Aufrechnung.

Durch sie kann gemäß Art. 1243 II Cc¹³ bei fehlender Liquidität der Gegenforderung mit Wirkung *ex nunc* über Bestand und Höhe der Gegenforderung sowie die damit einhergehende Aufhebung der sich einander gegenüberstehenden Forderungen rechtsgestaltend entschieden werden.¹⁴

Art. 1243 II Cc ist allerdings keine Norm des materiellen Rechts, denn er betrifft die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für eine rechtsgestaltende Ersetzung des an sich zu erfüllenden Liquiditätserfordernisses.¹⁵ Die Rom I-VO regelt aber nur das anwendbare materielle Recht; welches Verfahrensrecht anzuwenden ist, ergibt sich aus ihr nicht (Art. 1 III Rom I-VO). Insoweit gilt vielmehr die *lex fori*-Regel, d. h. jedes Gericht wendet das Verfahrensrecht seines Staates an. Deutsche Gerichte wenden also das deutsche Verfahrensrecht an, nicht das italienische. Das schließt, so der Bundesgerichtshof, eine Anwendung von Art. 1243 II Cc gleichwohl nicht aus: Die Norm sei auf ihren materiellen Gehalt zu befragen und in diesem Umfang wie eine materiell-rechtliche Vorschrift anzuwenden. Denn in diesem materiellen Gehalt einer Verrechnungswirkung entspreche Art. 1243 II Cc sehr wohl den materiell-rechtlichen Aufrechnungsvoraussetzungen nach §§ 387 ff. BGB. Nicht angewendet werde die Norm hingegen, soweit sie ein Gestaltungsurteil vorsehe.¹⁶

¹¹ Codice Civile Italiano, R.D. 16.03.1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile, Gazzetta Ufficiale n. 79 vom 04.04.1942.

¹² Kindler, IPRax 1996, 16 (20); Gebauer, Jahrbuch für Italienisches Recht 12 (1999), S. 31 (41); Stürner, RIW 2006, 338 (343).

¹³ „Se il debito opposto in compensazione non è liquido ma è di facile e pronta liquidazione, il giudice può dichiarare la compensazione per la parte del debito che riconosce esistente...“

¹⁴ Kindler, IPRax 1996, 16 (21); Gebauer, Jahrbuch für Italienisches Recht 12 (1999), S. 31 (41); Stürner, RIW 2006, 338 (343).

¹⁵ BGH WM 2014, 1509 Rn. 23.

¹⁶ BGH WM 2014, 1509 Rn. 24; BGH NJW 1960, 1720 (1721, sub II 1 m.w.N.); OLG Düsseldorf IHR 2004, 203 (208); LG München I IPRax 1996, 31 (33); Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2013, § 6 Rn. 23; Spickhoff, in: BeckOK Rom I-VO, Art. 17 Rn. 7, Stand: 01.02.2013.

des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012, ABl. 2012 L 351/1.

⁸ Saenger, in: BeckOK CISG, Art. 4 Rn. 19 m. w. N., Stand: 01.08.2014; Magnus, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, Art. 17 Rom I-VO Rn. 19 m. w. N., zur Gegenansicht für „konventionsinterne“ Ansprüche s. Rn. 20.

⁹ BGH WM 2010, 1712 Rn. 24, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 186, 81.

¹⁰ BGH WM 2014, 1509 Rn. 17.

Abgesehen davon, dass aber auch die Aufrechnungsvoraussetzungen nach Art. 1243 II Cc nicht vorgelegen haben, weil es an der leichten Feststellbarkeit der Gegenforderung fehlt, stellt sich damit die Frage, ob das deutsche Gericht für die Entscheidung über die Aufrechnung überhaupt zuständig ist.

(3) Internationale Zuständigkeit. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen.¹⁷ Sie ist in der EuGVVO nicht speziell geregelt. Allerdings regelt Art. 6 Nr. 3 EuGVVO die internationale Zuständigkeit für eine Widerklage (also für einen „Gegenangriff“ des Beklagten gegen den Kläger¹⁸). Sie ist beim Gericht der Hauptklage gegeben, wenn die Widerklage auf denselben Vertrag oder Sachverhalt wie die Klage gestützt wird (sog. konnexe Widerklage).¹⁹ Umstritten ist, ob aus dieser Norm etwas für die Zuständigkeit hinsichtlich einer Prozessaufrechnung folgt. Den EuGH konnte man in einer früheren Entscheidung so verstehen, als setze die internationale Zuständigkeit für die Entscheidung über die Prozessaufrechnung voraus, dass die Zustän-

digkeit bei klageweiser Geltendmachung der Gegenforderung gegeben wäre.²⁰ Der BGH ging daher davon aus, dass bei Unzulässigkeit einer Geltendmachung im Wege der Widerklage erst recht die Geltendmachung im Wege der Prozessaufrechnung unzulässig sei.²¹ Später hat der EuGH indessen klargestellt, dass die EuGVVO die Möglichkeit, sich durch Aufrechnung im Prozess zu verteidigen, nicht einschränke, so dass die Entscheidung über die Aufrechnung auch nicht auf konnexe Gegenforderungen beschränkt sei, sondern sich nach der *lex fori* richte.²² Wie dieser Verweis auf das nationale Recht zu verstehen ist, ist allerdings wiederum umstritten.²³ Naheliegender dürfte die Auffassung sein, dass das deutsche Recht eine bloß verteidigungsweise Aufrechnung, die nicht zur Titulierung der Gegenforderung führt, nicht an den prozessualen Voraussetzungen einer Widerklage misst, so dass die internationale Zuständigkeit für die Gegenforderung nicht gesondert geprüft werden muss.²⁴

17 BGH WM 2014, 1509 Rn. 16; im Anschluss an BGHZ 149, 120 (126 f.).

18 Grunsky/Jacoby, Zivilprozessrecht, 14. Aufl. 2014, Rn. 319; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 96 Rn. 7.

19 Rauscher, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 1813.

20 EuGH Rs. 220/84 (AS Autoteile Service/Malhé), IPRax 1986, 232 (232 f.).

21 BGH IPRax 1994, 115 (117).

22 EuGH Rs. C-341/93 (Danvaern Production/Schuhfabriken Otterbeck) NJW 1996, 42 (43).

23 Zum Streitstand BGHZ 149, 120 (126 f.).

24 Rauscher, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 1818.

Stefanie Kemme*

Beschränkung des Notwehrrechts nach schuldhafter Provokation der Notwehrlage

StGB § 32 Anforderungen an vorsätzlich oder fahrlässig verursachte Angriffe

Wer durch ein soziales Verhalten einen Angriff auf sich schuldhaft provoziert hat, auch wenn er ihn nicht in Rechnung gestellt haben sollte oder gar beabsichtigt hat, darf nicht bedenkenlos von seinem Notwehrrecht Gebrauch machen und sofort ein lebensgefährliches Mittel einsetzen. Er muss vielmehr dem Angriff nach Möglichkeit ausweichen und darf zur Trutzwehr mit einer lebensgefährlichen Waffe erst übergehen, nachdem er alle Möglichkeiten der Schutzwehr ausgenutzt hat; nur wenn sich ihm diese Möglichkeit verschließt, ist er zu entsprechend weitreichender Verteidigung befugt. Steht fremde Hilfe – auch privater Art – zur Verfügung, so hat er auf sie zurückzugreifen.

BGH, Urteil vom 25.03.2014 – 1 StR 630/13, NStZ 2014, 451–452

Sachverhalt

Als A und sein fünf Jahre jüngerer Cousin F am ersten Weihnachtstag während eines Computerspiels auf der Couch angingen, sich über die Arbeit zu unterhalten, kam es zwischen den beiden zu einer verbalen Auseinandersetzung mit gegenseitigen Beleidigungen, in deren Verlauf F den A als „strunzdumm“ bezeichnete. Nunmehr schlug A den F mit der rechten Faust mehrmals

* Juniorprofessorin für Strafrecht an der Universität Hamburg.

auf die rechte Schulter. F forderte A auf, damit aufzuhören und bezeichnete ihn als „Opfer“. A beschimpfte F daraufhin als „Krüppel“ oder „Spasti“. Als A den F erneut auf die Schulter schlagen wollte, drehte dieser sich weg, wodurch der A ihn unabsichtlich ins Gesicht traf. F stand auf, stellte sich hinter den im Schneidersitz auf dem Sofa sitzenden A, packte ihn mit der linken Hand an den langen Haaren und schlug ihn nun mehrfach mit der rechten Faust ins Gesicht und auf den Hinterkopf, mindestens einmal davon auch auf die rechte Schläfe. Auch als A zu F sagte, dass dieser aufhören solle, schlug F weiterhin zu. Dabei befand sich F direkt hinter A, seine Brust direkt hinter der Schulter des A. Um sich F vom Leib zu halten, wofür ihm jedes Mittel recht war, nahm A das vor ihm liegende aufgeklappte Messer in die Hand und stach mit den Worten „so, jetzt stirbst du!“ mit einer schnellen und ausholenden Bewegung über seine rechte Schulter einmal gezielt in Richtung des Oberkörpers von F. Hierbei rechnete er mit der Möglichkeit, F im Oberkörperbereich zu treffen und erkannte, dass eine solche Verletzung tödlich sein könnte, was er billigend in Kauf nahm. Der Stich führte zu einer Verletzung von Lunge und Herz und zu massiven Blutungen. F brach bald bewusstlos zusammen und starb schließlich infolge massiven Blutverlustes.

Das LG hat A wegen Totschlags zu einer Jugendstrafe von sechs Jahren verurteilt. Die Revision des A hatte keinen Erfolg.

Problemaufriss

Eine Handlung ist nur dann strafbar, wenn die Verwirklichung eines Unrechtstatbestands nicht gerechtfertigt war. Sollte sich der A in der vorliegenden Fallkonstellation auf sein Notwehrrecht aus § 32 StGB berufen können, dann müsste er nicht eine sechsjährige Jugendstrafe verbüßen, sondern wäre freizusprechen gewesen. Das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen ist demnach überaus folgenreich. Praxisrelevant sind vor allem Fallkonstellationen wie die vorliegende, in denen sich verbale Provokationen und Streitigkeiten zu massiven körperlichen Auseinandersetzungen entwickeln. Für die Feststellung, ob die Handlung gerechtfertigt war, hat der Richter die gesamte Auseinandersetzung zu bewerten. Von entscheidender Bedeutung ist hier, dass A durch sein Vorverhalten den Angriff auf sich provoziert hat. Sowohl das Vorliegen einer solchen Notwehrprovokation als auch die Rechtsfolgen werden in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich bewertet.

Die Beschränkung des Notwehrrechts auf Grund einer vorausgegangenen Provokation des Notwehrrübenden findet auf der Ebene der Gebotenheit statt¹, denn grund-

sätzlich braucht das Recht dem Unrecht nicht zu weichen (Rechtswahrungsgedanke) d. h. das Notwehrrecht kennt keine Abwägung der Rechtsgüter. Die sog. Notwehrprovokation unterteilt sich in zwei Fallgruppen, die absichtliche und sie sonst vorwerfbare Notwehrprovokation. Bei der Absichtsprovokation wird die Notwehrlage in der Absicht herbeiführt, den Angreifer unter Berufung auf das Notwehrrecht aus § 32 StGB zu verletzen.² Zwar ist man sich hier überwiegend einig, dass der vermeintliche Verteidiger rechtsmissbräuchlich handelt und sich nicht mehr auf sein Notwehrrecht berufen kann³, allerdings ist diese Fallgruppe in der Praxis auf Grund von Beweisproblemen auch kaum relevant.⁴

Bei der unabsichtlichen, aber sonst vorwerfbaren Notwehrprovokation geht es um Fälle vorsätzlich oder fahrlässig verursachter Angriffe. Der BGH lässt sozialetisch zu missbilligendes Verhalten bereits für eine Einschränkung der Notwehrbefugnis ausreichen.⁵ Dies wird in der Literatur mit dem Hinweis kritisiert, dass damit die Grenze zwischen rechtmäßigem Handeln und Rechtswidrigkeit verwischt werde. Denn das Kriterium einer sozialetischen Missbilligung sei zu unscharf. Zusätzlich verlässt der Provozierende damit noch nicht den Bereich des Rechtmäßigen. Teile der Literatur befürworten daher eine Einschränkung des Notwehrrechts nur bei rechtswidrig provozierten Angriffen.⁶

Zur Entscheidung

Der BGH lehnt die Rechtfertigung durch Notwehr schon mangels Erforderlichkeit ab, bedient sich der Ebene der Gebotenheit aber als Hilfsbegründung. Erforderlich ist die Handlung nur, wenn sie das mildeste (schonendste) zur Verfügung stehende Mittel darstellt. Gegenüber einem unbewaffneten Angreifer sei der Gebrauch eines bis dahin noch nicht in Erscheinung getretenen Messers in der Regel anzudrohen.⁷ A hätte demnach den Messereinsatz erst androhen oder zumindest mit dem Messer auf einen weniger gefährlichen Körperteil des Opfers stehen müssen.

Zweifelhaft ist diese Argumentation schon deswegen, da auf der tatsächlichen Ebene der Erforderlichkeit solche

² Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 55.

³ Roxin, ZStW 1963, 541 (558 ff.); Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 8 Rn. 347; a. A. Günther, in: SK-StGB, 8. Aufl. 2013, § 32 Rn. 125; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 57.

⁴ Voigt/Hoffmann-Holland, NStZ 2012, 362 (363).

⁵ BGH NStZ 2011, 82 (83); BGH NStZ 2006, 332 (333); BGH NStZ 1996, 380 (381); auch Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 8 Rn. 348.

⁶ Erb, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. 2011, § 32 Rn. 232f.; Günther, in: SK-StGB, 8. Aufl. 2013, § 32 Rn. 125; Voigt/Hoffmann-Holland, NStZ 2012, 362 (363).

⁷ BGH NStZ 2014, 451 (452); BGH NStZ 2014, 147 (148); NStZ-RR 2013, 105 (106).

¹ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 8 Rn. 346.

weniger gefährlichen Einsatzformen nicht zwingend sind. Denn auf Grund des Rechtsbewährungsprinzips muss sich der Angegriffene nicht auf das Risiko einer nur unzureichenden Abwehrhandlung und des Eintritts eines mehr als belanglosen Schadens an seinen Rechtsgütern einlassen, sollten Unsicherheiten über die Wirksamkeit anderer Gegenwehrmaßnahmen bestehen.⁸ Zwar sollen Schusswaffen und Messer ultima ratio bleiben. Zwingend sind weniger gefährliche Einsatzformen allerdings nicht, wenn dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und eine Verkürzung der Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden, so dass auf die konkrete „Kampflage“ abzustellen ist.⁹ Angesichts der schweren Kalkulierbarkeit des Fehlschlagsrisikos dürfen an die regelmäßig in einer zugespitzten Situation zu treffende Entscheidung für oder gegen eine vorherige Androhung des Messereinsatzes dabei jedoch keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.¹⁰

Ohne die konkrete Kampflage näher zu betrachten, kommt der BGH zu dem Ergebnis, dem A hätten erfolgversprechende mildere Mittel zur Angriffsabwehr zur Verfügung gestanden. Die Situation stellt sich nach dem Sachverhalt aber dergestalt dar, dass F hinter dem im Schneidersitz auf dem Sofa sitzenden A stand, ihn mit der linken Hand an den langen Haaren gepackt hatte und mehrfach mit der rechten Faust ins Gesicht und auf den Hinterkopf, mindestens einmal davon auch auf die rechte Schläfe schlug und auch nach Aufforderung des A aufzuhören weiterhin auf diesen einschlug. Ob in dieser Situation und der Position des A ein Androhen des Messereinsatzes und ein Zielen auf das Bein des Angreifers überhaupt möglich gewesen wären, hätte das Gericht prüfen müssen.

Nicht umsonst versucht der BGH sein Ergebnis mit dem Hinweis zu bekräftigen, dass die Notwehrhandlung jedenfalls nicht geboten war. Durch diese Hilfsbegründung werden die Ebenen allerdings vermengt, denn wenn schon keine Erforderlichkeit vorliegt, dann kann es auf die Frage der Gebotenheit nicht mehr ankommen.

Der BGH führt aus, dass derjenige, der durch ein sozialerisch zu beanstandendes Vorverhalten einen Angriff auf sich schuldhaft provoziert hat, auch wenn er ihn nicht in Rechnung gestellt haben sollte oder gar beabsichtigt hat, nicht bedenkenlos von seinem Notwehrrecht Gebrauch machen und sofort ein lebensgefährliches Mittel einsetzen darf. Er müsse vielmehr dem Angriff nach Möglichkeit ausweichen und dürfe zur Trutzwehr mit einer lebensgefährlichen Waffe erst übergehen, nachdem er alle Möglichkeiten der Schutzwehr ausgenutzt hat; nur

wenn sich ihm diese Möglichkeit verschließt, ist er zu entsprechend weitreichender Verteidigung befugt.¹¹

Anknüpfungspunkt des BGH ist vorliegend, dass A als erster die körperliche Auseinandersetzung begonnen habe, und somit den Angriff des F schuldhaft provoziert habe. Unzweifelhaft besteht vorliegend zwischen dem Vorverhalten des A und dem rechtswidrigen Angriff des F ein in solchen Fällen geforderter inhaltlicher, zeitlicher und ein räumlicher Zusammenhang.¹² Der BGH begrenzt das Recht des A hier auf Schutzwehr. A hätte den anwesenden Zeugen M oder die in der Wohnung anwesenden Erwachsenen um Hilfe bitten müssen. Zu prüfen wäre aber gewesen, in welchem Maß das Notwehrrecht eingeschränkt ist, denn die Provokation des A ist eingebettet in vorausgehende gegenseitige verbale Provokationen.

Anmerkung

Wenn die von A ausgehende Provokation, seine ersten Tötlichkeiten, ihrerseits durch ein rechtswidriges Vorverhalten des F, bspw. nicht gerechtfertigte Beleidigungen, provoziert wurden, so ist zu fragen, ob die Tötlichkeiten eine adäquate Reaktion auf die Beleidigungen darstellten. Sollte dem so sein, dann könnte wiederum der Angriff des F, die Schläge mit der Faust ins Gesicht und auf die Schläfe, als inadäquater Schritt zur Eskalation des Geschehens anzusehen sein, so dass das Notwehrrecht des A nicht beschränkt gewesen wäre. Sollten die Tötlichkeiten des A allerdings keine adäquate Reaktion auf die Beleidigungen des F gewesen sein, dann kann auch eine „provozierte Provokation“ Anlass dafür sein, dass das Notwehrrecht des A beschränkt ist. Allerdings müsste immer noch geprüft werden, ob die Faustschläge des F ins Gesicht des A nicht wiederum außer Verhältnis zu den Tötlichkeiten des A standen, zumal A den F lediglich auf die Schulter schlagen wollte und nur durch das Wegdrehen des F unabsichtlich dessen Gesicht traf.

Solche Überlegungen hätten erwogen werden müssen¹³, da zumindest die Schläge auf die Schläfe und den Hinterkopf eine ernsthafte Gefahr darstellen können. Ohne Betrachtung der Gesamtsituation setzt der BGH den Anknüpfungspunkt seiner Überlegungen bei den Tötlichkeiten des A, die aber ihrerseits einer Prüfung hätten unterzogen werden müssen. Zumindest der letztgenannte Aspekt des BGH verdient Aufmerksamkeit: Bei einem persönlichen Näheverhältnis sollten lebensgefährliche Verteidigungsmittel nicht ohne weiteres angewendet werden, wenn nur leichte Körperverletzungen drohen.¹⁴ Dies hat der BGH unter Berücksichtigung der Tatsache, dass F fünf Jahre jünger ist als A, angenommen. Ob

⁸ BGH NStZ 2009, 626 (627).

⁹ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 43. Aufl. 2013, § 8 Rn. 335.

¹⁰ BGH StV 2013, 506 (507); BGH NStZ 2012, 272 (274).

¹¹ BGH NStZ 2014, 451 (452).

¹² Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 32 Rn. 44 m. w. N.

¹³ Vgl. Erb, in MüKo-StGB, 2. Aufl. 2011, § 32 Rn. 232.

¹⁴ BGH NStZ 2014, 451 (452); NStZ-RR 2002, 205 (206).

aber tatsächlich nur leichte Verletzungen gedroht hätten, wäre darzulegen gewesen.

Mit dieser Entscheidung bleibt der BGH auf seiner bisherigen Linie, dass bereits sozialetisch zu missbilligendes Provokationsverhalten das Notwehrrecht einschränkt. Konsequenterweise sollte aus dargelegten Gründen auf rechtswidriges Vorverhalten abgestellt werden. Fest steht, dass in Konstellationen mit massiven körperlichen Auseinandersetzungen, die sich aus verbalen gegenseitigen

Provokationen entwickelt haben, der Anknüpfungspunkt für die Notwehrprovokation selten offensichtlich ist. Eine Gesamtbetrachtung der Situation ist unerlässlich. Es muss gelten, dass die Anforderungen an die Vermeidung von Verletzungen des Angreifers umso höher anzusetzen sind, je schwerer das rechtswidrige und vorwerfbare Vorverhalten des Verteidigers wiegt.¹⁵

¹⁵ Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 32 Rn. 45; BGH NSz 2002, 425 (426).

Ulrike Lembke*

Burka-Verbot im öffentlichen Raum

EMRK Art. 8, 9 und 14 Zur menschenrechtlichen Zulässigkeit eines Verbots der Gesichtsverhüllung (faktisches Burka-Verbot) im öffentlichen Raum.

1. Das bußgeldbewehrte Verbot der Gesichtsverhüllung in der Öffentlichkeit stellt keinen ungerechtfertigten Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 EMRK oder die Religionsfreiheit aus Art. 9 EMRK dar.

2. Zu den Minimalbedingungen des Zusammenlebens in einer demokratischen Gesellschaft gehört auch die Möglichkeit der zwischenmenschlichen Kontaktaufnahme und Kommunikation im öffentlichen Raum.

3. Das Verbot trifft zwar weit überwiegend muslimische Frauen, es ist aber durch legitime Gründe gerechtfertigt und daher keine Diskriminierung nach Art. 14 EMRK.

EGMR, Entscheidung vom 01.07.2014 – Nr. 43835/11 (S.A.S. ./ France)

Die angegriffene Regelung

Der EGMR hatte über ein französisches Gesetz zu befinden, welches die „Verhüllung des Gesichts“ im öffentlichen Raum (Straßen, Plätze, Parks, öffentliche Verkehrsmittel) verbietet. Ausnahmen gelten nur für Karnevalskostüme, Trachten und Motorradhelme. Bei einem Verstoß droht eine 150-Euro-Strafe oder der verpflichtende Besuch eines Staatsbürgerkurses. Personen, die Andere zum Tragen von Gesichtsverhüllungen zwingen, können mit ein bis zwei Jahren Haft oder einer Geldstrafe von mindestens 30.000 Euro bestraft werden. Dem Gesetzeserlass waren lebhafte Diskussionen über die „Frauenfeindlichkeit des Islam“ sowie die nationale französische Identität vorangegangen, die erkennen lie-

ßen, dass es primär um ein Verbot von Burka und Niqab im öffentlichen Straßenraum ging.¹ Eine muslimische Französin, die aus religiösen Gründen in der Öffentlichkeit eine Burka trägt, legte Beschwerde gegen das Gesetz ein und rügte eine Verletzung ihres Rechts auf Privatleben aus Art. 8 EMRK, ihrer Religionsfreiheit aus Art. 9 EMRK sowie eine intersektionale Diskriminierung auf Grund ihres Geschlechts, ihrer Herkunft und ihrer Religion und damit einen Verstoß gegen Art. 14 EMRK.

Die Verletzung von Freiheitsrechten

In einer ausführlich begründeten Entscheidung kam der EGMR zu dem Ergebnis, dass weder Art. 8 EMRK noch Art. 9 EMRK verletzt seien. Den Schwerpunkt der Prüfung setzte der Gerichtshof auf die Religionsfreiheit, da die Wahl der Kleidung zwar zweifelsfrei unter das Privatleben falle, die Klägerin aber selbst geltend gemacht habe, die gesichtsverhüllende Burka aus religiösen Gründen zu tragen. Auch liege eine Beeinträchtigung dieses Rechtes vor, da die Beschwerdeführerin nur entweder ihren religiösen Geboten oder dem Gesetz folgen könne, wenn sie das Haus verlassen wolle. Der EGMR überprüfte dann, ob der Eingriff zum Schutz der öffentlichen Sicherheit oder der Grundrechte oder -freiheiten Anderer gerechtfertigt war.

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

¹ Vgl. hierzu Daniel Barton, Is the French Burka Ban Compatible with International Human Rights Law Standards?, in: Essex Human Rights Review Vol. 9 No. 1, June 2012; Erica Howard, SAS v France: Living Together or Increased Social Division?, www.ejiltalk.org (21.08.2014); Cécile Laborde, State paternalism and religious dress code, in: I.CON 10 (2012), 398–410.

Der Gerichtshof konnte nicht erkennen, dass das Verhüllungsverbot zum Schutz der öffentlichen Sicherheit notwendig war. Eine entsprechende allgemeine Gefahrenlage sei nicht ersichtlich; auch seien vage Sicherheitsinteressen für die Legitimation einer so schweren Beeinträchtigung nicht hinreichend. Konkreten Gefahren könne überdies durch ein Gebot, staatlichen Sicherheitskräften das Gesicht zu zeigen und so die Identitätsfeststellung zu ermöglichen, hinreichend begegnet werden.

Der EGMR akzeptierte aber die Ausführungen der französischen Regierung zu unverzichtbaren Mindeststandards für das Zusammenleben in einer demokratischen Gesellschaft, zu denen auch gehöre, dass die zwischenmenschliche Kontaktaufnahme und Kommunikation im öffentlichen Raum unproblematisch möglich sei. Dieses „*right of others to live in a space of socialisation which made living together easier*“² stellte – im Gegensatz zur ebenfalls genannten Gleichberechtigung und Menschenwürde – aus Sicht des Gerichtshofs einen legitimen Grund für das Verhüllungsverbot dar. Der Eingriff sei auch verhältnismäßig, schon da in einer derart umstrittenen Frage die Mitgliedstaaten der EMRK einen besonders weiten Beurteilungsspielraum hätten.

Zwei Richterinnen des Gerichtshofs, Helena Jäderblom und Angelika Nußberger, wiesen in ihrem Sondervotum darauf hin, dass „Bedingungen für das Zusammenleben“ viel zu abstrakt und vage sind, um als Rechte Anderer begriffen zu werden. Auch gebe es in einer pluralistischen und demokratischen Gesellschaft keine individuelle Kommunikationspflicht, die verletzt werden könnte. Dem schließt sich ein großer Teil der überwiegend vernichtenden Kritik an der Entscheidung des EGMR an. Gefragt wird, aus welchem Artikel der EMRK ein „Recht auf vereinfachtes Zusammenleben“ rühren solle bzw. seit wann die EMRK das Recht der Mehrheit schützen, keine störenden Minderheiten sehen zu müssen.³ Vielmehr gelte umgekehrt das Recht auf Privatheit aus Art. 8 EMRK auch in der Öffentlichkeit.⁴ Übereinstimmend wird das Verbot als unverhältnismäßiger Eingriff angesehen und die Bedeutung eines pluralistischen öffentlichen Raumes betont.⁵ Warum der EGMR nicht auf seine Grundsätze aus einer früheren Entscheidung zum

Verbot religiöser Kleidung im öffentlichen Raum zurückgreift, bleibt unklar.⁶

Die Verletzung von Gleichheitsrechten

Durch die Entscheidung des EGMR wurden nicht nur Art. 8 und Art. 9 EMRK unverhältnismäßig eingeschränkt, auch seine Ausführungen zur gerügten Diskriminierung laden zu scharfer Kritik ein. Da sich das – zunächst neutral formulierte – Verhüllungsverbot überproportional zu Lasten muslimischer Frauen auswirkt, war eine mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und der Religion zu prüfen. Angesichts der Diskurse um die „Fremdheit“ der Burka und die nationale französische Identität kam auch rassistische Diskriminierung als ein Element in Betracht. Der EGMR betonte an mehreren Stellen, dass muslimische Frauen besonders und schwerwiegend betroffen sein können und ging auch auf die problematischen islamophoben Äußerungen in der rechtspolitischen Debatte ein. Trotzdem verwies er schließlich auf die formale Neutralität der Regelung und die Rechtfertigung eines Eingriffs zum Schutz des „Zusammenlebens“.

Begrüßenswert ist, dass der EGMR sich im Gegensatz zu früheren „Kopftuch“-Entscheidungen⁷ von der Vorstellung verabschiedet hat, die Gleichberechtigung der Geschlechter rechtfertige die Diskriminierung von weiblichen Angehörigen religiöser Minderheiten. Diese Konzeption von „Zwangsfreiheiten“ war hinreichend kritisiert worden.⁸

Allerdings zeigt der Gerichtshof im Übrigen bedenkliche handwerkliche Schwächen. So möchte er angesichts der neutralen Formulierung des Gesetzes doch nicht so recht eine Diskriminierung erkennen können, was sich in seine Verweigerungshaltung angesichts mittelbarer Diskriminierung insgesamt einfügt. Wie viele andere Menschenrechtsdokumente auch⁹ gewährt die EMRK aber umfassenden Schutz vor unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung. Das französische Verhüllungsverbot zeigt gerade, wie mühelos eine klar abgegrenzte Gruppe mit einer scheinbar allgemeinen Regelung getroffen wer-

² EGMR vom 01.07.2014, Nr. 43835/11 (*S.A.S. v. France*), Rn. 122.

³ Vgl. nur *Stephanie Berry*, *SAS v France: Does Anything Remain of the Right to Manifest Religion?*, www.ejiltalk.org; *Jasper Finke*, Man bleibt halt gerne unter sich, www.juwiss.de/84-2014/; *Maximilian Steinbeis*, Burkaverbot: Grundrechtsschutz auf Proportionalitätsfläschchen gezogen, www.verfassungsblog.de; *Kirsten Wiese*, Was braucht es für ein demokratisches Zusammenleben, www.lto.de (alle 21.08.2014). Zur Unzulässigkeit unter dem Grundgesetz *Tristan Barczak*, „Zeig mir dein Gesicht, zeig mir, wer du wirklich bist“, in: *DÖV* 2011, 54–61.

⁴ Vgl. *Jasper Finke*, Warum das „Burka-Verbot“ gegen die EMRK verstößt, in: *NVwZ* 2010, 1127 (1130); zu den Einschränkungen aber *Ronan McCrea*, *The Ban on the Veil and European Law*, in: *Human Rights Law Review* 2013, 50 (71 ff.).

⁵ Vgl. nur *Anna von Notz*, Der unendliche Raum der Geselligkeit, www.verfassungsblog.de.

⁶ Dazu *Ulrike Lembke*, *Burka-Verbot: Der EGMR verkürzt den menschenrechtlichen Diskriminierungsschutz in Europa*, www.juwiss.de/87-2014/ (21.08.2014).

⁷ Vgl. nur EGMR vom 24.01.2006, Nr. 65500/01 (*Kurtulmus v. Turkey*); EGMR vom 15.02.2001, Nr. 42393/98 (*Dahlab v. Switzerland*).

⁸ Statt vieler *Susanne Baer/Michael Wrase*, Zwischen Integration und „westlicher“ Emanzipation, in: *KritV* 2006, 401 ff.; die Beiträge in: *Sabine Berghahn/Petra Rostock* (Hg.), *Der Stoff, aus dem Konflikte sind*, 2009, und in: *Birgit Sauer/Sabine Strasser* (Hg.), *Zwangsfreiheiten. Multikulturalität und Feminismus*, 2008; *Françoise Tulkens*, Sondervotum, in: EGMR vom 15.02.2001, Nr. 42393/98 (*Dahlab v. Switzerland*).

⁹ Siehe nur Art. 2 BRK, Art. 1 CEDAW, Art. 1 I Anti-Rassismus-Konvention; ferner *CESCR*, General Comment No. 20, UN-Doc E/C.12/GC/20 (2009); *HRC*, General Comment No. 18, UN-Doc HRI/GEN/1/Rev1 (1994).

den kann. Auch der dann folgende Verweis des EGMR auf die Erwägungen zur Rechtfertigung nach Art. 8 II und Art. 9 II EMRK kann nicht überzeugen.¹⁰ Es war der EGMR selbst, der erhöhte Rechtfertigungsstandards bei rassistischer und Geschlechtsdiskriminierung festgelegt hatte.¹¹ Muslimische Frauen in Frankreich sind eine besonders verletzte Gruppe, die des umfassenden menschenrechtlichen Schutzes bedarf.

¹⁰ Zutreffend Sarah Schadendorf, (Un-)Verschleierte Diskriminierung, www.juwiss.de/88-2014/ (21.08.2014).

¹¹ EGMR vom 13.03.2006, Nr. 55762/00 (*Timishev v. Russia*); EGMR vom 18.07.1994, Nr. 13580/88 (*Karlheinz Schmidt v. Germany*).

Indem der EGMR eine strafbewehrte Kommunikationsbereitschaftspflicht erfindet, Schutz vor (kaum verhohlener) mittelbarer intersektionaler Diskriminierung verweigert und die Verdrängung von weiblichen Angehörigen einer religiösen Minderheit aus dem öffentlichen Leben¹² toleriert, leistet er weder einen Beitrag zum „einfacheren Zusammenleben“ in einer pluralistischen Gesellschaft noch zum Menschenrechtsschutz in Europa.

¹² Vgl. hierzu nur *Parliamentary Assembly*, Resolution 1743 (2010).

Michael Stolleis: Nahes Unrecht, fernes Recht.

Zur Juristischen Zeitgeschichte im 20. Jahrhundert

Von Andreas Raffener*

Der Historiker Norbert Frei, Lehrstuhlinhaber für Neuere und Neueste Geschichte an der Friedrich-Schiller-Universität in Jena und Leiter des Jena Center Geschichte des 20. Jahrhunderts, übertreibt nicht, wenn er dem Rechtshistoriker Michael Stolleis aus Frankfurt am Main Rosen streut. Mehr noch: Mit den Worten, dass man nirgendwo auf dem Globus jemanden von dessen Kenntnis und Kompetenz gefunden hätte, unterstreicht Frei die Fähigkeit und Fertigkeit von Stolleis, Rechtsgeschichte und Zeitgeschichte zu verknüpfen. Stolleis hat in der hessischen Metropole von 1974 an über seine Emeritierung hinaus nahezu 40 Jahre Öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte gelehrt. Ferner leitete er von 1992 bis 2009 als Direktor das Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte. Normalerweise spricht das Jena Center nur ausländische Gastprofessoren an, doch Stolleis ist durch sein Mitwirken an der Jenaer Doktorandenschule wohl eine Ausnahme.

Stolleis ist wohl der bekannteste Rechtshistoriker im deutschen Raum. Sein mehrbändiges Werk zur Geschichte des deutschen öffentlichen Rechts gilt als ein Beispiel par excellence, das auch über sein Fachgebiet hinaus Wellen geschlagen hat. Die hier zu besprechende Arbeit mit dem Titel „Nahes Unrecht, fernes Recht“, wel-

che Stolleis im Jahr 2014 als Band 16 in die Reihe „Vorträge und Kolloquien des Jena Center – Geschichte des 20. Jahrhunderts“ bestens integriert hat, ist in sechs größere Abschnitte unterteilt. Der Bogen spannt sich dabei vom Verhältnis von Rechtsstaat und Unrechtsstaat im letzten Jahrhundert, dem richterlichen Prüfungsrecht, der Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Zeit der Weimarer Republik, dem Holocaust in der Zeit des Nationalismus, der Rechtsordnung und Justizpolitik im besetzten Deutschland sowie der Weißen Rose und ihrer Richter bis zum Öffentlichen Recht in der Rechtswissenschaft der DDR.

Besonders aussagekräftig ist die Wahl des Titels „Das Unverstehbare verstehen“. Hier ist Stolleis zu loben, denn er versucht, die Epoche des Nationalsozialismus und die Justiz jener Zeit zu ergründen. Der Titel, auch wenn in vorsichtige Vokabeln gekleidet, ist treffend gewählt. Der Autor geht der interessanten Frage nach, wie es überhaupt möglich war, ein funktionierendes Recht durch ein anderes, menschenverachtendes zu ersetzen. Die Beispiele der Judenverfolgung und der Dispositionen zur Gewalt, zur Verachtung bürgerlicher Hemmungen sowie von rechtlichen und moralischen Schranken zeigen eindrucksvoll die Grundlagen des schleichenden Niedergangs des Rechts auf. So war das Novemberpogrom 1938 so etwas wie das Signal für den moralisch-rechtlich-politischen Dammbruch, dem auch die preußischen Tugenden „Gesetz ist Gesetz, Befehl ist Befehl“ hilfreich zur Seite standen.

Freilich wird nicht ausgeklammert, dass auch die DDR ein Staat mit einem fragwürdigen Staatsrecht und einer Administration ohne Verwaltungsrecht war. Grundlegend in Stolleis' Untersuchungen sind die Betrachtungen rund um das Verhalten rechtsstaatlicher Einrichtungen in kriminellen und als solche einzuordnenden politischen Systemen. Der Leser wird sicher an seine Grenzen stoßen, denn diese facettenreichen, weiterführenden und grund-

* Student der Geschichte und Diplomand an der Universität Innsbruck. Besprechung von Michael Stolleis, Nahes Unrecht, fernes Recht. Zur Juristischen Zeitgeschichte im 20. Jahrhundert. Jena Center Geschichte des 20. Jahrhunderts (= Vorträge und Kolloquien, Bd. 16), Göttingen: Wallstein Verlag 2014, 173 S., 15,- €, ISBN: 978-3-8353-1401-6.

sätzlichen Denkanstöße fordern dazu heraus, sich mehr mit diesen rechtsgeschichtlichen, verfassungspolitischen und zeithistorischen Themen auseinanderzusetzen.

Im zweiten Kapitel schließt Stolleis ein Gespräch über Väter, Bildungswege und Zeitgenossenschaft an. Er legt das Ganze nicht aus der Sicht des lehrenden Professors dar, sondern versucht, diese Punkte als zurückhaltender Beobachter zu schildern und einer Untersuchung zu unterziehen. Als sehr gelungen ist der Versuch zu werten, familiäre Prägungen, wie etwa bei Bertolt Brecht und Ludwig Wittgenstein, malerisch darzustellen und in seine Aussagen mit einfließen zu lassen. Das Verhältnis von Moral und Politik bei Christian Garve ist ein lohnendes Beispiel zur Erörterung der Parole „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“. Auch geht es um den juristischen Werdegang Stolleis' und die Entwicklungen der juristischen Zeitgeschichte, denn wer als Jurist historisch uninformiert ist, läuft immer Gefahr, das geltende Recht lediglich unkri-

tisch und ohne große Reflexionen allein dem Gesetzblatt zu entnehmen.

Vom Leser wird sicherlich ein Gespür zugleich für Historisches und für Juristisches verlangt, um die chronologische wie logische Strukturierung des Werkes zu verstehen. Wer mehr von dem bekannten Hochschulprofessor und seinen Konklusionen lesen will, dem sei noch die Auswahlbibliografie am Ende des 173 Seiten starken, fundierten Werkes ans Herz gelegt.

Stolleis ist fürwahr ein Synonym für Recht und Gerechtigkeit. Er ist ihm gelungen, viele Rechtswissenschaftler bei der Suche nach ihren Fähigkeiten und Fertigkeiten zu unterstützen. Er hat sie auch begleitet und in ihrem Denken gestärkt. Sein Einsatz ist vorbildlich, sein Glauben an das Recht optimistisch. Daher kann man den anfangs wiedergegebenen Ausführungen von Norbert Frei mehr als nur zustimmen.

40 Jahre FJT – ein Jubiläumswochenende in Leipzig

Von Martina Dierks, Maureen Macoun, Nicola Nagorsnik

Vom 9. bis 11. Mai 2014 fand in Leipzig der 40. Feministische Juristinnentag statt. Zum Auftakt des Wochenendes wurden am Freitagnachmittag eine Stadtführung angeboten, die unter dem Motto „Berühmte Leipziger Frauen“ stand, sowie eine abendliche Auftaktveranstaltung. Diese fand vor der beeindruckenden Kulisse des Bundesverwaltungsgerichtes statt. Aufgrund des 40jährigen Jubiläums des FJT wurde an diesem Abend ein bunter und spannender Rückblick auf die letzten bewegten Jahre gegeben, sodass auch alle „Neueinsteiger*innen“ sofort im Bilde waren, wo seinerzeit die Reibungspunkte gelegen haben.

Auf die gelungene Jubiläums-Auftaktveranstaltung folgte am Samstagvormittag die erste Arbeitsphase. Arbeitsgruppen wurden angeboten zu den Themen „SGB XIII – Finanzierung des Hilfesystems bei Gewalt“, „Feministische Rechtstheorie – Was ist das?“, „Digitale Gewalt und Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Netz“, „Frauenrechte als Unternehmensverantwortung. Überlegungen zur Rechtsdurchsetzung am Markt“, „Sexismus in der Werbung“ und „Das Trauma mit dem Trauma – traumatisierte Mandantinnen in der anwaltlichen Praxis“.

Die AG „Sexismus in der Werbung“, die von Berit Völmann von der Uni Köln geleitet wurde, bot einen Zugang zu Werbung, wie er bei der alltäglichen Konfrontation und einhergehenden Abstumpfung kaum möglich ist.

Im Anschluss fanden drei Foren statt: „Reproduktionsautonomie – Reproduktionszwänge“, „Sexarbeit, Zwangsprostitution, Menschenhandel – Welche rechtlichen Regelungen braucht es?“, „(Rechts-)Situation und soziale Absicherung von Arbeiterinnen in Privathaushalten“.

Im Forum 1 wurde ein interessanter Einblick in die Problematik des Reproduktionsrechts gegeben. Insbesondere wurde die Frage diskutiert, ob es ein Recht auf ein leibliches Kind geben sollte und damit der Zugang zu Reproduktionstechnologien geöffnet werden müsse. Prof. Dr. Swantje Köbsell wies dabei insbesondere auf die Problematik hin, mit der Behinderte konfrontiert sind. Ein weiterer Schwerpunkt der Diskussion war die Leihmutterchaft als Reproduktionsoption für homosexuelle Paare. Aufgrund des sehr umfangreichen Themas kam das Forum leider zu keinen konkreten Ergebnissen.

Das sehr gut besuchte Forum 2 befasste sich mit der so aktuellen wie umstrittenen Prostitutions-Thematik. Insbesondere die Position von Dipl.-Päd. Johanna Weber vom Berufsverband erotische und sexuelle Dienstleistungen, Berlin, selbst als Sexarbeiterin tätig, dass es eine strikte Trennung zwischen Menschenhandel und Prostitution gebe und Sexarbeit freiwillig sei, wenn die Prostituierte sich bewusst entscheidet, sich zu prostituieren,

gleich aus welchen Motiven, sorgte für heftige Diskussionen unter allen Anwesenden. Insgesamt war das Forum zwar interessant, die Diskussion verlief jedoch oft fern der tatsächlich kritischen und konfliktbehafteten Themen und blieb so flach. Der Zusammenhang zwischen Sexarbeit und Menschenhandel wäre ein Thema, das beim nächsten FJT erneut aufgegriffen und gerne auch ohne „Samthandschuhe“ behandelt werden könnte.

Der Tag wurde mit einem gemeinsamen Abendessen mit Buffet und anschließendem Tanz im Central Kaba-rett in der Leipziger Innenstadt beendet, allerdings erst nach der beeindruckenden Dinerspeech von Prof. Dr. Susanne Baer.

Am Sonntag fanden die Workshops „Effiziente Körper? Zur Kritik an normierenden Körperbildern am Beispiel von Geschlecht und Behinderung“ und „Diversity-Kompetenz als Schlüsselqualifikation für Anwaltschaft und Justiz“, sowie ein Open Space statt.

Im Open Space wurde über die juristische Ausbildung diskutiert und angemerkt, dass diese zu versteift sei und eine Stärkung von Grundlagenfächern und Schwerpunkten notwendig wäre. Es wurde zudem bemängelt, dass Frauen in den höheren Etagen der Universitäten immer noch deutlich unterrepräsentiert sind. Außerdem wurde die alljährliche Diskussion über eine Öffnung des FJT für alle Geschlechter wieder angeheizt.

Auf dem Abschlussplenium wurden die Ergebnisse der Workshops vorgestellt und über die erarbeiteten Fachstellungnahmen abgestimmt.

Damit ging der 40. FJT zu Ende. Es war ein interessantes, kurzweiliges und produktives Wochenende. Die Organisationsgruppe hat tolle Arbeit geleistet und wunderbar für unser aller leibliches Wohl gesorgt.

Die Vorfreude auf den nächsten FJT in Bayern kann nun beginnen.

Tagungsbericht zum 40. Feministischen Juristinentag

Von Valérie Suhr, Dana Valentiner, Katharina Jagelowitz

Dieses Jahr fand der 40. FJT in Leipzig statt. Bei diesem vernetzen sich seit 1978 Rechtsanwältinnen und Richterinnen ebenso wie Studentinnen, Rechtswissenschaftlerinnen und juristische Geschlechteraktivistinnen. In Foren, AG's und Workshops diskutierten wir u. a. über Sexismus in der Werbung, digitale Gewalt, Reproduktionsautonomie und Prostitution.

Ein Aufruf zur Solidarisierung!

Das Internet ist Spielwiese „neuer“ medienspezifischer Gewaltformen, dazu zählen das Anprangern im Netz, der Identitätsdiebstahl (in sozialen Netzwerken), Revenge Porn, Slut Shaming, Shitstorms, Hate Speech. Das Internet hat die Utopie einer Austauschplattform und eines neuen öffentlichen Raums der Gleichheit, wie sie Anfang der 1990er gezeichnet wurde, nicht erfüllt, sondern sich als männlich-weiß dominierter „Wilder Westen“ entpuppt. Übergriffe im Netz sind dabei aus mehreren Gründen rechtlich schwer zu fassen: Beleidigungen bzw. nicht genehmigte Foto- und Videoaufnahmen verschwinden genauso schnell wieder, wie sie erscheinen, eine Beweissicherung erfordert daher sofortiges Reagieren. Die Anonymität im Internet ist die größte

praktische Hürde. Theoretisch können zivil- und strafrechtliche Normen (bspw. § 823 BGB, §§ 185 ff. StGB) einschlägig sein, an einer internetspezifischen Anwendung fehlt es aber noch. Gesellschaftlich besteht eine hohe Toleranz gegenüber Handlungen im Internet, Übergriffe werden verharmlost, eine „kollektive Risikoverdrängung“ bestimmt die Diskussion. Abhilfe schaffen könnte laut Rechtsanwältin Stelkens ein international verankertes Datenschutzrecht für personenbezogene Daten, ein starkes internationales Wettbewerbsrecht mit staatlicher Aufsicht und Sanktionierungsmöglichkeiten sowie mehr Bildungs- und Infrastrukturmaßnahmen im Bereich digitale Mediennutzung und die Grundversorgung der Bevölkerung mit barrierefreiem und netzneutralen Zugang zu digitalen Medien. Die Bildung einer feministischen Gegenöffentlichkeit im Netz ist notwendig, um den öffentlichen Raum des Internets zu erobern und gleichberechtigt (mit) zu gestalten.

„Astra. Was dagegen?“

Die Medien konfrontieren tagtäglich mit sexistischen heteronormativen Stereotypen und Rollenerwartungen: Mädchen gehören im Spieleparadies vor Bügelbrett und Herd, Jungen an den Bagger. Frauen reckeln sich unterwürfig und leicht bekleidet, um die neueste am Handgelenk kaum erkennbare Uhr zu bewerben. Begegnen kann man diesem mit einer Rüge beim Deutschen Werberat; lediglich § 7 Rundfunkstaatsvertrag enthält spezifische

rechtliche Regelungen. An einer darüber hinausgehenden Schutzvorschrift fehlt es. Für Diskussionsstoff sorgte die Frage, ob Männer auch Objekte sexistischer Werbung sein können.

Reproduktionsrechte für alle?

Im Vordergrund der kontroversen Auseinandersetzung um Reproduktionszwänge und -autonomie stand die Frage der Rechtmäßigkeit von Leihmutterchaften (von einigen geforderter Begriff: „Pachtmutterchaft“). Die Meinungen reichten von einer absoluten Menschenrechtswidrigkeit bis zur Forderung nach der automatischen rechtlichen Anerkennung bei der sog. „geteilten Mutterchaft“ lesbischer Paare (sowohl der gebärenden Frau als auch derjenigen, von der die Eizelle stammt). Spannend war auch die angesprochene mögliche Parallele der Leihmutterchaft und der Sexarbeit in Bezug auf ihre Freiwilligkeit. Weitere Themen waren die Pränataldiagnostik, ihre Auswirkungen auf die Wahrnehmung von Behinderung und das von der UN-Behindertenrechtskonvention postulierte Recht auf Reproduktionsautonomie.

Prostitution – ein freier Beruf?

Anknüpfend an die gesellschaftliche Debatte um Prostitution, die zuletzt durch den EMMA-Appell befeuert

worden war, fand dieses Jahr ein Forum „Sexarbeit, Zwangsprostitution, Menschenhandel – Welche rechtlichen Regelungen braucht es?“ statt, dessen Besetzung (Rechtsanwältin, Professorin, Vertreterin Berufsverband erotische und sexuelle Dienstleistungen, Geschäftsführerin Koordinierungskreis gegen Frauenhandel und Gewalt an Frauen in Migrationsprozessen) eine vielseitige Diskussion vermuten ließ. Diese konzentrierte sich auf die Frage der Regulierung von freiwilliger Sexarbeit. Einigkeit bestand wohl darin, dass das Prostitutionsgesetz von 2002 kein gesetzgeberisches Meisterstück ist. Vorgestellt wurden u. a. Regulierungsmöglichkeiten wie das Sexkaufverbot („schwedisches Modell“), eine Regulierung durch gewerberechtliche Vorschriften sowie die Organisation der Sexarbeit als freier Beruf. Dass Sexarbeit ein Thema ist, das auch Feministinnen spaltet, zeigte dieses Forum: In der offenen Diskussion meldeten sich Befürworterinnen einer Regulierung und Gegnerinnen jeglichen staatlichen Eingriffs zu Wort, die Frage der „Freiwilligkeit“ von Sexarbeit erhitze die Gemüter. Leider blieb die Diskussion auf dem Podium betont vorsichtig, die vorgestellten Regulierungsmöglichkeiten waren aus der öffentlichen Diskussion bekannt.

Weiter diskutiert wird auf dem nächsten FJT im Mai 2015 in Landshut.

Impressum

HRN – HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

ISSN 2191-6543

4. Jahrgang – Heft 2 – November 2014

Die Hamburger Rechtsnotizen erscheinen zweimal jährlich. Die Redaktion freut sich über Beiträge in digitaler Form für die nächsten Ausgaben.

<http://www.hamburger-rechtsnotizen.de>

Redaktion und Lektorat

Sebastian Böse
Benjamin Dzatkowski
Cristina Giampietro
Julian Kanschik
Sophie Knebel
Nadine Lichtblau
Fuluk Liu
Olaf Muthorst (V.i.S.d.P.)
Florian Nahrwold
Sina Nienhaus
Daniel Otto
Tobias Schliemann
Sophia Schulz
Jennifer Thiessen
Florian Vogelsang
E-Mail:
redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de

Vertrieb, Anzeigen & PR

E-Mail:
vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de
anzeigen@hamburger-rechtsnotizen.de

Verantwortlich für Anzeigen:
Olaf Muthorst

Internet

Roland Broemel
Christoph Greggersen
Niklas Vogt

Herausgeber

Hamburger Rechtsnotizen e. V.
Postanschrift:
Fakultät für Rechtswissenschaft
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg
Hamburger Rechtsnotizen e. V. ist im Vereinsregister des Amtsgerichts Hamburg unter der Registernummer VR 1030 eingetragen.

Einzelvertretungsberechtigt sind:
Erster Vorsitzender:
Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst
Zweite Vorsitzende:
Wiss. Mit. Serena Köppen

Layout/Satz

die computerfabrik
Bernsteinstraße 88, 70619 Stuttgart
Valentin Funk, Claudia Wittorf,
Ulrich Böckmann

Druck

Hoffmann-Druck GmbH, Straße der
Freundschaft 8, 17438 Wolgast/Mahlzow
Der Verlag haftet nicht für Manuskripte,
die unverlangt eingesandt werden. Die
Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich
erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung
überträgt die/der Autor/in dem Verlag das
ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum
Ablauf des Urheberrechts.

„Karrierestart Großkanzlei“ bei ESCHE SCHÜMANN COMMICHAU

Von Maximilian Ewert

Unter dem Titel „Karrierestart Großkanzlei“ lud die Sozietät ESCHE SCHÜMANN COMMICHAU in Kooperation mit den Hamburger Rechtsnotizen, dem Alumniverein der Universität Hamburg und den Jungen Juristen (dem amtierenden Fachschaftsrat der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg) zu einer Informationsveranstaltung, und so fanden sich am 25. Juni ca. 15 Studentinnen und Studenten in den Räumen der Sozietät im Java-Haus mitten in der HafenCity ein.

Nach einem kurzen Empfang mit kalten Getränken und ein paar Snacks stellte Dr. Andreas von Criegern kurz alles Wichtige über die Sozietät vor. Mit einer 190-jährigen Geschichte ist sie eine der ältesten Deutschlands. Im Hauptteil des Abends berichteten Jenny Wiese und Gerrit Dahle, beide Ehemalige der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg, über Werdegang und Fachgebiet, mit anschließender Fragerunde. Jenny Wiese ist im, bei anderen Großkanzleien oft fehlenden, Familien- und Erbrecht tätig, das einen nicht zu unterschätzenden Teil der Rechtsberatung auch von großen Unternehmen ausmacht. Gerrit Dahle arbeitet im Patent-, Urheber-, IT- und Markenrecht, einer Materie mit besonders komplexen Verfahren.

Im Anschluss konnte man in lockerer Atmosphäre bei Bier, Brezeln und Fußball auch persönliche Fragen an die Vortragenden und weitere Anwälte stellen, was der Länge der Veranstaltung nach zu urteilen auch ausgiebig getan wurde.

Step2gether – Mentoring für Studierende der Hamburger Fakultät für Rechtswissenschaft

Von Fuluk Liu* & Tanja Siggelkow**

Studierende sehen sich am Studienanfang verschiedenen Herausforderungen ausgesetzt, von allgemeinen Fragen zum Lernen und zur Studienorganisation bis zu individuellen Anliegen wie das Studium mit Kind oder ein Studium neben dem Beruf. Step2gether bietet Unterstützung, indem es Studierende der ersten drei Fachsemester mit wissenschaftlichen Mitarbeiter/-innen, Promovierenden und AG-Leiter/-innen zu einem sechsmonatigen Eins-zu-eins-Mentoring zusammenbringt.

Während des Mentorings besprechen die Teilnehmenden in vertraulichen Vier-Augen-Gesprächen die Anliegen der oder des Mentee/s. Daneben nehmen sie an Gruppenveranstaltungen teil, die der individuellen Reflexion dienen und in denen Informationsmaterial zur Verfügung gestellt wird wie z.B. ein Mentoring-Handbuch.

Hinter Step2gether steht die Erkenntnis, dass Studierende im Laufe des Studiums fachspezifisch sozialisiert werden und bestimmte Kompetenzstrukturen entwickeln. Dabei spielen nicht nur die kognitiven Fähigkeiten der Studierenden eine wichtige Rolle. Bedeutend sind auch die individuellen Rückmeldungen von Lehrenden und die sozial-emotionalen Fähigkeiten der Studierenden (z. B. Umgang mit Belastungen). In der Rechtswissenschaft ist die Nähe zu den Lehrenden nur in seltenen Fällen möglich und Rückmeldungen erhalten die Studierenden nahezu ausschließlich über Klausur- und Hausarbeitskorrekturen. Step-

* Wiss. Mitarbeiterin und Mentorin bei Step2gether.

** Programmkoordinatorin von Step2gether.

2gether legt daher den Fokus auf die persönliche Vermittlung von erfolgversprechenden und übertragbaren Verhaltensweisen im individuellen Gespräch.

Erfahrungen aus der Programmkoordination (von Tanja Siggelkow)

Der Pilotdurchgang des Mentorings Step2gether startete im Mai 2013 mit insgesamt 14 Mentoringpaaren. Im November beginnt der nun bereits vierte Durchgang des Mentorings mit voraussichtlich 19 Paaren. Nach jedem Durchgang wird eine anonyme schriftliche Befragung sowohl der Mentees als auch der Mentorinnen und Mentoren durchgeführt, aus der im Folgenden ein paar Ergebnisse vorgestellt werden.

Die Anzahl der Treffen während der halbjährigen Laufzeit variierten zwischen fünf und neun Treffen. Die behandelten Themen reichten von der Studienorganisation über Prüfungsangst, Work-Life Balance bis hin zur Auslandssemesterplanung und ersten Berufseinsichten. In den Rückmeldungen schätzten die Mentees es sehr, dass die Eins-zu-eins-Betreuung es ermöglichte, passgenau auf ihre Bedarfe einzugehen und eine Weiterentwicklung bezüglich aller von ihnen angesprochenen Themen erreicht wurde. So gaben alle befragten Mentees an, dass sich das Mentoring für sie gelohnt hat und sie eine erhöhte Zuversicht und Gestaltungssicherheit in Bezug auf das eigene Studium erlangt haben. Ein Mentee beschrieb den Mehrwert des Austauschs mit den Mentorinnen und Mentoren wie folgt: „Die Erfahrungen der Mentoren kann einem keiner sonst vermitteln. Es ist eben ihr Erfahrungsschatz, aus dem man schöpfen kann, und das macht es so einzigartig und lohnend.“

Erfahrungen als Mentorin (von Fuluk Liu)

Meine Motivation, seit dem ersten Durchgang als Mentorin an dem Programm teilzunehmen, ist die Freude an der Wissensvermittlung und Hilfestellung sowie die Überzeugung, dass individuelle Betreuungen von Studierenden, die ihre persönlichen Studienbedürfnisse aktiv angehen, einen Gewinn für die Lehre und die Studierenden darstellen.

Meine Erfahrung aus den ersten drei Studiensemestern deckt sich im Großen und Ganzen mit den von den Mentees aufgeworfenen Fragen. Jura-Studierende müssen sehr viel autodidaktisch agieren und werden nicht selten mit unbekanntem Problemen allein gelassen. Die anfangs fehlende Vorstellung von den umfangreichen Inhalten im Studium, dem tatsächlichen Studienverlauf und den notwendigen Kompetenzen als Jurist/-in führen oft zu Selbstzweifeln und Desorientierung. Frühzeitige Hilfestellungen von examinierten Juristinnen und Juristen können dabei helfen, die eigene Entwicklung zu verbessern und „unnötige“ negative Erfahrungen im Studium zu vermeiden.

Meine drei Mentees waren von gänzlich unterschiedlichem Charakter und kamen mit jeweils völlig verschiedenen Fragen zu mir. Es gab solche, die ich sofort beantworten konnte, wie z.B. zu Lernmethoden, Tipps zur Wahl der Praktikumsstationen, die Durchführung eines Doppelstudiums oder die Bewerbung für Stipendien. Bei Fragen, die ich nicht aus persönlicher Erfahrung beantworten konnte, berichtete ich von hilfreichen Erfahrungen mir bekannter Personen. Manchmal half auch einfach ein gemeinsames Brainstorming für eine Lösung, da sich Ideen oft aus dem Zusammenwirken zweier Köpfe entwickeln. Letztendlich haben wir auf alle Fragen Antworten finden können, die den Mentees weiterhalfen.

Zusammenfassend finde ich Step2gether sowohl für die Mentorinnen und Mentoren als auch für die Studierenden sehr sinnvoll. Das Engagement aller Teilnehmenden und der Programmkoordination tragen wesentlich dazu bei, dass das Konzept des Programms gut funktioniert.

AUFSÄTZE
KLAUSUREN
HAUSARBEITEN
RECHTSSPRECHUNG
REZENSIONEN



Alumni
Universität Hamburg

Das Netzwerk für Ehemalige und Aktive

■ www.alumni-uhh.de



Jetzt
Mitglied
werden!

Wir bauen Brücken zwischen Wissenschaft und Praxis
sowie zwischen Hamburg und der Welt.

Für Ehemalige und Beschäftigte der Universität Hamburg

Wir bieten:

- Ein aktives Alumni-Netzwerk
- Unterschiedliche Veranstaltungsformate
- Zugang zu Alumni im In- und Ausland
- Ein internationales Netzwerk
- Regelmäßige Informationen / Newsletter
- Interessante Menschen
aus allen Fachbereichen

Für Studierende

Wir bieten:

- Mentoring-Angebote
- Regelmäßige Exkursionen
- Regelmäßige Vorträge
- Campus Hamburg mit der
größten Wohnbörse
- Vernetzung untereinander
- Unterstützung eigener Projekte

Alumni Universität Hamburg e.V.
Feldbrunnenstraße 9
20148 Hamburg

Tel +49-40-42838-6647
Fax +49-40-42838-9462
Mail info@alumni-uhh.de



■ www.alumni-uhh.de

HANSEATISCH JURISTISCH

HAMBURGER
RECHTSNOTIZEN

WISSEN, WAS RECHT IST.

Preis: 4,50 € – ISSN 2191-6543