

Verein
zur Förderung der Rechtswissenschaft (Hrsg.)

Fakultätsspiegel
Wintersemester 2009/2010

Veröffentlichungen des Vereins
zur Förderung der Rechtswissenschaft n. F. 13

Fakultätsspiegel

Wintersemester 2009/2010

herausgegeben vom

Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft

Vorwort

Am 29. Januar 2010 habe ich das Amt des Vorsitzenden des Vereins zur Förderung der Rechtswissenschaft von Prof. Otto Depenheuer übernommen. Stellvertreter wird weiterhin Prof. Claus Kreß sein, Schatzmeister Prof. Hanns Prütting und Schriftführerin Prof. Johanna Hey. Prof. Depenheuer hatte das Amt des Vorsitzenden seit dem 23. Januar 2004 inne. Auf ihn geht die schöne Idee zurück, das Leben der Fakultät nicht in kleineren Einzelveröffentlichungen, sondern in einem umfassenden Fakultätsspiegel zu dokumentieren. Wir möchten diese Tradition gerne beibehalten.

Der Fakultätsspiegel des Wintersemesters 2009/2010 erscheint etwas später als gewohnt, was ich durch die Umstellungen zu entschuldigen bitte. Auch dadurch bedingt ist er besonders umfangreich geworden.

Noch immer ist die Fakultät intensiv beschäftigt mit der Implementierung der veränderten Studienordnungen, mit der Akkreditierung neuer Studiengänge, mit der Verbesserung der Studienbedingungen durch den Einsatz der Studienbeitragsmittel und dem Ausbau des Prüfungsamtes, des Dekanats und der Studienberatung. Daneben beginnt langsam eine vorsichtige Normalisierung des Fakultätsbetriebes und die Ausübung, nicht nur die Konzeption von Lehre und Forschung rückten wieder stärker in den Blick.

Auch in diesem Heft wird dies dokumentiert durch Berichte zur Absolventen- und Promotionsfeier. Hinzu kommt ein Bericht über das 20-jährige Jubiläum des Deutsch-Französischen-Studiengangs Rechtswissenschaft, der auch nach seiner durch Bologna bedingten Umbenennung in „Masterstudiengang“ weiterhin ein Aushängeschild der Fakultät bleiben wird. Schließlich konnten wir mit zwei Antrittsvorlesungen die Honorarprofessuren von Dr. Winfried Schuschke, der seit vielen Jahren eine wichtige Stütze der Fakultät ist und Dr. Stephan Eilers feiern.

Köln, den 20. April 2010

Hans-Peter Haferkamp

Inhalt

| | |
|---|-----|
| Vorwort..... | V |
| Inhalt..... | VII |
| Nachrichten..... | 1 |
| Ehrentafel..... | 4 |
| Disputationen..... | 5 |
| Magister-Legum-Absolventen des Wintersemesters 2009/2010..... | 17 |
| Antrittsvorlesung von Prof. Dr. Winfried Schuschke am 29. Oktober 2009: „Der einstweilige Rechtsschutz nach dem FamFG in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“..... | 19 |
| Antrittsvorlesung von Prof. Dr. Stephan Eilers am 5. Februar 2010: „Das neue Sanierungssteuerrecht – ein wirksamer Beitrag zur Krisenbewältigung?“..... | 42 |
| Akademische Feier zu Ehren der Absolventen der ersten Staatsprüfung am 13. November 2009..... | 67 |
| Grußwort des Dekans Prof. Dr. Thomas Weigend..... | 69 |
| Grußwort der Prorektorin Prof. Dr. Angelika Nußberger..... | 73 |
| Festvortrag von Johannes Riedel, Präsident des Oberlandesgerichts Köln: „Der Beruf der Juristen heute“..... | 76 |
| Anwesende Absolventen..... | 89 |
| Akademische Feier zu Ehren der Promovenden am 29. Januar 2010..... | 95 |
| Grußwort des Dekans Prof. Dr. Thomas Weigend..... | 97 |
| Festvortrag von Dr. Lars Markert: „Streitschlichtungsklauseln in Investitionschutzabkommen“..... | 101 |
| Festvortrag von Dr. Daniel Ulber: „Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten“..... | 108 |
| Festvortrag von Dr. Sebastian Wollschläger: „Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB und Umsatzprämien im Stufenwettbewerb“..... | 115 |

Zwanzig-Jahr-Feier des Deutsch-Französischen Studiengangs Rechtswissenschaften der Universität zu Köln und der Universität Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) am 13. März 2010 – Tagungsbericht..... 121

Nachrichten

Personalia

Die Herren Professoren *Kirk W. Junker*, *Frank Neubacher* und *Martin Waßmer* sind vom Rektor zu Universitätsprofessoren ernannt worden und damit Mitglieder unserer Fakultät geworden.

Frau *Marie Guilpain* und Herr Dr. *Keith Wilder* sind befristet als Lehrkräfte für besondere Aufgaben (Lecturers) für französische bzw. amerikanische Rechtssprache eingestellt worden.

Herr PD Dr. *Georg Steinberg* ist vom Rektor zum Universitätsprofessor auf Zeit ernannt worden. Er wird insbesondere auf dem Gebiet des Strafrechts lehren und forschen.

Auf die befristete W2-Professur im Öffentlichen Recht hat der Rektor Herrn PD Dr. Dr. *Martin Will* berufen.

Die Engere Fakultät hat Herrn Prof. *Frank Neubacher* einstimmig an Stelle von Herrn Prof. *Thomas Weigend* in den Geschäftsführenden Vorstand des Rechtswissenschaftlichen Seminars gewählt.

Der Lehrbeauftragte für Steuer- und Bilanzrecht *Rainer Schick* ist im Alter von nur 44 Jahren verstorben. Der Dekan hat den Angehörigen im Namen der Fakultät sein Mitgefühl zum Ausdruck gebracht.

Gremien und Mitgliedschaften

Herr Professor *Wolfram Höfling* ist zum stellvertretenden Vorsitzenden der Staatsrechtslehrervereinigung gewählt worden.

Herr Professor *Ulrich Ehricke* ist zum vorsitzenden Mitglied des Sanktionsausschusses an der European Energy Exchange bestellt worden.

Frau Professorin *Angelika Nußberger* wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2010 zur Prorektorin für Akademische Karriere, Diversität und Internationales gewählt.

Die Fakultät bestellte einstimmig Herrn Professor *Martin Henssler* als einen der Fakultätsbeauftragten für den DFM-Studiengang. Er soll an die Stelle von Herrn Professor *Claus Kreß* treten, der die Funktion des Fakultätsbeauftragten niedergelegt hat, und gemeinsam mit Frau Professor *Barbara Dauner-Lieb* und Herrn Professor *Thomas von Danwitz* tätig werden.

Herr Professor *Martin Henssler* ist als Vorsitzender des Vorstands der Zivilrechtslehrervereinigung wiedergewählt worden. Außerdem wurde er in den wissenschaftlichen Beirat des Max-Planck-Instituts für internationales und ausländisches Privatrecht berufen.

Herr Professor *Stephan Hobe* ist zum assoziierten Mitglied der Académie Française de l’Air et de l’Espace gewählt worden.

Herr Prof. *Hans-Peter Haferkamp* ist zum Mitglied im Ständigen Ausschuss des Deutschen Rechtshistorikertages gewählt worden.

Auszeichnungen

Herr Professor *Peter Hanau* wurde für seinen über 30jährigen Einsatz für den deutsch-japanischen Wissenschaftsaustausch von der japanischen Regierung mit dem Orden der Aufgehenden Sonne mit Stern, goldenen und silbernen Strahlen ausgezeichnet.

Herrn Professor *Klaus Stern* ist die Ehrendoktorwürde der Keio Universität (Tokio) verliehen worden.

Herrn Professor *Bernhard Kempen* ist im Rahmen der Absolventenfeier 2009 der diesjährige Lehrpreis der Studierenden verliehen worden.

Lehraufträge im Sommersemester 2010

Prof. Dr. *Harald Kania*,
Dr. *Thomas Naplava*
Jenny Oelsner

„Praxisbezogene Einführung in die empirisch-
kriminologische Forschung“

Michael Stroh

„Vorbereitungskurs Schwerpunktseminar Krimi-
nologie“

Dr. *Daniela Schroeder*

„Wirtschaftsverwaltungsrecht“

Dr. *Christian Dorenkamp*
Prof. Dr. *Stephan Eilers*

„US-Amerikanisches Steuerrecht“

RA Dr. *Heinrich Stallknecht*

„Anwaltliches Projektmanagement“

Miscellanea

Die von Herrn Professor *Heinz-Peter Mansel* mit der Law School der University of California, Berkeley, ausgehandelte Vereinbarung über Zusammenarbeit und Austausch in der Forschung ist auch von der amerikanischen Seite unterzeichnet worden und damit in Kraft getreten.

Im vergangenen Semester wurde zum zweiten Mal ein Mini-Moot-Court im deutschen Zivilrecht veranstaltet. Er fand am 27. November 2009 mit dem Finale im Plenarsaal des OLG unter Beteiligung des Präsidenten des OLG und hochrangigen Vertretern der Anwaltschaft seinen erfolgreichen Abschluss.

DIE RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ZU KÖLN

stellt unter dem Rektorat des Universitätsprofessors für experimentelle Festkörperphysik
Dr. rer. nat. Axel Freimuth
und unter dem Dekanat des Universitätsprofessors für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung,
Kriminologie
Dr. Thomas Weigend
die Lehrbefähigung von

Herrn Dr. Moritz Brinkmann, LL.M. aus Bonn

für die Fächer

„Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Insolvenzrecht, Internationales
Privatrecht, Rechtsvergleichung“

fest, nachdem er in ordnungsgemäßem Habilitationsverfahren durch die Habilitationsschrift

„Mobiliarsicherheiten – Eine materiell-, insolvenz- und kollisionsrechtliche
Studie des Rechts der Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und
Forderungen vor dem Hintergrund internationaler und europäischer Ent-
wicklungen“

sowie durch Habilitationsvortrag und Kolloquium die Befähigung zu selbständiger
Forschung und Lehre erwiesen hat.

Gleichzeitig erteilt ihm die Fakultät insoweit die

L e h r b e f u g n i s .

Mit der Verleihung ist das Recht zur Führung der Bezeichnung

P r i v a t d o z e n t

verbunden.

Köln, 3. Dezember 2009

Der Dekan

(Siegel)

Disputationen

Die vorliegende Aufstellung umfaßt die Disputationen des Jahres 2009 sowie des Wintersemesters 2009/2010.*

Arnade, Johannes: „Kostendruck und Standard – Zu den Auswirkungen finanzieller Zwänge auf den Standard sozialversicherungsrechtlicher Leistungen und den haftungsrechtlichen Behandlungsstandard“ [Prof. Dr. Katzenmeier; Prof. Dr. Preis]

Aschmoneit, Jens: „Herausgabeansprüche und Zurückbehaltungsrechte während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ [Prof. Dr. Preis; Prof. Dr. Dauner-Lieb]

Barth, Hanna: „Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien“ [Prof. Dr. von Danwitz; Prof. Dr. Schöbener]

Bauersfeld, Heide Veronika: „Die Verbandslast – ein Beitrag zur Dogmatik der nichtsteuerlichen Abgaben – unter besonderer Berücksichtigung der Sonderabgaben im engeren Sinne“ [Prof. Dr. Hey; Prof. Dr. Höfling]

Baumann, Johannes: „Die Rechtsprechung des EuGH zum Vorrang von Gemeinschaftsrecht vor mitgliedstaatlichen Verwaltungsakten und Gerichtsurteilen“ [Prof. Dr. Kempen; Prof. Dr. Schöbener]

Becker, Johannes: „Das Vertragsstatut der Outsourcing-Vereinbarung – Rechtsfragen grenzüberschreitender Unternehmensauslagerungen im Internationalen Privatrecht“ [Prof. Dr. Mansel; Prof. Dr. Krüger]

Becker, Thomas: „Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht“ [Prof. Dr. Ehricke; Prof. Dr. Schöbener]

Bermig, Stephanie: „Die urheberrechtliche Bedeutung der prozessualen Verwertung von Gutachten zivilgerichtlicher Sachverständiger in Verfahren des Zivilprozesses. Eine Unter-

* Fortgesetzt seit Fakultätsspiegel n.F. Bd. 11, Wintersemester 2008/2009, S. 53 ff.

suchung der Rechtslage in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung von § 411 a ZPO“
[Prof. Dr. Mansel; Prof. Dr. Stürmer]

Beutler, Johannes Eduard: „Die Reallast im Spannungsfeld veränderter Anwendungsreiche und herkömmlicher Inhaltsbestimmung“
[Prof. Dr. Baur; Prof. Dr. Prütting]

Beynio, Jens Frederik: „Die völkerrechtliche Zulässigkeit der Aufrüstung mit Kernwaffen“
[Prof. Dr. Kempen; Prof. Dr. Nußberger]

Bietmann, Andreas: „Differenzierungsklauseln im System des deutschen Tarifrechts“
[Prof. Dr. Henssler; Prof. Dr. Preis]

Blank, Georg Peter: „Die Berufsaufsicht über Wirtschaftsprüfer“
[Prof. Dr. Grunewald; Prof. Dr. Prütting]

Bleckmann, Moritz: „Nationale Grundrechte im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union – Die Koordination des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union unter Berücksichtigung der besonderen Ausprägungen des nationalen Grundrechtsschutzes“
[Prof. Dr. von Danwitz; Prof. Dr. Hobe]

Börner, Anna-Luise: „Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis nach neuem Schuldrecht“
[Prof. Dr. Henssler; Prof. Dr. Preis]

Brennecke, Philipp: „Ärztliche Geschäftsführung ohne Auftrag“
[Prof. Dr. Katzenmeier; Prof. Dr. Mansel]

Brüser, Meinolf: „Die Bedeutung der Grundrechte im Kindesalter für das "Elternrecht"“
[Prof. Dr. Schmitt-Kammler; Prof. Dr. von Coelln]

Brus, Eva-Maria: „Die Parteivernehmung im Lichte der Waffengleichheit folgend aus der EU-Verfassung“
[Prof. Dr. Prütting; Prof. Dr. Ehrlicke]

Bußmann, Anne Elisabeth: „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art. 16, 86 Abs. 2 EG und Art. 36 Grundrechtecharta unter Berücksichtigung des Vertrags von Lissabon“
[Prof. Dr. Schöbener; Prof. Dr. Hey]

Czerny, Maika Verena: „Die beihilfenrechtliche Beurteilung der staatlichen Finanzierung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse – unter besonderer Berücksichtigung potentieller Anwendungsfelder im Bereich der Energiewirtschaft“

[Prof. Dr. Ehrlicke; Prof. Dr. Baur]

Deneke, Katharina: „Die betriebsbedingte Kündigung im Rahmen der übertragenden Sanierung“

[Prof. Dr. Prütting; Prof. Dr. Henssler]

Drews, Martin: „Die Erheblichkeitsschwelle des § 3 UWG“

[Prof. Dr. Steinbeck; Prof. Dr. Wielsch]

Dyrchs, Barbara: „Ausländerspezifische Konflikte im abhängigen Erwerbsleben – Lösungswege im Zeichen und Wandel des Arbeitsrechts“

[Prof. Dr. Henssler; Prof. Dr. Muckel]

Eckhoff, Frank: „Die Haftung der Geschäftsleiter gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft wegen Insolvenzverschleppung“ [Prof. Dr. Wiedemann; Prof. Dr. Henssler]

Eichholz, Fabian David: „GmbH-Gesellschafterinsolvenz“

[Prof. Dr. Ehrlicke; Prof. Dr. Grunewald]

Entzeroth, Katja: „Der leitende Angestellte im Individualarbeitsrecht“

[Prof. Dr. Henssler; Prof. Dr. Dauner-Lieb]

Erkens, Andre: „Geben ist öffentlich-rechtlicher denn Nehmen – Darf und/oder muss der öffentlich-rechtliche Rundfunk exklusive Sportberichterstattung anbieten?“

[Prof. Dr. von Danwitz; Prof. Dr. Hain]

Ferdinand, Petra: „Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht“

[Prof. Dr. Höfling; Prof. Dr. Muckel]

Frankus, Kristina: „Verlustabzug bei Körperschaften nach § 8 c KStG – Ein Rechtsvergleich mit dem US-amerikanischen Steuerrecht“

[Prof. Dr. Hey; Prof. Dr. Lang]

Fremuth, Michael Lysander: „Die Europäische Union auf dem Weg in die Supranationa-

lität – Untersuchung der Rechtsnatur der Europäischen Union anhand der Polizeilichen und Justitiellen Zusammenarbeit in Strafsachen“

[Prof. Dr. Hobe; Prof. Dr. Kempen]

Fricke, Hanns-Christian: „Die rechtliche Behandlung des Strom-Contractings in Bezug auf den Belastungsausgleich nach dem Erneuerbaren-Energien-Gesetz“

[Prof. Dr. Ehrlicke; Prof. Dr. Baur]

Geiser, Martina: „Grenzziehung zwischen der Business Judgment Rule und den notwendigen Anforderungen an eine Compliance-Organisation – Leitungspflichten des Vorstandes in der AG“

[Prof. Dr. Berger; Prof. Dr. Grunewald]

Geringhoff, Mona: „Die nachgelagerte Besteuerung der Zukunftssicherung in den USA und in Deutschland – Ein Rechtsvergleich“

[Prof. Dr. Lang; Prof. Dr. Hey]

Graw, Christian: „Anteilsveräußerung nach Einbringung in eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft – Vergleich der Besteuerungskonzepte des § 21 UmwStG 1995 und des § 22 UmwStG 2006“

[Prof. Dr. Hey; Prof. Dr. Hennrichs]

Gregor, Nikolas Kurt Michael: „Der Produzent und die Rechte am Filmwerk“

[Prof. Dr. Steinbeck; Prof. Dr. Prütting]

Hackländer, Daniel: „Die allgemeine Energiekompetenz im Primärrecht der Europäischen Union – Eine Analyse des Artikels 194 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon“

[Prof. Dr. Ehrlicke; Prof. Dr. Schöbener]

Haeder, Stefan: „Die Neuordnung des Zugangs zum Anwaltsnotariat in Deutschland“

[Prof. Dr. Schöbener; Prof. Dr. Höfling]

Halbsguth, Daniel: „Territorialität im Verletzungsverfahren aus der Gemeinschaftsmarke – Die Grenzen der Einheitlichkeit“

[Prof. Dr. Steinbeck; Prof. Dr. Peifer]

Hartog, Johanna: „Der Zusammenschlusstatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses“

[Prof. Dr. Baur; Prof. Dr. Schroeder]

Haumer, Stefanie: „Regelungsentwurf für ein Abspracheverfahren am Internationalen Strafgerichtshof“ [Prof. Dr. Weigend; Prof. Dr. Kreß]

Haupt, Katharina: „Verfassungsfragen zum muslimischen Kopftuch von Erzieherinnen in öffentlichen Kindergärten“ [Prof. Dr. Muckel; Prof. Dr. Höfling]

Hellmann, Markus: „Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Singapur und Malaysia“ [Prof. Dr. Mansel; Prof. Dr. Stürner]

Hennig, Andreas: „Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle“ [Prof. Dr. Preis; Prof. Dr. Dauner-Lieb]

Hewelt, Dirk: „Die Abfärberegelung des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG“ [Prof. Dr. Hey; Prof. Dr. Lang]

He, Zan: „ICJ's Practice on Provisional Measures“ [Prof. Dr. Kempen; Prof. Dr. Schöbener]

Hoppe, Ursula: „Die Kunstfreiheit als Gemeinschaftsgrundrecht“ [Prof. Dr. Schöbener; Prof. Dr. Kempen]

Hümmerich, Cindy: „Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Gesamtbetriebsrat und Einzelbetriebsräten“ [Prof. Dr. Preis; Prof. Dr. Henssler]

Jansen, Guido: „Die Ermittlung der Kosten für Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze – Eine Analyse der Regulierungsmaßstäbe des EnWG und der Netzentgeltverordnungen Strom und Gas“ [Prof. Dr. Ehrlicke; Prof. Dr. Baur]

Jötten, Herbert Kai: „Logout: Zivilrechtliche Haftung im Rahmen ausgewählter Internetdienstleistungen ("Application Service Providing", "Second Life", "Internetforen" sowie "eBay")“ [Prof. Dr. Prütting; Prof. Dr. Steinbeck]

Karsten, Nora: „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 28 IStGH-Statut“ [Prof. Dr. Weigend; Prof. Dr. Kreß]

Khan, Asim: „Haftungsfreizeichnungen im unternehmerischen Verkehr am Maßstab des § 307 BGB – Dargestellt am Beispiel der Sachmängelhaftung im Kaufrecht“

[Prof. Dr. Dauner-Lieb; Prof. Dr. Grunewald]

Kiene, Wiebke: „Arbeit auf Abruf i.S.d. § 12 Abs. 1 S. 1 TzBfG – Eine Betrachtung der kapazitätsorientierten variablen Arbeitszeit unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 7. Dezember 2005 – 5 AZR 535/04“

[Prof. Dr. Henssler; Prof. Dr. Preis]

Kistner-Bahr, Hanna: „Die Entwicklungstendenzen Europols im europäischen Integrationsprozess – Mögliche Ausweitung der Befugnisse Europols vom Informationsaustausch zur Ermittlungskompetenz unter Berücksichtigung des Vertrages von Lissabon“

[Prof. Dr. Schöbener; Prof. Dr. Kempen]

Klein, Daniel: „Gemeinschaftskonformität der Insolvenzantragspflicht für Schein- auslandsgesellschaften – Ein Beitrag zur Durchsetzung nationaler Rechtsanwendungsinteressen im europäischen Binnenmarkt“

[Prof. Dr. Prütting; Prof. Dr. Ehrlicke]

Koch, Juliane: „Leistungsorientierte Professorenbesoldung – Rechtliche Anforderungen und Gestaltungsmöglichkeiten für die Gewährung von Leistungsbezügen der W-Besoldung“

[Prof. Dr. Sachs; Prof. Dr. von Coelln]

Kochmann, Kai: „Schutz des "Know-how" gegen ausspähende Produktanalysen ("Reverse Engineering")“

[Prof. Dr. Peifer; Prof. Dr. Nestler]

Koch, Susanne: „Die grenzüberschreitende Wirkung von nationalen Genehmigungen für umweltbeeinträchtigende industrielle Anlagen“

[Prof. Dr. Kempen; Prof. Dr. Schöbener]

Köhler, Anna: „Private Sicherheits- und Militärunternehmen im bewaffneten Konflikt: Eine völkerrechtliche Bewertung“

[Prof. Dr. Kempen; Prof. Dr. Schöbener]

Köhler, Volker: „Gemeinschaftsrechtliche Infrastrukturverantwortung der Mitgliedstaaten im Rahmen des Wettbewerbs – Zum Verhältnis der EG-Vertragstitel über transeuropäische Netze und staatliche Beihilfen“

[Prof. Dr. Ehrlicke; Prof. Dr. Schöbener]

Konert, Katharina: „Die unterschiedliche Behandlung im Welthandels- und Umweltvölkerrecht und ihr Einfluss auf die Herausbildung eines Solidaritätsprinzips“

[Prof. Dr. Hobe; Prof. Dr. Kempen]

Kopp, Marina: „Irreführung durch Personenmarken und Personenfirmen“

[Prof. Dr. Steinbeck; Prof. Dr. Ehrlicke]

Krewet, Maike Susanne: „Wechselwirkungen zwischen dem Grundgesetz und den Primärverträgen der Europäischen Union als ihrer Verfassung. Rechtstransfer und gegenseitige Beeinflussung von selbständigen Rechtskreisen eines Mehrebenensystems am Beispiel des Grundrechtsschutzes“

[Prof. Dr. Hobe; Prof. Dr. Kempen]

Krings, Thomas: „Der Grundrechtsberechtigte des Grundrechts aus Art. 13 GG“

[Prof. Dr. Sachs; Prof. Dr. Höfling]

Křivánek, David: „The Weapons Provisions in the Rome Statute of the International Criminal Court and in the German Code of Crimes Against International Law“

[Prof. Dr. Kreß; Prof. Dr. Nußberger]

Kruse, Jan: „Diplomatischer und konsularischer Schutz für Unionsbürger – Von der nationality rule hin zur Unionsbürgerschaft als völkerrechtlich anerkanntem Anknüpfungspunkt im Rahmen des Auslandsschutzes?“

[Prof. Dr. Hobe; Prof. Dr. Kempen]

Kubak, Christian: „Grenzüberschreitende Verschmelzungen zwischen Personenhandels-gesellschaften aus Deutschland und anderen EG-Mitgliedstaaten im Lichte der Grundfreiheiten – Europarechtliche Anforderungen und die grundlegende Systematik ihrer Umsetzung“

[Prof. Dr. Grunewald; Prof. Dr. Berger]

Kunz, Daniel: „Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union – Status quo und Weiterentwicklung“

[Prof. Dr. Dauner-Lieb; Prof. Dr. Ehrlicke]

Lamberti, Andrea: „Das Beweisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit – unter Zugrundelegung des Gesetzesentwurfes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Fassung vom September 2007 (FamFG)“

[Prof. Dr. Prütting; Prof. Dr. Katzenmeier]

Langenbach, Markus: „Die vertraglichen Mobiliarsicherheiten in grenzüberschreitenden deutsch-österreichischen Unternehmensinsolvenzen. Eine Untersuchung wesentlicher Probleme der innerstaatlichen und internationalen Insolvenzrechtsordnungen“

[Prof. Dr. Prütting; Prof. Dr. Ehrlicke]

Lorenz, Mark: „Der Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers gemäß § 89 b HGB analog“

[Prof. Dr. Prütting; Prof. Dr. Steinbeck]

Lüttringhaus, Jan: „Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz – Das internationale Privatrecht der Antidiskriminierung“

[Prof. Dr. Mansel; Prof. Dr. Stürmer]

Marino, Salvatore: „Die Akzessorietät des römischen Pfandrechts“

[Prof. Dr. Wacke; Prof. Dr. Luig]

Markert, Lars:* „Streitschlichtungsklauseln in Investitionsschutzabkommen – Zur Notwendigkeit der Differenzierung von jurisdiction und admissibility in Investitionsschiedsverfahren“

[Prof. Dr. Schöbener; Prof. Dr. Hobe]

Melan, Nevada: „Taxe professionnelle – Eine Untersuchung des französischen Gewerbesteuerrechts mit Blick auf die deutsche Reformdiskussion“

[Prof. Dr. Hey; Prof. Dr. Lang]

Möller, Jan: „Kritische Gedanken zur Beschlusszurückweisung in der Berufung nach § 522 II ZPO“

[Prof. Dr. Prütting; Prof. Dr. Katzenmeier]

Naumann, Stefan Lars: „Die Bedeutung des § 241 a BGB für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verbrauchers“

[Prof. Dr. Nestler; Prof. Dr. Seier]

Nießén, Daniela: „Kriterien zur europarechtlichen Beurteilung von Subventionsvergaben an Luftfahrtunternehmen zur Förderung öffentlicher Regionalflughäfen – unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“

[Prof. Dr. Hobe; Prof. Dr. Schöbener]

* Vortrag anlässlich der Verleihung des CBH-Promotionspreises in diesem Heft.

Ningelgen, Alexa: „Staatliche Zwangsbildung – Verwaltungs-, Verfassungs- und Europarechtliche Grenzen von Kompetenzerhaltungs- und Rezertifizierungsmodellen am Beispiel des so genannten Ärzte-TÜVs“ [Prof. Dr. von Danwitz; Prof. Dr. Sachs]

Özen, Kasim: „Die Scheidungsgründe im türkischen Zivilgesetzbuch“
[Prof. Dr. Mansel; Prof. Dr. Krüger]

Persch, Sven: „Kernfragen des Befristungsrechts – Die arbeitsrechtliche Befristungskontrolle zwischen Vertragsfreiheit und Bestandsschutz“
[Prof. Dr. Preis; Prof. Dr. Rolfs]

Picot, Christopher M.: „Die Rechte der Aktionäre beim Delisting börsennotierter Gesellschaften“
[Prof. Dr. Grunewald; Prof. Dr. Hennrichs]

Pritzkow, Sebastian: „Energiefragen im völkerrechtlichen Verhältnis zwischen der EU und Russland – Zugleich ein Beitrag zur vorläufigen Anwendung eines völkerrechtlichen Vertrages unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit seiner Normen mit innerstaatlichem Recht“
[Prof. Dr. Nussberger; Prof. Dr. Schöbener]

Putzka, Florian: „Die Anwendbarkeit der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle auf Leistungsvorhaltungs- und Stromlieferverträge zwischen Erzeuger und Weiterverkäufer“
[Prof. Dr. Ehricke; Prof. Dr. Dauner-Lieb]

Quintern, Hanna: „Das Familienwahlrecht – Ein Beitrag zur verfassungsrechtlichen Diskussion“
[Prof. Dr. Muckel; Prof. Dr. Depenheuer]

Rausch, Mathias: „Stärkung des Informationsanspruchs durch das arca-nigra-Verfahren“
[Prof. Dr. Steinbeck; Prof. Dr. Prütting]

Redmann, Jan: „Möglichkeiten und Grenzen der Beschränkung der Parteifreiheit und -gleichheit diesseits eines verfassungsgerichtlichen Verbotsverfahrens“
[Prof. Dr. Höfling; Prof. Dr. Depenheuer]

Riem, Lioba: „Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Rechtsgrundlage von Lei-

stungsansprüchen – Zum Problem des Bestehens originärer Leistungsansprüche aus den Grundfreiheiten des EG-Vertrags“ [Prof. Dr. Ehrlicke; Prof. Dr. Baur]

Röttges, Andrea: „Der Entstehungstatbestand des Titelrechts“
[Prof. Dr. Steinbeck; Prof. Dr. Berger]

Rügemer, Philipp: „Allgemeiner Bestandsschutz und Arbeitsmarkt“
[Prof. Dr. Preis; Prof. Dr. Rolf]

Rulf, Philipp: „Die Zurechnungstatbestände des WpHG und WpÜG – Auslegung und Abgrenzung der Zurechnungstatbestände des § 22 WpHG und des § 30 WpÜG“
[Prof. Dr. Hennrichs; Prof. Dr. Grunewald]

Salević, Marc: „Kompetenzen der EU-Kommission zur Harmonisierung der Entgeltregulierung im Sektor der elektronischen Kommunikation unter Berücksichtigung von effektivem Rechtsschutz für Marktteilnehmer“
[Prof. Dr. von Danwitz; Prof. Dr. Hobe]

Salomon, Pascal Alexander: „Der Regelungsauftrag in der Societas Privata Europea – Einführung in eine neue Rechtsform unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzgebungsinstruments des Regelungsauftrages“
[Prof. Dr. Grunewald; Prof. Dr. Hennrichs]

Schlimm, Maren: „Die Ehegatteninnengesellschaft im außergüterrechtlichen Vermögensgleich – Rechtsprechungsentwicklung, offene Fragen und Folgeprobleme“
[Prof. Dr. Dauner-Lieb; Prof. Dr. Lieb]

Schmitz, Christoph: „Ersatzteillieferung und Wartung als Unterstützungspflichten des Kaufvertrages“
[Prof. Dr. Grunewald; Prof. Dr. Dauner-Lieb]

Schneider, Bernadette: „Die Markenparodie in Deutschland“
[Prof. Dr. Steinbeck; Prof. Dr. Peifer]

Schneider, Karla: „Der Einsatz bildgebender Verfahren im Strafprozess“
[Prof. Dr. Nestler; Prof. Dr. Markowitsch]

Schöfer, Florian: „Ausschluss- und Abfindungsregelungen gegenüber Gesellschaftern minderen Rechts am Beispiel des Managermodells“

[Prof. Dr. Grunewald; Prof. Dr. Steinbeck]

Schreiter, Diana: „Wirtschaftsgrundrechte von Unternehmen in der Europäischen Grundrechtecharta unter besonderer Berücksichtigung des sachlichen Anwendungsbereichs der verbürgten Garantien“

[Prof. Dr. Schöbener; Prof. Dr. von Coelln]

Schwartz, Philip: „Der Wellenstreik“ [Prof. Dr. Lieb; Prof. Dr. Rolf]

Seilstorfer, Silvia Karolina: „Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Portugal – mit rechtsvergleichenden Hinweisen zum deutschen Recht“

[Prof. Dr. Mansel; Prof. Dr. Krüger]

Servatius, Johanna: „Entscheidungsfindung mit Vertreterklausel in KG und GmbH – Eine rechtskonstruktivistische Klärung“

[Prof. Dr. Dauner-Lieb; Prof. Dr. Grunewald]

Sittard, Ulrich: „Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und § 1 AEntG“

[Prof. Dr. Henssler; Prof. Dr. Preis]

Steffen, Philipp: „Der Grundsatz der einheitlichen Pflichtverletzung im anwaltsgerichtlichen Verfahren unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes der Einheit des Dienstvergehens im Disziplinarrecht“

[Prof. Dr. Prütting; Prof. Dr. Henssler]

Strauf, Hendrik: „Die Organisation der Aufklärung“

[Prof. Dr. Katzenmeier; Prof. Dr. Prütting]

Strunk, Wolfgang: „Der Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats der börsennotierten Aktiengesellschaft“

[Prof. Dr. Hennrichs; Prof. Dr. Henssler]

Thomy, Patricia: „Individualrechtsschutz durch das Vorabentscheidungsverfahren“

[Prof. Dr. von Danwitz; Prof. Dr. Hobe]

Ulber, Daniel: „Tarifpositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten“ [Prof. Dr. Preis; Prof. Dr. Henssler]

van Bömmel, Benedikt: „Insolvenzanfechtung von upstream guarantees im GmbH-Konzern“ [Prof. Dr. Prütting; Prof. Dr. Ehrlicke]

Volkwein, Tobias: „Die Rechtsproblematik der Sportwette nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006“ [Prof. Dr. von Danwitz; Prof. Dr. Hain]

von den Steinen, Barnim Tilmann Ulrich: „Die verweigerte Organentlastung in der Aktiengesellschaft“ [Prof. Dr. Grunewald; Prof. Dr. Ehrlicke]

von Dryander, Konstantin: „Individualschutz bei Marktmissbrauch im Kapitalmarkt“ [Prof. Dr. Grunewald; Prof. Dr. Berger]

Weiner, Philipp Hans Karl: „Die Vergabe von Slots – Vorschläge zur Änderung bestehender Vergabesysteme“ [Prof. Dr. Hobe; Prof. Dr. Kempen]

Wiegand, Christiane Dorothee: „Das Schenkungsversprechen im Erbschaftsteuer- & Schenkungssteuerrecht“ [Prof. Dr. Meincke; Prof. Dr. Hennrichs]

Wierschem, Sonja: „Über situationsbedingte Kriminalitätserscheinungen – theoretisches Verständnis, präventive Bedeutung“ [Prof. Dr. Walter; Prof. Dr. Neubacher M.A.]

Wimber, Ansgar: „Die Behandlung von Vorrats- und Mantelgesellschaften“ [Prof. Dr. Wiedemann; Prof. Dr. Steinbeck]

Winkler, Martin: „Die internationale Zuständigkeit für Patentstreitigkeiten“ [Prof. Dr. Mansel; Prof. Dr. Krüger]

Woerz, Bertin: „Besteuerung von Personenunternehmen nach einer körperschaftsteuerrechtlichen Lösung am Beispiel des spanischen Unternehmensteuerrechts“ [Prof. Dr. Hey; Prof. Dr. Lang]

* Vortrag anlässlich der Verleihung des CBH-Promotionspreises in diesem Heft.

Wolf, Sigrid: „Die Regulierung von Hedgefonds aus nationaler und internationaler Sicht“
[Prof. Dr. Berger; Prof. Dr. Hennrichs]

Wolf, Sven: „Das moralische Risiko der GKV im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Eigenverantwortung“
[Prof. Dr. Preis; Prof. Dr. Muckel]

Zoellner, Anne-Christine: „Das Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte – unter Berücksichtigung der Rolle des EuGH“
[Prof. Dr. Kempen; Prof. Dr. Hobe]

Magister-Legum-Absolventen des Wintersemesters 2009/2010

Bozbayindir, Ali Emrah (Türkei): „Rechtsvergleichende Untersuchung des Nötigungsnotstandes in Deutschland, im common law-Bereich und im Völkerstrafrecht“
[Prof. Dr. Weigend]

Darahem Marquardt, Thais (Brasilien): „Werberecht für Rechtsanwälte in Deutschland und Brasilien“
[Prof. Dr. Grunewald]

El Baqqali, Saida (Marokko): „Vertragschluss und Leistungsstörungen nach Deutschem Recht und UN-Kaufrecht“
[Prof. Dr. Berger]

Fisher, Anne (Brasilien): „Konzernbesteuerung im Rechtsvergleich Russland – Deutschland“
[Prof. Dr. Hey]

Güllüoğlu, Pelin (Türkei): „Marken- und wettbewerbsrechtliche Probleme bei unsichtbarer Verwendung fremder Kennzeichen in Google-Awards“
[Prof. Dr. Steinbeck]

Larhlimi, Hassan (Marokko): „Die Haftung von Experten für Gutachten gegenüber Nichtvertragspartnern“
[Prof. Dr. Haferkamp]

Liu, Yanan (VR China): „Die Anfechtung wegen Täuschung und Drohung im Arbeitsverhältnis“
[Prof. Dr. Preis]

Mattei de Oliveira, Maciel (Brasilien): „Vergleich der Mehrwertbesteuerung in Brasilien und in Deutschland Prinzipien-Strukturen-grenzüberschreitende Sachverhalte“

[Prof. Dr. Hey]

Ropte, Tanja (Russland): „Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Wirtschaftsverkehr“

[Prof. Dr. Berger]

Slotova, Dominika (Slowakei): „Die Bedeutung der EuGVVO für die Auslegung der ROM I-Verordnung“

[Prof. Dr. Mansel]

Sanadiradze, Nata (Georgien): „Die culpa in contahendo im europäischen Privat- und Verfahrensrecht“

[Prof. Dr. Stürmer]

Tounsi, Skander (Tunesien): „Abschluss des Versicherungsvertrages bei Großrisiken“

[Prof. Dr. Rolfs]

Velcheva, Deana (Bulgarien): „Die Implementierung der europarechtlichen Umweltstandards im bulgarischen Recht“

[Prof. Dr. Nußberger]

Vigil, Maria Daniela (Argentinien): „Grenzüberschreitende Adoption im argentinischen Recht und in deutschem Recht“

[Prof. Dr. Mansel]

Xue, Tong (VR China): „Das chinesische internationale Vertragsrecht im Vergleich zur ROM I Verordnung“

[Prof. Dr. Mansel]

Zeng, Tao (VR China): „Der Schutz persönlicher Daten in Deutschland und in China unter besonderer Berücksichtigung der Datenübermittlung in Internetdiensten“

[Prof. Dr. Peifer]

Antrittsvorlesung von Prof. Dr. Winfried Schuschke am 29. Oktober 2009: „*Der einstweilige Rechtsschutz nach dem Fam-FG in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*“

I. Einführung

Am 1. 9. 2009 sind die wesentlichen Neuregelungen des 112 Artikel umfassenden sog. FGG-Reformgesetzes¹ (FGG-RG) gleichzeitig mit zahlreichen Änderungen in einem umfangreichen Reparaturgesetz zum FGG-Reformgesetz² in Kraft getreten. Das FGG-RG enthält zum Teil umfangreiche Änderungen von weit über 100 Gesetzen, insbesondere wichtiger zivil- und handelsrechtlicher sowie zivilverfahrensrechtlicher Gesetze, wie etwa des BGB und des AktG, in geringerem Maße auch des HGB und des GmbHG, darüber hinaus auch des Gerichtsverfassungsrechts und der Zivilprozessordnung³. Kernstück dieses Gesetzes ist aber das in seinem Artikel 1 enthaltende *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (kurz FamFG genannt), das das bisherige FGG ablöst und das seinerseits fast 500 Paragraphen (– also 4 ½ mal so viele wie das FGG –) umfasst. Der durch das FGG- RG neu gefasste § 23a Abs. 2 GVG definiert die künftig als Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu behandelnden Angelegenheiten enumerativ, allerdings mit einer offenen Aufangklausel in Abs. 2 Nr. 11. Die Aufzählung im GVG zeigt, dass das FamFG wieder nicht eine umfassende Regelung aller Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit enthält, sondern dass im besonderen Teil dieses Gesetzes viele bedeutsame Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht angesprochen sind, deren Regelung sich dann wieder in den Sondergesetzen findet (so das gerichtliche Ver-

1 BGBl. I 2008, 2586. Das Inkrafttreten ist in Art. 112 geregelt.

2 Art. 8 des Gesetzes zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht vom 30. 7. 2009, BGBl. I 2009, 2449.

3 Art. 29 FGG-RG. Unter anderem entfallen das gesamte 6. und 9. Buch der ZPO, also die jetzigen §§ 606 – 660 bzw. §§ 946 – 1024.

fahren in den Personenstandssachen einschließlich der Todeserklärung, das gerichtliche Verfahren im Rahmen der Gewährung von Beratungshilfe, das Verfahren in den Grundbuchsachen oder in den Landwirtschaftssachen, aber auch die gerichtliche Durchsetzung der Auskunftsverlangen nach §§ 51a, 51b GmbHG oder §§ 132, 99 AktG, das Verfahren nach § 335 Abs. 2 HGB sowie das Verfahren nach dem Spruchverfahrensgesetz (SpruchG), um nur wenige wichtige der im besonderen Teil des FamFG ausgeklammerten Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu nennen)⁴.

Für gerichtliche Verfahren, die am 1. 9. 2009 schon anhängig waren, gilt gem. Art. 111 FGG- RG das alte Verfahrensrecht mit den alten Zuständigkeiten usw. fort. Das kann dazu führen, dass noch etliche Zeit das alte Recht neben dem neuen zur Anwendung kommen wird. Bei Dauerverfahren, wie Betreuungs- oder Unterbringungsverfahren, gilt allerdings jeder neue selbständige Antrag als neue Sache, für die dann das neue Recht gilt.

Es sollen im Nachfolgenden – wie ja auch schon das Thema eingrenzend klarstellt – nicht alle Neuerungen durch das FamFG dargestellt werden. Zur ersten Orientierung insoweit liegen auch schon etliche Übersichten zum FamFG insgesamt⁵ und zu einzelnen Teilgebieten in Aufsätzen, erste Arbeitshilfen⁶, Lehrbü-

4 Eine gute Übersicht über die im besonderen Teil des FamFG nicht angesprochenen Sachen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit findet sich bei Keidel/Sternal, FamFG, 16. Aufl., § 1 Rn. 25 – 29.

5 Siehe beispielhaft: Borth, FamRZ 2009, 157 ff; Heinemann, DNotZ 2009, 6 ff; Kretschmar/Meysen, FPR 2009, 1 ff; Roth, JZ 2009, 585 ff; Rakete/ Dombeck, NJW 2009, 2769; Zimmermann, JuS 2009, 692 und ZAP Fach 11 S. 1003 ff. Siehe im Übrigen die Aufsatzübersicht zum FamFG: Menne, FamRZ 2009, 1464 f.

6 Kemper: FamFG – FGG – ZPO, Kommentierte Synopse, Nomos – Verlag 2009; Knöringer, Freiwillige Gerichtsbarkeit, C.H. Beck Verlag, 5. Aufl. 2009; Kroiß/Seiler: Das neue FamFG – Erläuterungen- Muster- Arbeitshilfen, Nomos – Verlag 2009; Schulte-Bunert: Das neue FamFG, Textausgabe mit Erläuterungen, Luchterhand Verlag 2009.

cher⁷ und Monografien⁸ sowie nicht wenige Kommentare⁹ vor.

Ein Punkt, in dem das FamFG sich besonders deutlich von den früheren Regelungen im FGG und im familiengerichtlichen Verfahren der ZPO unterscheidet ist der einstweilige Rechtsschutz¹⁰. Ihm sollen sich die nachfolgenden Überlegungen widmen. Insoweit sollen in der Darstellung allerdings die sog. Ehesachen und Familienstreitsachen¹¹ (– hier insbesondere die einstweiligen Unterhaltsregelungen –) wiederum ausgeklammert werden und nur der einstweilige Rechtsschutz in den herkömmlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit¹² etwas näher betrachtet werden.

II. Mögliche Eilmaßnahmen in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

1. Die Rechtslage nach dem FGG

Um die einschneidenden Neuerungen, die das FamFG zum einstweiligen Rechtsschutz gebracht hat, zu verstehen, muss man zunächst einen Blick auf die bisherige Rechtslage nach dem FGG werfen.

Das FGG enthielt keine allgemeine und umfassende Regelung für Eilmaßnahmen insgesamt oder für einstweilige Anordnungen im Hinblick auf die in der Hauptsache

7 Brehm, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Boorberg-Verlag, 4. Aufl. 2009; Schreiber, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, C.H. Beck Verlag, 2010.

8 Zimmermann: *Das neue FamFG*, C. H. Beck – Verlag, 2009.

9 Bork/Jakoby/Schwab, *FamFG, Kommentar*, Gieseking-Verlag; Bumiller/Harders, *FamFG – Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 9. Aufl. 2009, C.H. Beck- Verlag; Keidel, *FamFG*, 16. Aufl. 2009, C.H. Beck-Verlag; Prütting/Helms, *FamFG, Kommentar*, Otto- Schmidt Verlag; Schulte- Bunert/Weinreich, *FamFG*, 2. Aufl. 2009, *Kommentar*, Luchterhand- Verlag.

10 Hierzu auch: Bruns, *FamFR* 2009, 8; Giers, *FGPrax* 2009, 47 ff; Löhnig/Heiß, *FamRZ* 2009, 1101; Vorwerk, *FPR* 2009, 8.

11 Zum Begriff: § 112 FamFG.

12 Zur Systematik der vom FamFG erfassten „Angelegenheiten“: Wieser, *JR* 2009, 353.

che erstrebte Entscheidung. Für das familiengerichtliche Verfahren sah die ZPO in §§ 620 ff die Möglichkeit einstweiliger Anordnungen in bestimmten familienrechtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor. § 24 Abs. 3 FGG enthielt ganz allgemein die Möglichkeit für das Beschwerdegericht, einstweilige Anordnungen im Hinblick auf die angefochtene Entscheidung zu erlassen. In verschiedenen Einzelbestimmungen des besonderen Teils des FGG waren auch für das erstinstanzliche Verfahren, insbesondere in Angelegenheiten der staatlichen Fürsorge für schutzbedürftige Personen, vorläufige Maßnahmen oder Anordnungen verschiedenster Art vorgesehen, so etwa die vorläufige Bestellung eines Betreuers und die vorläufige Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts (§ 69 f Abs. 1 FGG), die vorläufige Unterbringung zur Vorbereitung eines Gutachtens über die Betreuungsbedürftigkeit (§ 68b Abs. 4 FGG) oder über die Notwendigkeit einer endgültigen Unterbringungsmaßnahme (§ 70 h FGG). Als Eilmaßnahme war auch die Möglichkeit anzusehen, die sofortige Wirksamkeit von Entscheidungen, die ansonsten erst mit Rechtskraft wirksam wurden, anzuordnen (§§ 53 Abs. 2 S. 1, 64 b Abs. 2 S. 2 FGG).

Schließlich fehlte im FGG auch eine allgemeine Regelung, die ganz grundsätzlich ähnlich den §§ 938, 940 ZPO die inhaltlichen Möglichkeiten einstweiliger Anordnungen umschrieb.

Aus den ganz verschiedenen im Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten, im Wege der Eilentscheidung einstweilige oder vorläufige Regelungen zu treffen, hat sich schrittweise¹³ und recht zögerlich eine am Ende wohl herrschende Auffassung zum FGG herausgebildet, dass einstweilige oder vorläufige Anordnungen in allen FGG- Verfahren auch erstinstanzlich immer dann statthaft seien, wenn ein dringendes Bedürfnis für ein unverzügliches Einschreiten des Gerichts deshalb bestehe, weil bei einem Zuwarten bis zur endgültigen Entscheidung bzw. bis zum endgültigen Wirksamwerden der Entscheidung die Interessen der Beteiligten nicht

13 Noch BGHZ 40, 54, 59 hielt eine einstweilige Anordnung in erster Instanz da, wo vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, für nicht möglich.

mehr hinreichend gewahrt werden könnten und weil bereits jetzt wahrscheinlich sei, dass die endgültige Entscheidung im Sinne der vorläufigen Maßnahme ausfallen werde¹⁴. Hinsichtlich des Inhalts der möglichen Anordnungen war streitig, ob das Gericht einen ähnlich weiten Spielraum wie im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes nach der ZPO hat, oder ob es sich deutlich enger an der zu erwartenden Hauptsacheentscheidung orientieren müsse.

Allen als zulässig angesehenen Eilmaßnahmen war gemeinsam, dass ihre Notwendigkeit ausschließlich *innerhalb* des Hauptsacheverfahrens festgestellt wurde und die Maßnahme dann als *unselbständiger Teil* des Hauptsacheverfahrens zu prüfen und gegebenenfalls zu erlassen war. Die einstweilige Anordnung stellte also keine selbständige Endentscheidung dar. Ein selbständiges, vom Hauptsacheverfahren zunächst ganz losgelöstes Eilverfahren war dem FGG fremd. Ein Rückgriff auf Arrest und einstweilige Verfügung, um ein selbständiges Verfahren zur Hand zu haben, wurde, wenn eine vorläufige Anordnung innerhalb eines FGG-Verfahrens denkmöglich war, ganz überwiegend als unzulässig angesehen¹⁵.

Deshalb sind m. E. auch jetzt Anträge auf einstweilige Anordnungen in bereits vor dem 1. 9. 2009 anhängigen FGG- Verfahren, die ihrerseits erst nach dem 1. 9. 2009 gestellt werden, keine neuen Anträge im Sinne des oben dargestellten Art. 111 FGG- RG und führen deshalb weder für die Eilverfahren noch für die Fortsetzung des laufenden Hauptsacheverfahrens – ohne neue Sachanträge – zur Anwendung des neuen Rechts¹⁶.

a) Ihrem Inhalt und Charakter nach musste bei den Eilmaßnahmen nach dem FGG entsprechend den Regelungstatbeständen im FGG- Verfahren unterschieden

14 Ausführlich zur bisherigen Rechtslage: Kahl in Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 15. Aufl. 2003, § 19 FGG Rn. 30.

15 Schuschke in Schuschke/ Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl. 2008, vor § 935 ZPO Rn. 12.

16 So auch Prütting in Prütting/ Helms (Fußn. 9), Art. 111 FGG-RG Rn. 4; a. A. Keidel/Giers (Fußn. 4), § 49 FamFG Rn. 6.

werden, ob es sich

aa) um Amtsverfahren der *staatlichen Fürsorge* für schutzbedürftige Personen (etwa § 1666 BGB [Entzug der elterlichen Sorge bei Versagen der Sorgeberechtigten], Betreuungsverfahren zum Schutze der Betreuung Bedürftiger, Unterbringungsverfahren zur Sicherung und zum Schutze Erkrankter)¹⁷ oder auch um Amtsverfahren zur Korrektur unrichtiger Amtshandlungen (Einziehung eines unrichtigen Erbscheins gem. § 2361 BGB) handelte oder ob es sich

bb) um Antragsverfahren zur Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche und zur Sicherung von Rechtspositionen Beteiligter handelte (Beispiele: Streit um die Entlassung eines Testamentsvollstreckers; unternehmensrechtliche Verfahren nach §§ 122 Abs. 1 und 3 AktG [Einberufung einer Hauptversammlung auf Antrag einer Minderheit der Aktionäre], 103 Abs. 3 AktG [Abberufung eines Aufsichtsratsmitgliedes auf Antrag des Aufsichtsrates aus wichtigem Grund, weil sein Verbleiben bis zum Ende seiner Amtszeit für die Gesellschaft unzumutbar ist¹⁸]; Durchsetzung des Auskunftsrechts der Gesellschafter nach §§ 51a, 51b GmbHG, 132, 99 AktG) oder schließlich, ob es sich

cc) um Entscheidungen, die in erster Linie verfahrensrechtliche Folgen hatten, handelte (insbesondere: Vorverlegung des Zeitpunkts der Rechtskraft oder Ermöglichung einer „vorläufigen“ Vollstreckbarkeit).

b) Entsprechend dieser Unterscheidung waren die Eilmaßnahmen auch unterschiedlich zu beurteilen:

aa) Die Eilmaßnahmen in den Verfahren der staatlichen Fürsorge, die ja auf eine beschleunigte Amtshandlung abzielen, sind eher – wenn der Vergleich auch nicht ganz passt – den Eilentscheidungen im Verwaltungsprozessrecht nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO vergleichbar. Das Gericht wird vorläufig zum

17 Verfahrensziel ist jeweils die Vornahme einer Amtshandlung, nicht die Streitentscheidung; vgl. Brehm, *Freiwillige Gerichtsbarkeit* (Fußn. 7), § 4 Rn. 11

18 Anschauliches Fallbeispiel: OLG Frankfurt, *FGPrax* 2008, 118.

Schutze Betroffener und/ oder der Allgemeinheit tätig. Diese Eilmaßnahmen bedürfen der ausdrücklichen gesetzlichen Zulassung, soweit sie in Grundrechte (persönliche Freiheit; körperliche Unversehrtheit; Elternrecht) eingreifen.

bb) Die Eilentscheidungen zur Sicherung und Regelung privater Ansprüche und Rechtspositionen dagegen glichen inhaltlich (– wenn auch bisher nicht im Verfahren –) eher dem einstweiligen Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung nach der ZPO. Eine dem Arrest ähnliche Institution gab es im FGG-Verfahren selbst nicht¹⁹.

cc) Die Eilentscheidungen verfahrensrechtlichen Inhalts schließlich glichen am ehesten dem vorläufigen Rechtsschutz der ZPO, etwa durch Entscheidungen im Rahmen der vorläufigen Vollstreckbarkeit. Diese ist nämlich als selbständiges Institut dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit fremd.

2. Eilentscheidungen nach dem FamFG

Auch das FamFG kennt in der Sache weiterhin diese drei Typen der Eilentscheidungen²⁰. Sie haben nun aber eine allgemeine, ausführliche und – nach dem Willen des Gesetzgebers jedenfalls – abschließende Regelung im Gesetz gefunden. Die einstweiligen Anordnungen im Hinblick auf die nicht sogleich mögliche Hauptsacheentscheidung in Amts- und in Antragsverfahren sind nun in §§ 49 - 57 FamFG geregelt²¹, die verfahrensrechtlichen Anordnungen des vorläufigen Rechtsschutzes in § 64 Abs. 3 FamFG. Soweit durch einstweilige Anordnungen in Amtsverfahren in Grundrechte des Betroffenen eingegriffen werden muss, findet

19 Hierzu ausführlich: Schuschke, ZfR 1999, 885.

20 Wenn nachfolgend von Eilentscheidungen die Rede ist, sind nicht die Endentscheidungen in den – „normalen“ - Verfahren gemeint, die nach Auffassung des Gesetzgebers nun ganz allgemein vom Gericht besonders beschleunigt und vorrangig vor anderen Verfahren zu betreiben sind (§ 155 FamFG). Zu diesen „Eilverfahren“: Heinemann, FPR 2009, 20.

21 Abweichende Regeln von den §§ 49 ff enthalten für die einstweiligen Anordnungen zur Zahlung von Unterhalt die §§ 246 – 248 FamFG.

sich in den besonderen Teilen des FamFG hierzu jeweils auch eine besondere, die allgemeinen Regelungen ergänzende Norm, so etwa in § 157 Abs. 3 FamFG, wonach in den Fällen der §§ 1666, 1666a BGB immer unverzüglich der Erlass einstweiliger Anordnungen zum Schutze des Kindes zu prüfen sei, so in §§ 284 ff FamFG, wonach die zeitweise Unterbringung zum Zwecke der Begutachtung im Betreuungs- und im Unterbringungsverfahren angeordnet werden kann, oder in §§ 331, 332 FamFG, wonach in dringenden Fällen unter engen Voraussetzungen vorläufige Unterbringungsmaßnahmen zulässig sind, ferner in §§ 300, 301 FamFG, wonach ein vorläufiger Betreuer bestellt und vorläufig ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet werden kann.

Im Nachfolgenden soll es im Detail nur noch um die einstweiligen Anordnungen zur Sicherung eines Rechts oder zur Regelung eines einstweiligen Zustandes, meist auf Antrag eines Beteiligten, gehen, also um den „einstweiligen Rechtsschutz“ im eigentlichen, engeren Sinn.

III. Ein Überblick über das neue Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach dem FamFG

1. Unabhängigkeit vom Hauptsacheverfahren

Der wesentliche Unterschied des einstweiligen Rechtsschutzes nach dem FamFG jetzt zum früheren FGG- Verfahren liegt darin, dass Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz jetzt außerhalb des Hauptsacheverfahrens zu verfolgen sind und die Anhängigkeit oder das gleichzeitige Anhängigmachen einer Hauptsache nicht voraussetzen²². Das Verfahren bleibt auch dann ein eigenständiges Verfahren, wenn ein Hauptsacheverfahren bereits anhängig ist oder parallel anhängig gemacht wird (§ 51 Abs. 3 S. 1 FamFG). Das gilt übrigens auch kostenrechtlich²³. Durch

22 Eine Ausnahme bildet allein das Verfahren gem. § 248 Abs. 1 FamFG.

23 Kroiß/Seiler, a.a.O.(wie Fußn. 6) § 3 Rn. 100; Vorwerk, FPR 2009, 8. Zu neuen kostenrechtlichen Problemen insoweit: N. Schneider, NJW- Spezial 2009, 491.

diese Regelung ist der einstweilige Rechtsschutz in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit jetzt dem Arrest- und Verfügungsverfahren der ZPO angeglichen. Diese Harmonisierung der Verfahrensordnungen nach dem Leitbild der einstweiligen Verfügung in der ZPO war auch ausdrücklich erklärtes Ziel des Gesetzgebers²⁴. Ob dies für die einstweiligen Anordnungen in Verfahren der staatlichen Fürsorge für Schutzbedürftige grundsätzlich der richtige Weg ist oder ob man diese Angleichung nur für die Verfahren zur Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche und zur Sicherung von Rechtspositionen Beteiligter, also den einstweiligen Rechtsschutz im vorbeschriebenen engeren Sinne, hätte vornehmen sollen, wird sich noch zeigen.

Ob die neue Regelung, wie teilweise befürchtet wird²⁵, nun zu einer deutlichen Zunahme der Gesuche um einstweiligen Rechtsschutz in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit führen wird – insbesondere auch aus kostenrechtlichen Erwägungen –, bleibt abzuwarten.

2. Antrag

Eingeleitet wird das Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz im hier besprochenen engeren Sinne durch einen Antrag, soweit auch das Hauptsacheverfahren nur auf Antrag eingeleitet wird (§ 51 Abs. 1 S. 1 FamFG), und von Amts wegen, soweit das Hauptsacheverfahren ein Amtsverfahren ist. Im letzteren Falle können Beteiligte aber den Erlass einer einstweiligen Anordnung anregen. Der Anregende ist durch das Gericht zu unterrichten, wenn seine Anregung nicht aufgenommen wird (§ 24 Abs. 2 FamFG). Kann das Hauptsacheverfahren sowohl auf Antrag als auch von Amts wegen eingeleitet werden, so gilt dies auch für das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung.

Der Antrag kann schriftlich eingereicht oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle

24 BT- Drucksache 16/ 6308 S. 437 f.

25 Borth, FamRZ 2007, 1925, 1929.

erklärt werden (§ 25 Abs. 1 FamFG). Antragsteller kann nur derjenige sein, der durch seinen Antrag auch das Hauptsacheverfahren in Gang setzen kann, nicht also Personen, die am Hauptsacheverfahren nur notwendigerweise zu beteiligen sind, ohne es selbst in Gang setzen zu können.

Der Antrag soll grundsätzlich nur auf eine „vorläufige Maßnahme“ gerichtet sein, also nicht bereits die Hauptsache in vollem Umfang vorwegnehmen (§ 49 Abs. 1 FamFG)²⁶. Ob neben den in § 49 Abs. 2 FamFG ausdrücklich aufgeführten Sicherungs- und Regelungsanordnungen (– entsprechend den Sicherungs- und Regelungsverfügungen in den §§ 938, 940 ZPO –) im Einzelfall – abgesehen von der in § 246 FamFG ausdrücklich geregelten einstweiligen Anordnung auf Unterhaltsleistungen – doch auch ausnahmsweise „Befriedigungsanordnungen“ möglich sind, wenn anders ein effektiver Rechtsschutz nicht möglich wäre²⁷, wird später an anderer Stelle hier noch zu klären sein.

3. Notwendige Begründung

Der Antrag *ist* zu begründen (§ 51 Abs. 1 S. 2 FamFG). Diese Anforderung ist strenger als beim Hauptsacheantrag, der nach § 23 Abs. 1 S. 1 FamFG nur begründet werden *soll*. Zudem sind die Voraussetzungen für die einstweilige Anordnung durch den Antragsteller glaubhaft zu machen.

4. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund

Die gem. § 49 Abs. 1 FamFG glaubhaft zu machenden Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sind, dass es

- a) nach den für das Rechtsverhältnis maßgebenden Vorschriften gerechtfertigt ist, eine vorläufige Maßnahme zu treffen und dass

26 Kroiß/Seiler, a.a.O. (wie Fußn. 6), Rn. 86, 91; Löhnig/Heiß, FamRZ 2009, 1101.

27 Keidel/Giers (wie Fußn. 4), § 49 FamFG Rn. 15 sieht § 246 FamFG wohl als Beleg dafür an, dass Befriedigungsverfügungen nach dem FamFG im Übrigen nicht zulässig seien.

b) ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden besteht²⁸.

Diese Voraussetzungen sind ganz offensichtlich dem Verfügungsanspruch und dem Verfügungsgrund im einstweiligen Verfügungsverfahren der ZPO nachgebildet.

Im Rahmen des „Anordnungsanspruchs“ hat das Gericht die materiellrechtlichen Vorschriften, die im Hauptsacheverfahren als für das Rechtsverhältnis maßgebend zu prüfen sein werden, bereits weitestgehend zu berücksichtigen und zu fragen, ob der Hauptsacheantrag mit hoher Wahrscheinlichkeit Erfolg haben werde.

5. Glaubhaftmachung

Die Glaubhaftmachung ist nunmehr in § 31 FamFG geregelt. Die Norm entspricht § 294 ZPO. Hier ist aber zu beachten, dass dem Antragsteller im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz nicht mehr an Darlegungs- und Beibringungs-lasten auferlegt werden kann als im Hauptsacheverfahren. Das Verfahren bleibt ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, für das der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 26 FamFG) gilt²⁹. Zwar sind die Beteiligten in allen Antragsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit verpflichtet, dem Gericht den Sachverhalt von sich aus soweit darzustellen, dass eine sinnvolle Sachentscheidung über den Antrag überhaupt möglich ist³⁰ und in diesem Rahmen alle ihnen bekannten Beweismittel bzw. Glaubhaftmachungsmittel zu benennen. Ergeben sich aber aus dem Vortrag Anhaltspunkte für weitere Möglichkeiten der Glaubhaftmachung, so muss das Gericht dem in den Grenzen des § 31 Abs. 2 FamFG³¹ (– „Eine Beweisaufnahme,

28 Dieses Erfordernis ist allerdings in Kindschaftssachen, die die Herausgabe des Kindes oder ein Umgangsrecht mit dem Kind betreffen, in § 156 Abs. 3 FamFG modifiziert. Hier genügt es, dass in dem umgehend angesetzten Erörterungstermin (§ 155 Abs. 2 FamFG) eine Einigung der Eltern nicht erzielt werden konnte.]

29 Ebenso Keidel/Giers (wie Fußn. 4), § 51 FamFG Rn. 7, 19.

30 OLG Brandenburg, FamRZ 2004, 891.

31 So auch Keidel/Giers (wie Fußn. 4), § 51 FamFG Rn. 8; Prütting/ Helms/ Stöber (wie Fußn. 9), § 51 FamFG Rn. 5.

die nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft“ –) von Amts wegen nachgehen³². Es muss also auch seinerseits, ohne dass der Antragsteller sich darauf berufen hat, gegebenenfalls amtliche Stellungnahmen einholen sowie Zeugen, deren eidesstattliche Versicherungen für das Gericht Fragen offen ließen, zum Termin laden und Urkunden aus dem Gericht bereits vorliegenden Akten, die dem Gericht für die Entscheidung bedeutsam erscheinen, beiziehen.

Hier liegt nach wie vor ein bedeutsamer Unterscheid zum Verfahren der einstweiligen Verfügung nach der ZPO, das vollständig von der Parteimaxime beherrscht ist.

6. Zuständiges Gericht und Verfahren

Zuständiges Gericht, das über den Antrag entscheidet, ist das für das Hauptsacheverfahren im ersten Rechtszug zuständige Gericht (§ 50 FamFG). Ist die Hauptsache bereits anhängig und die Sache bereits beim Beschwerdegericht, kann auch das Beschwerdegericht einstweilige Anordnungen erlassen. Nach § 50 Abs. 1 FamFG kann dagegen das Rechtsbeschwerdegericht, dem die Hauptsache vorliegt, keine einstweiligen Anordnungen erlassen. Sind in diesem Stadium einstweilige Anordnungen vonnöten, muss das erstinstanzliche Gericht sie erlassen³³. Das ist für die Fürsorgeamtsverfahren zu wenig durchdacht, da gerade in diesen Verfahren nach Aufhebung der Hauptsacheentscheidung durch das Rechtsbeschwerdegericht die Notwendigkeit sofortiger einstweiliger Regelungen bestehen kann, bevor die Akte wieder dem erstinstanzlichen Gericht vorliegt oder bevor das Beschwerdegericht, an das die Sache zurückverwiesen wurde, sich wieder mit der Sache befassen kann.

Im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz besteht grundsätzlich kein Anwaltszwang, auch wenn für das Hauptsacheverfahren Anwaltszwang besteht.

32 § 31 Abs. 2 FamFG würde es verbieten, ein schriftliches Sachverständigengutachten einzuholen, das längere Zeit in Anspruch nimmt. So auch Giers, FGPrax 2009, 47, 49.

33 Löhnig/Heiß, FamRZ 2009, 1101, 1102; Schulte- Bunert (wie Fußn. 6) Rn. 220.

Für das Verfahren gelten die Verfahrensregeln des Hauptsacheverfahrens (§ 51 Abs. 2 FamFG). Wie dort (§ 32 Abs. 1 FamFG) ist ein mündlicher Termin nicht zwingend erforderlich, wohl aber rechtliches Gehör für alle, in deren Rechte eingegriffen wird. Soweit für das Hauptsacheverfahren Anhörungen weiterer Beteiligter zwingend vorgeschrieben sind, sind sie bereits im Verfahren über den Erlass der einstweiligen Anordnung durchzuführen. Sie können, wenn das Gesetz nicht die persönliche Anhörung zwingend vorschreibt (§ 34 FamFG), schriftlich und innerhalb kurzer Fristen erfolgen.

Ist in einer *Familiensache*³⁴ eine einstweilige Anordnung ohne mündliche Verhandlung (– gemeint ist hier ein Termin nach § 32 FamFG³⁵ –) ergangen, so ist auf Antrag erneut auf Grund mündlicher Verhandlung zu entscheiden (§ 54 Abs. 2 FamFG)³⁶. In den übrigen Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann die unterlassene mündliche Verhandlung nur in der Beschwerdeinstanz mit der Darlegung, durch den Verzicht auf die mündliche Verhandlung seien im konkreten Fall die Möglichkeiten der Amtsermittlung nicht ausgeschöpft worden, erzwungen werden.

7. Entscheidung

Die Entscheidung des Gerichts, die eine Endentscheidung i. S. des § 38 Abs. 1 FamFG ist³⁷, ergeht durch Beschluss, der immer, also auch, wenn ohne mündlichen Termin entschieden wurde, zu begründen ist (§ 38 Abs. 3 FamFG). Bei seiner Entscheidung ist das Gericht an den Antrag nur insoweit gebunden, als es dem Antragsteller gemessen an seinem Rechtsschutzziel nicht etwas zuzusprechen darf, was dieser nicht beantragt hat. Im Übrigen wählt das Gericht – im Rahmen dieses Rechtsschutzzieles – die erforderlichen Maßnahmen nach

34 Definition der Familiensachen in § 111 FamFG.

35 Bumiller/Harders (wie Fußn. 9), § 54 FamFG Rn. 4.

36 Die Norm entspricht dem bisherigen § 620b Abs. 2 ZPO.

37 OLG Stuttgart, jurisPR- FamR 22/2009 mit Anm. durch Friederici (Anm. 4).

seinem Ermessen aus. Die Aufzählung möglicher Maßnahmen in § 49 Abs. 2 FamFG ist nicht abschließend, also keine Beschränkung des Gerichts, sondern nur beispielhaft³⁸. Das Gericht kann anstelle der vom Antragsteller vorgeschlagenen Maßnahmen auch andere wählen, soweit diese den Antragsteller nicht weitergehend sichern als die von ihm selbst vorgeschlagene Maßnahme. Denn durch die Benennung der Maßnahme im Antrag legt der Antragsteller das Maß für die Erforderlichkeit des Sicherungsmittels (– das dringende Bedürfnis –) nach oben hin fest. Die Auswahl einer anderen Maßnahme als der vom Antragsteller vorgeschlagenen beinhaltet also nicht grundsätzlich ein Unterliegen des Antragstellers, wenn in ihr nicht auch eine Einschränkung des angestrebten Rechtsschutzzieles des Antragstellers zum Ausdruck kommt. Bei der Sicherungs- oder der Regelungsanordnung führt der Umstand, dass das Gericht glaubt, die vom Antragsteller vorgeschlagene Maßnahme nicht anordnen zu können (z. B. weil sie einen anderen Beteiligten ungebührlich belaste oder weil sie nach den Regeln des Vollstreckungsrechts nicht vollstreckbar sei), also nur dann zu einer Zurückweisung des Antrages mit Kostenfolgen, wenn der Antragsteller in der Begründung seines Antrages alle anderen Maßnahmen ausdrücklich ablehnt oder wenn keine andere gleichwertige oder minder belastende Maßnahme möglich erscheint. Die Grundsätze ähneln denen, die zu § 938 ZPO entwickelt wurden³⁹.

Wirksam wird der Beschluss mit der Bekanntgabe (§ 41 Abs. 1 FamFG) an die Beteiligten (§ 40 Abs. 1 FamFG). In Gewaltschutzsachen sowie in sonstigen Fällen, in denen hierfür ein besonderes Bedürfnis besteht, kann das Gericht aber die Wirksamkeit bereits mit dem Erlass der Anordnung bestimmen, um so die sofortige Vollstreckung zu ermöglichen (§ 53 Abs. 2 FamFG).

38 Löhnig/Heiß, FamRZ 2009, 1101.

39 Schuschke/Walker, a.a.O. (wie Fußn. 15), § 938 ZPO Rn. 6.

8. Fristsetzung zur Einleitung eines Hauptsacheverfahrens

Neu im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz nach dem FamFG ist, dass das Gericht in Amtsverfahren nach Erlass der einstweiligen Anordnung auf Antrag eines Beteiligten das Hauptsacheverfahren von Amts wegen einleiten muss und in den Antragsverfahren dem Antragsteller auf Antrag eines der Beteiligten eine Frist zur Einleitung des Hauptsacheverfahrens zu setzen hat (§ 52 Abs. 2 FamFG)⁴⁰. Diese Regelung ist § 926 ZPO nachgebildet und zeigt wieder die Angleichung der Verfahrensordnungen. Die Frist darf drei Monate nicht überschreiten. Wird sie nicht eingehalten, ist die einstweilige Anordnung aufzuheben.

Im nachfolgenden Hauptsacheverfahren darf das Gericht dann von einzelnen Verfahrenshandlungen, etwa von der ansonsten notwendigen persönlichen Anhörung einzelner Beteiligter, absehen, wenn diese bereits im Verfahren der einstweiligen Anordnung vorgenommen wurden und wenn von einer erneuten Vornahme keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind (§ 51 Abs. 3 FamFG). Diese Regelung ist neu, da es bei der Einheit von Eilverfahren und Hauptsacheverfahren im bisherigen Recht insoweit keine Probleme geben konnte.

9. Rechtsmittel

Einstweilige Anordnungen in Familiensachen sind nur in den in § 57 Nr. 1 – 5 genannten Fällen, also insbesondere in bestimmten Kindschafts-, Gewaltschutz- und Ehewohnungssachen, anfechtbar, im Übrigen aber unanfechtbar. Im Einzelfall mag hier mit der Gehörsrüge nach § 44 FamFG eine Korrektur erreicht werden können. In diesem Bereich wird sicher wieder neuer Streit um die sog. „außerordentliche Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit“ entbrennen. Es sollte aber ein für allemal dabei bleiben, dass dieses Rechtsinstitut in unserer Rechtsordnung unzulässig⁴¹ und auch überflüssig ist. Ein solches Rechtsmittel außerhalb

⁴⁰ Ein Antrag auf Gewährung von Verfahrenskostenhilfe für das Hauptsacheverfahren wahrt die Frist.

⁴¹ Vergl. aus der neueren Rspr.: BGH, BGHR 2002, 431; BGH, FamRZ 2004, 1191;

des Gesetzes widerspräche dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Rechtsmittelklarheit⁴².

In allen anderen Fällen als Familiensachen ist die Beschwerde gegen einstweilige Anordnungen nach den allgemeinen Regeln (§§ 58 ff FamFG) zulässig, da die Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz jetzt ja ohne Zweifel Endentscheidungen sind. Es gilt allerdings nicht die allgemeine 4-wöchige Beschwerdefrist, sondern die 2-wöchige Beschwerdefrist des § 63 Abs. 2 Nr. 1 FamFG. Die Rechtsbeschwerde gegen Beschwerdeentscheidungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist generell ausgeschlossen (§ 70 Abs. 4 FamFG).

10. Vollstreckung

Beschlüsse in FamFG-Verfahren sind grundsätzlich mit Wirksamwerden vollstreckbar (§ 86 Abs. 1 FamFG). Wie der Arrest und die einstweilige Verfügung bedürfen auch einstweilige Anordnungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Vollstreckungsklausel, – soweit nach § 86 Abs. 3 FamG zur Vollstreckung von Entscheidungen im FamFG-Verfahren überhaupt noch eine Vollstreckungsklausel verlangt wird – , nur, wenn aus dem Beschluss für oder gegen einen anderen als den im Beschluss bezeichneten Beteiligten vollstreckt werden soll (§ 53 Abs. 1 FamFG)⁴³.

Soweit nach der Anordnung eine Geldleistung zu erbringen, eine bewegliche oder unbewegliche Sache herauszugeben, eine vertretbare oder nichtvertretbare Hand-

BGH, BGHR 2007, 1315; BGH, BGHR 2008, 593; BFH, BFHE 211, 37; KG, OLGR 2007, 466; OLG Bremen, OLGR 2009, 174; OLG Saarbrücken, OLGR 2008, 441; OLG München, OLGR 2009, 716; vergl. auch Schuschke/ Walker, a.a.O. (wie Fußn. 15) § 707 ZPO Rn. 18.

42 BVerwG, NVwZ 2005, 232; OVG Münster, Beschl. vom 25. 11. 2008 – 6 E 405/08 – ; zweifelnd allerdings: VGH Baden- Württemberg, InfAusIR 2009, 128.

43 § 53 Abs. 1 schränkt § 86 Abs. 3 also ein (so: Bumiller/ Winkler (wie Fußn. 9), § 53 Rn. 1; Giers, FPR 2008, 442; Löhnig/ Heiß, FamRZ 2009, 1101, 1103) und beschränkt die Klauselpflicht noch weiter (a. A.: Zimmermann (wie Fußn. 8), Rn. 132 : § 86 Abs. 3 gilt auch für einstweilige Anordnungen).

lung vorzunehmen ist oder ein Dulden oder Unterlassen erzwungen werden soll, erfolgt die Zwangsvollstreckung nunmehr nach den Vorschriften der ZPO (§ 95 Abs. 1 FamFG). Das Gericht kann aber bestimmen, dass an Stelle der an sich nach §§ 883, 885 - 887 ZPO durchzuführenden Vollstreckung Maßnahmen nach § 888 ZPO (– also Zwangsgeld –) verhängt werden (§ 95 Abs. 3 FamFG). Hier ist das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit deutlich flexibler als die ZPO, die die Vollstreckungsmöglichkeiten immer scharf trennt⁴⁴.

IV. Problemfälle der Vergangenheit

Im Folgenden seien abschließend aus dem so definierten „einstweiligen Rechtsschutz“ zwei Beispiele aus ganz unterschiedlichen Rechtsgebieten herausgegriffen, die in der Vergangenheit im FGG-Verfahren aus sehr unterschiedlichen Gründen erhebliche Schwierigkeiten bereitet und die Beteiligten deshalb dazu veranlasst hatten, insoweit nach parallelen Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes nach der ZPO zu suchen, also unter Umständen zweigleisig im Verfahren der freiwilligen und im Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit vorzugehen. Diese beiden Beispiele sollen darauf hin untersucht werden, inwieweit diese Schwierigkeiten im neuen Recht noch bestehen.

1. Einstweiliger Rechtsschutz gegen einen unrichtigen Erbschein

Ist ein unrichtiger oder vermeintlich unrichtiger Erbschein in Umlauf, kann derjenige, der sich für den wahren Erben hält, die Einziehung dieses Erbscheins beim Nachlassgericht nur anregen. Das Erbscheineinziehungsverfahren nach § 2361 BGB ist ein Amtsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nach bisherigem Recht mussten Anregungen im Amtsverfahren nicht beschieden werden. Griff das Nachlassgericht die Anregung nicht auf, so war die Angelegenheit beim Nachlassgericht erledigt.

44 Siehe hierzu: BGH, WuM 2009, 142 und BGH, NZM 2007, 852.

Es hing auch allein vom Nachlassgericht ab, ob es innerhalb eines von ihm selbst eröffneten Einziehungsverfahrens von Amts wegen eine einstweilige Anordnung auf vorläufige Hinterlegung des Erbscheins beim Nachlassgericht erließ⁴⁵ oder nicht⁴⁶. Eine solche vorläufige Hinterlegung ist keine Einziehung des Erbscheins, führt also nicht zu dessen Kraftlosigkeit und beseitigt nicht die Wirkungen des § 2366 BGB⁴⁷, für die es ja keiner Einsichtnahme in den Erbschein, ja noch nicht einmal der Kenntnis vom Erbschein⁴⁸ bedarf. Man könnte deshalb schon am Rechtsschutzinteresse für eine solche Anordnung zweifeln. Sie bringt aber in der Praxis durchaus einen gewissen Schutz, da vorsichtige Erwerber sich häufig von sich aus den Erbschein werden vorlegen lassen und zudem dessen Vorlage bei Grundbucheintragungen unerlässlich ist. Eine einstweilige Anordnung gar, über den Nachlass oder bestimmte zum Nachlass gehörende Gegenstände vorläufig nicht zu verfügen, kam mangels gesetzlicher Grundlage für ein solches Verfügungsverbot überhaupt nicht in Betracht⁴⁹.

Der vermeintlich richtige Erbe war deshalb zwar nicht rechtlos; es verblieb ihm ja noch die Möglichkeit, im für ihn deutlich kostengünstigeren, regelmäßig auch zeitaufwendigeren streitigen Zivilprozess den Erbscheinsbesitzer auf Herausgabe des Erbscheins gem. § 2362 Abs. 1 BGB zu verklagen. Die ZPO ermöglichte es ihm dann auch, beim Prozessgericht eine einstweilige Verfügung nach §§ 935, 938 zu erwirken, dass der Erbscheinsinhaber die ihm erteilte Erbscheinsausfertigung bei Gericht zu hinterlegen habe. Zudem konnte er im Verfügungsverfahren, wenn die Veräußerung von Nachlassgegenständen akut drohte, gegen den Erbscheinbesitzer auch ein vorläufiges Veräußerungs- und Verfügungsverbot erwirken.

45 OLG Köln, FamRZ 1990, 303; BayObLG, FamRZ 1993, 116.

46 BGHZ 40, 54, 59 sah eine derartige einstweilige Anordnung noch als unzulässig an.

47 BGHZ 33, 317; BGHZ 40, 54, 60; PWW-Deppenkemper, BGB, 4. Aufl., § 2361 BGB Rn. 10.

48 PWW-Deppenkemper (wie Fußn. 47), § 2366 BGB Rn. 2.

49 Schopp, Rpfleger 1983, 264.

Hier hat nun das FamFG die Rechtslage ein wenig verändert: Auch der im Amtsverfahren nur Anregende *ist* auf seine Anregung hin zu unterrichten, falls ihr nicht stattgegeben wird (§ 24 Abs. 2 FamFG). Das zwingt das Gericht, sich intensiver mit der Anregung zu befassen und nicht sogleich auf den möglichen streitigen Zivilprozess zu verweisen⁵⁰. Eine allgemeine Untätigkeitsbeschwerde⁵¹ ist allerdings – und das aus gutem Grunde – auch im FamFG nach wie vor nicht vorgesehen⁵².

Die Möglichkeiten des Inhalts einer einstweiligen Anordnung, – soweit das Gericht eine solche von Amts wegen zu erlassen beabsichtigt –, sind durch das FamFG deutlich erweitert worden: § 49 Abs. 2 FamFG enthält jetzt die Möglichkeit, Verfügungsverbote über Gegenstände zu erlassen. Diese Verfügungsverbote sind nicht eng und ausschließlich auf den im Streit befindlichen Gegenstand beschränkt – dies wäre streng genommen hier ja nur der Erbschein. Es muss genügen, dass der Erbscheinbesitzer mit Hilfe des Erbscheins über konkrete Nachlassgegenstände verfügen will⁵³. Hierzu bedarf es der Glaubhaftmachung, dass der noch durch den Erbschein legitimierte Scheinerbe solche Verfügungen in naher Zukunft beabsichtigt. Handelt es sich bei dem Nachlassgegenstand um ein Grundstück, ist ein solches Verfügungsverbot – wenn es erlassen wurde – immerhin im

50 Eine solche Verweisung wurde im Übrigen schon bisher als unzulässig angesehen: Bamberger/Roth/Siegmann/Höger, 2. Aufl. 2008, § 2361 BGB Rn. 11.

51 Ausführlich hierzu: Keidel/ Meyer- Holz, FamFG (wie Fußn. 4), Anh. § 58 FamFG Rn. 65 – 72. Zur Untätigkeitsbeschwerde im Familienrecht, insbesondere im Umgangsrecht, wo ihr wichtigster Anwendungsbereich liegt: Vogel, FPR 2009, 165.

52 In der Untätigkeit kann aber im Einzelfall ein Verfassungsverstoß liegen: BVerfG, FamRZ. 2004, 689; BVerfG, 1 BvR 3171/08, BeckRS 2009 38687; BVerfG, 1 BvR 1304/09, BeckRS 2009 39460; OLG Frankfurt, OLGR 2009, 183. Zu den gesetzgeberischen Schwierigkeiten, die verhindert haben, dass ein Gesetz, durch das die Untätigkeitsbeschwerde allgemein in begrenztem Rahmen eingeführt wird, bisher zustande kam: *Steinbeiß- Winkelmann*, ZRP 2007, 177.

53 Wie hier: Keidel/Zimmermann (wie Fußn. 4), § 353 FamFG Rn. 4; a. A. insoweit: Brehm (wie Fußn. 7), § 23 Rn. 13, der den Erben insoweit wieder nur auf eine einstweilige Verfügung im Rahmen des § 2362 BGB verweist.

Grundbuch eintragbar⁵⁴.

2. Auskunftserteilung nach §§ 51a, 51b GmbHG im Eilverfahren

Nach § 51a Abs. 1 GmbHG hat jeder einzelne Gesellschafter der GmbH unabhängig von der Höhe seiner Einlage ein umfassendes Auskunfts- und Informationsrecht⁵⁵ in den Angelegenheiten der Gesellschaft, das ihm sowohl die sachgerechte Ausübung seines Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung ermöglichen als auch seinem mitgliedschaftlichen Eigeninteresse hinsichtlich der Bewertung und Verwertung seines Gesellschaftsanteils dienen soll⁵⁶ und dem nur unter engen Voraussetzungen (§ 51b Abs. 2 GmbHG) nicht entsprochen werden muss⁵⁷. Verweigert der Geschäftsführer einem GmbH- Gesellschafter eine von diesem verlangte Information, kann der Gesellschafter sein Recht im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach §§ 51b GmbHG, 132, 99 AktG gerichtlich durchsetzen. Gerade im Rahmen der Bewertung und Verwertung des Gesellschaftsanteils kann im Einzelfall erheblicher Zeitdruck bestehen. Hier fragt sich, ob im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes jedenfalls einzelne Auskünfte und Informationen vorab erzwungen werden können. Bisher wurde dies unter Geltung des FGG ganz überwiegend verneint⁵⁸.

Zum einen wurden gegen die Zulässigkeit einstweiligen Rechtsschutzes im Auskunftserzwingungsverfahren die Argumente vorgebracht, die auch im Verfahren

54 Schuschke/Walker (wie Fußn. 23), § 938 Rn. 31 mit weiteren Nachweisen.

55 Einzelheiten: Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbH-Gesetz, 18. Aufl. 2006, § 51a GmbHG Rn. 5, 10 – 12, 14.

56 OLG Hamm, OLGR 2008, 496.

57 OLG Frankfurt, OLGR 2008, 689.

58 Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O. (wie Fußn. 62), § 51b GmbHG Rn. 10; Scholz/K. Schmidt, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 10. Aufl. 2007, § 51b GmbHG Rn. 32. A.A. (einstweilige Anordnungen im Einzelfall möglich): Schuschke/Walker (wie Fußn. 15), vor § 935 ZPO Rn. 75; wiederum A.A. (einstweiliger Rechtsschutz uneingeschränkt unter den allgemeinen Voraussetzungen möglich): Emde, ZIP 2001, 820, der allerdings insoweit im FGG- Verfahren § 935 ZPO analog heranziehen wollte.

der einstweiligen Verfügung gegen Auskunftsverfügungen vorgebracht werden: Da eine einmal erteilte Auskunft nicht wieder „zurückgegeben“ werden kann, sollte der Auskunftsanspruch in Wahrheit nicht begründet sein, widerspreche es grundsätzlich dem Zweck des – nur – einstweiligen Rechtsschutzes, einstweilige Verfügungen mit dem Gebot, Auskunft zu erteilen, zuzulassen⁵⁹. Dennoch werden auch solche einstweiligen Verfügungen (als Befriedigungsverfügungen –) im Einzelfall dann erlassen, wenn dem Gläubiger anders gar kein Rechtsschutz in einer Frage, die für ihn existenzielle Bedeutung hat, gewährt werden kann⁶⁰. Der Gesetzgeber hat diesen Gedanken in verschiedenen Sondergesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes und des Schutzes des geistigen Eigentums in Fällen „offensichtlicher Rechtsverletzung“ sogar ausdrücklich geregelt, so in §§ 19 Abs. 7 MarkenG, 24b Abs. 7 GebrMG, 140 b Abs. 7 PatG, 101 Abs. 7 UrhG. Das Argument, dass eine Auskunftsanordnung die Hauptsache irreversibel vorwegnehme, dürfte deshalb auch im FamFG -Verfahren, wenn die schnelle Auskunft für den Gesellschafter von existenzieller Bedeutung ist, kein unüberwindbares Hindernis mehr sein. Nach der weitgehenden Annäherung des ZPO-Verfahrens und des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit muss neben der Sicherungs- und der Regelungsanordnung in den gleichen engen Grenzen wie bei der einstweiligen Verfügung nun auch die Befriedigungsanordnung möglich sein.

Das zweite Argument, im Auskunftserzwingungsverfahren nach § 51b GmbHG sei ein einstweiliger Rechtsschutz generell nicht möglich, da das FGG-Verfahren als solches vom Gesetzgeber 1980 schon als „Eilverfahren“ gegenüber dem ursprünglich einmal allein gegebenen ZPO-Verfahren eingeführt worden und eine

59 Beispielhaft: Ahrens/Jestaedt, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl., Kap.56 Rn. 10; Ahrens/Spätgens, Einstweiliger Rechtsschutz und Vollstreckung in UWG-Sachen, 4. Aufl., Rn. 46; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 22. Aufl., vor § 935 Rdn. 53; Zöller/Vollkommer, 27. Aufl., § 940 ZPO Rn. 8 „Auskunft“; KG, GRUR 1988, 403; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 640.

60 Beispielhaft: OLG Karlsruhe, NJW 1984, 1905; KG, GRUR 1988, 403; LAG Nürnberg, NZA-RR 1997, 188; Ahrens/Jestaedt (wie Fußn. 59), Kap. 56 Rdn.10; Berger/Boemke, Der einstweilige Rechtsschutz, Kap. 5 Rdn.62; Musielak/Huber, ZPO, 7. Aufl., § 940 ZPO Rdn. 18.

weitere „Beschleunigung“ nicht gewollt sei⁶¹, es liege insoweit am Gericht, das Hauptsachverfahren beschleunigt durchzuführen, kann jedenfalls heute, wo der Gesetzgeber in den §§ 49 ff FamFG die allgemeine Möglichkeit isolierten einstweiligen Rechtsschutzes für alle Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgesehen hat, keine Gültigkeit mehr beanspruchen.

Es kann also festgehalten werden, dass nach Inkrafttreten des FamFG in geeigneten Fällen, in denen der Erfolg des Antragsstellers im Hauptsacheverfahren überwiegend wahrscheinlich ist, einstweiliger Rechtsschutz durch einstweilige Anordnung, dass die Auskunft oder, wenn eine solche Einschränkung in der Sache durchführbar ist, genau umschriebene Teile der gewünschten Auskunft zu erteilen seien, möglich ist. Damit erübrigt sich der früher eingeschlagene Weg, neben § 51a GmbHG als Anspruchsgrundlage krampfhaft weitere Anspruchsgrundlagen für den Auskunftsanspruch im BGB oder gar in allgemeinen Rechtsprinzipien zu suchen, für die das FGG-Verfahren nicht galt, um dann zu versuchen, Eilrechtsschutz durch einstweilige Verfügung nach der ZPO zu erlangen.

3. Zwischenergebnis

Die beiden kurzen Beispiele zeigen, dass die weitgehende Angleichung des einstweiligen Rechtsschutzes in den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit an den einstweiligen Rechtsschutz der ZPO in bestimmten Fällen einiges erleichtert, wenn auch sicher nicht alle Probleme löst.

V. Zusammenfassung

Insgesamt lässt sich zum neuen FamFG festhalten: Es ist bei diesem Gesetz nicht anders als bei den meisten ein altes, als unzureichend empfundenenes Gesetz ablösenden Reformgesetzen: Einige Probleme sind nunmehr zufrieden stellend gelöst, andere lassen sich jedenfalls leichter als bisher lösen. Viele andere alte Probleme

61 Scholz/K. Schmidt, a.a.O. (wie Fußn. 58), § 51 b GmbHG Rn. 32.

überleben die Reform, stellen sich im neuen Recht also unverändert weiter. Hinzutreten neue Probleme, die sich oft gerade aus der Ablösung alter Probleme ergeben. Was für das FamFG insgesamt gilt, gilt auch, wie mir hoffentlich darzustellen gelungen ist, für den Teilbereich des einstweiligen Rechtsschutzes. Die konstruktive Phantasie von Rechtssprechung und Rechtslehre bleiben also unvermindert herausgefordert.

Antrittsvorlesung von Prof. Dr. Stephan Eilers am 5. Februar 2010: „Das neue Sanierungssteuerrecht – ein wirksamer Beitrag zur Krisenbewältigung?“

I. Einleitung

Der Steuergesetzgeber und vor allem die Steuerpolitiker sind uns weit voraus. Dies geschieht im Steuerrecht selten. Die aktuelle Finanz- und Wirtschaftskrise¹ liegt in der Steuerpolitik hinter uns. Wir streiten über die Höhe zukünftiger Steuerentlastungen – jedenfalls bis zu der nächsten Landtagswahl in diesem Bundesland² nur noch der Höhe nach. Nach der nächsten Steuerschätzung soll dann entschieden werden.

Der Gesetzgeber des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes sieht es ähnlich – dort werden die Weichen gestellt für ein „beschleunigtes Wachstum“ auch durch steuerliche Vorschriften. Zwar stellt der Gesetzgeber fest, dass die „Folgen der schwersten Finanz- und Wirtschaftskrise seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland noch nicht überwunden sind“, aber das Gesetz soll „den Einbruch des wirtschaftlichen Wachstums so schnell wie möglich überwinden und neue Impulse für einen stabilen und dynamischen Aufschwung setzen“³. Dies soll durch die Krisenbewältigungsvorschriften dieses Gesetzes geschehen.

- 1 Fuest, WPG 2010 S. 9 ff. zu Verlauf und Ursachen der Finanzkrise s. Bartsch, NJW 2008, 3337 und „Chronologie der Finanzkrise“ unter [www.spiegel.de](http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,578642,00.html) (<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,578642,00.html>); Auswirkungen der Krise: Rückgang des Bruttoinlandsprodukts in 2009 um 5% (Quelle: Pressemitteilung Nr. 012 des Statistischen Bundesamtes Deutschland vom 13.1.2010); erwarteter Anstieg des Bruttoinlandsprodukts für 2010 um 1,6 % (Quelle: Jahresgutachten 2009/10 des Sachverständigenrats Wirtschaft vom 13.11.2009, S. 61); erwarteter Aufwärtstrend für 2010 in vielen Branchen (Quelle: Pressemitteilung des IW Köln vom 29.12.2009 zur IW-Verbands Umfrage in 44 Wirtschaftsverbänden);
- 2 Kröter, Thomas, Sehnsucht nach CDU pur in: Frankfurter Rundschau vom 12. Januar 2010, S. 2.
- 3 Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums (Wachstumsbeschleunigungsgesetz) – BT-Drs. 17/15 vom 9. November 2009.

Aber können wir zur steuerpolitischen Tagesordnung übergehen und uns wieder um Tarife, Fundamentalreformen und bzw. auf Bierdeckeln streiten?

Fahren wir dann nicht auf einer steuerpolitischen Titanic, die gerade an dem ersten Eisberg vorbeigeschrammt ist und mit den verbliebenen Heizkesseln wieder volle Fahrt aufnimmt in einem Polarmeer voller Eisberge – steuerrechtlich gesprochen – voller unbewältigter Sanierungsfälle, und um im Bild zu bleiben, deren Rettungsboote nicht ausreichen, um diesen neuen Gefahren im Ernstfall wirksam zu begegnen?

Wir wollen uns das Sanierungssteuerrecht genauer anschauen. Dies geschieht in vier Schritten:

1. In einem ersten Schritt soll eine Klärung des Begriffs des Sanierungssteuerrechts versucht werden und der Bereich, den dieses umfasst, abgesteckt werden. Denn es gibt – wen wundert dies im Steuerrecht – kein systematisch geschlossenes Steuerrecht für Sanierungssituationen, sondern nur eine Vielzahl von Einzelvorschriften, die mehr schlecht als recht zusammenwirken.

2. In einem zweiten Schritt gilt es, zu sehen, welche Situationen durch steuerliche Vorschriften bewältigt werden sollen und in welcher Weise das bisherige Sanierungssteuerrecht sich in drei Krisensituationen bewährt:

- Der Zufuhr neuen Eigenkapitals bzw. des Verzichts auf Verbindlichkeiten;
- der Behandlung von Verlustvorträgen und
- der notwendigen Planungssicherheit, d.h. gewährt unser Sanierungssteuerrecht schnell und sicher einen Einstieg in möglicherweise bestehende Privilegien.

Gerade zu diesem letzten Punkt, der in der Praxis immer wieder zu Schwierigkeiten führt, werden wir uns die Parallelsituation in dem amerikanischen Steuerrecht

und dort die Verknüpfung des Chapter 11 Gläubigerschutzverfahren mit seinen steuerlichen Implikationen genauer anschauen. Dabei gehen wir insbesondere auch der Frage nach, ob das timing steuerlicher Rettungsmaßnahmen ausreichend mit den insolvenzrechtlichen Vorgaben/Gesellschaftsrecht/MoMiG/BilMog koordiniert ist (kommen andere Passagiere besser und schneller in die (Steuer-)Rettungsboote?).

3. In einem dritten Schritt werden wir fragen, ob der Gesetzgeber das Sanierungssteuerrecht in seinen erkannten Defiziten weiter verbessern kann oder ob ihm dabei verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt sind.

4. Wir werden nicht umhin kommen, unser Schiff am Ende dieser Veranstaltung zu überholen; vieles kann allerdings mit Bordmitteln geschehen. Diese Verbesserungsvorschläge stehen am Ende dieser Vorlesung.

II. Sanierungssteuerrecht – was ist das?

1. Begriff des Sanierungssteuerrechts

Das Steuerrecht kennt bisher keine systematische Begriffsbestimmung des Sanierungssteuerrechts. (im „Tipke/Lang“⁴⁴ – dem nicht nur maßgeblichen Kölner Steuerrechtsbuch sondern auch seinem maßgeblichen Stichwortverzeichnis findet sich das Stichwort nicht.) Aus der Literatur und gesetzgeberischen Praxis der letzten zwei Jahre lässt sich aber eine solche Definition erkennen⁵; wir könnten es für heute einmal mit der folgenden Definition versuchen:

„Sanierungssteuerrecht beschreibt diejenigen steuerrechtlichen Vorschriften, die Regeln für die Unternehmenskrise und ihre Bewältigung enthalten.“

4 Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl., Köln 2010.

5 S. Begründung des Gesetzesentwurfes zum Finanzmarktstabilisierungsgesetz, BT-Drs. 16/10600; Begründung des Gesetzesentwurfes zum Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung in der Form der Stellungnahme des Bundesrates vom 3. April 2009, BT-Drs. 16/12674; Begründung des Gesetzesentwurfes zum Wachstumsbeschleunigungsgesetz, BT.-Drs. 17/15.

2. Einzelne Regelungen des geltenden Sanierungssteuerrechts

a) Sanierungserlass

Dazu zählt der bisher bekannte Sanierungserlass⁶; eingeführt als Ersatzvorschrift zu § 3 Nr. 66 EStG (die Diskussion um rechtsstaatliche Unbedenklichkeit wollen wir hier nicht vertiefen⁷) regelt die mögliche Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen. Sanierungsgewinne sind solche Gewinne, die entstehen, wenn ein Gläubiger auf eine Forderung gegenüber der Krisengesellschaft verzichtet. Diese Gewinne bleiben unter dem Sanierungserlass steuerpflichtig, jedoch erlaubt es der Sanierungserlass, nach Billigkeitsgesichtspunkten und aufgrund eines Stundungs- oder Erlassantrages des Steuerpflichtigen die Steuerschuld zu stunden bzw. zu erlassen, allerdings erst nach Verrechnung des Sanierungsgewinnes mit allen Verlusten und Verlustvorträgen, wobei die Begrenzung der Mindestbesteuerung keine Rolle spielt. Dabei haben wir mit der Handhabung dieser Erlasskompetenz häufig Schwierigkeiten in der Praxis, weil diese für die Körperschaftsteuer bei den Finanzbehörden und für die Gewerbesteuer bei den – meist vielen – unterschiedlich betroffenen Gemeinden liegt. Es gibt keine verlässliche Vorgabebindung zwischen diesen.

b) Die Behandlung von Verlustvorträgen

aa) § 8 Abs. 4 KStG

Im Bereich der Verlustvorträge gab es unter Geltung der alten Mantelkaufvorschrift des § 8 Abs. 4 KStG eine „kleine“ Sanierungsausnahme, nach der die wirtschaftliche Identität eines Unternehmens – und die ist die Voraussetzung unter

6 BMF-Schreiben vom 27. März 2003 – VI A 6 – S 2140 – 8/03, BStBl. I 2003, 240.

7 FG Köln v. 24.4.2008 – 6 K 2488/06, BB 2008, 2666; ja; FG München v. 12.12. 2007 – 1 K 4487/06, DStR 2008, 1687: nein; aus der Praxis – so z.B. auch Landesfinanzministerium NRW – *Knebel*, DB 2009, 1094, 1097; Bindung der Gemeinden an Erlasspraxis manchmal schwierig, schon deshalb gesetzliche Grundlage wünschenswert, vgl. auch *Eilers/Bühning* StuW 2009, 253.

dem alten § 8 Abs. 4 KStG – durch die Zuführung neuen Betriebsvermögens nicht beeinträchtigt wurde, wenn diese „allein der Sanierung des Geschäftsbetriebs dient, der den verbleibenden Verlustvortrag im Sinne des § 10 d Abs. 4 Satz 2 EStG verursacht hat. Die Körperschaft muss weiterhin den Geschäftsbetrieb in einem nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse vergleichbaren Umfang in den folgenden fünf (! – wer macht das heute schon?) Jahren fortführen“. Die Alt-Regelung des § 8 Abs. 4 KStG findet gegebenenfalls auch heute noch – neben § 8c KStG – für eine Übergangszeit Anwendung (d.h. wenn mehr als der Hälfte der Anteile in einem Zeitraum von fünf Jahren übertragen werden, der vor dem 01.01.2008 beginnt, und der Verlust der wirtschaftlichen Identität vor dem 01.01.2013 eintritt, § 34 Abs. 6 S. 3 KStG).

bb) § 8c KStG – 2008 – zunächst ohne Sanierungsklausel

Noch in die Zeit des wirtschaftlichen Aufschwungs fiel die Unternehmenssteuerreform 2008. Im Rahmen dieser Reform wurde als Gegenfinanzierungsmaßnahme zum 1.1.2008 die Norm des § 8c KStG eingeführt, die zu einer sehr scharfen Begrenzung der Nutzung von Verlusten nach Anteilseignerwechseln führte (und weiterhin führt). Diese Regelung enthielt zunächst keine Ausnahme für Sanierungsausnahmen. Sie wirkt aber gerade in solchen Situationen besonders drastisch. In Zeiten wirtschaftlicher Prosperität stellte der Gesetzgeber aber diese Bedenken hinten an und verwies lediglich auf den (völlig unzureichenden) Sanierungserlass⁸.

cc) § 14 Abs. 3 Finanzmarktstabilisierungsg

Dann aber kam die Finanzmarktkrise Ende September 2008⁹. Im Rahmen des Fi-

⁸ Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 76.

⁹ Besonders zu erwähnen in diesem Zusammenhang: der sog. „Schwarze Montag“ am 15. September 2008: Lehman Brothers muss Insolvenz anmelden, Merrill Lynch wird aufgekauft und AIG braucht Überbrückungskredite in Milliardenhöhe; Quelle: „Chronologie der Finanzkrise“ unter www.spiegel.de (<http://www.spiegel.de/wirtschaft/>

nanzmarktstabilisierungsgesetzes¹⁰ wurde die erste „neue“ steuerliche Sanierungsvorschrift geschaffen, eine Verlustvortragsausnahmeregelung als Bereichsausnahme für staatlich gestützte Banken¹¹. § 14 Abs. 3 Finanzmarktstabilisierungsgesetz regelt, dass die Verluste von Banken trotz Anteilseignerwechsel erhalten bleiben, wenn der Erwerb und der Rückerwerb von Anteilen an diesen Banken durch den Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (SoFFin) erfolgt. Nach der Gesetzesbegründung wird hierdurch das Ziel des Gesetzes unterstützt, „die Finanzmärkte zu stabilisieren“. Der Gesetzgeber hat demnach die Verlustabzugsbeschränkung des § 8c KStG als ein Sanierungshindernis in Krisensituationen erkannt; das Finanzmarktstabilisierungsgesetz beseitigt dieses Hindernis für Bankensanierungstransaktionen, die durch die öffentliche Hand finanziert werden¹². Wir finden hier also eine steuerrechtliche Sanierungsvorschrift, die Rettungen durch die öffentliche Hand von Banken privilegiert – weil eben deren Verlustvorträge erhalten bleiben.

dd) Einführung einer Sanierungsklausel (1. Versuch) in § 8c Abs. 1a KStG

Banken sind also – in der Krise – sanierungsprivilegiert, jedenfalls steuerrechtlich. Dies zeigt auch ein Vergleich mit der allgemeinen Sanierungsklausel des § 8c KStG, die für die Behandlung von Verlustvorträgen in Krisensituationen durch das Bürgerentlastungsgesetz Mitte 2009 – zunächst zeitlich beschränkt, jetzt durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz zeitlich unbeschränkt –

[0,1518,578642,00.html](#).

10 S. hierzu *Eilers/Bühning*, DStR 2009, 137, 139; *Gosch/Gröger/Schuck*, DB 2008, 2668; *Rodewald*, BB 2009, 356; *Becker/Mock*, DB 2009, 1055.

11 Diese Ausnahmeregelung ist nur zu verstehen im Hinblick auf die Neukonzeption des § 8 c KStG. Gegen diese vielfach kritisierte Regelung, die Verluste bei Anteilseignerwechseln generalklauselartig entfallen lässt wirklich überzeugend *Thiel*, FS Schaumburg, 2009, 515, 538.

12 Erweiterung dieser Bereichsausnahme im Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung auf andere inländische Gebietskörperschaften oder von diesen errichtete Rettungsinstitutionen, die mit dem SoFFin vergleichbar sind.

eingeführt wurde. Dieses Alters- oder Spätwerk der Großen Koalition wollte die Verluste von Steuerpflichtigen in Krisensituationen ebenfalls vor dem vernichtenden Zugriff des § 8c KStG schützen – wie die Gesetzesmaterialien deutlich zum Ausdruck bringen:

“Wenn der Verlustvortrag nur in den Fällen erhalten bleibt, in denen der Anteilseigner seine Anteile behält und ggf. weiter versucht, aus eigener Kraft die Situation zu meistern, verschleppt dies rechtzeitige und effiziente Sanierungsbemühungen unter neuer Führung.

Gelingt der Anteilseignerwechsel trotzdem und beginnen sich erste Sanierungserfolge einzustellen, entziehen die Steuerzahlungen wegen des Verlustwegfalls sofort wieder Liquidität in der beginnenden Gewinnphase, die dann nicht mehr für die abschließenden Sanierungsbemühungen zur Verfügung steht. Diese Liquidität benötigen Unternehmen vielfach dringend, um die in der Verlustphase aufgenommenen Kredite zu bedienen.“¹³

Allein, die hehren Intentionen des Gesetzgebers sind in den Fluren des Berliner Bundesfinanzministeriums zu einer Nadelöhr-Ausnahme verblüht, die – um in unserem Ausgangsbild zu bleiben – nur ganz wenige Passagiere würde retten können.

Der neue § 8c Abs. 1a KStG – schon die Doppelung der Buchstaben 8c und 1a lässt erahnen, dass hier keine neue Grundsatzregel geschaffen werden sollte – privilegiert nur dann den Einstieg von Neuinvestoren, wenn das Wasser das Rettungsboot schon von Deck spült, nämlich nur dann, wenn der Erwerb zum Zweck der Sanierung erfolgt. Der Erwerb erfolgt nach dem Wortlaut von § 8c Abs. 1a KStG zum Zweck der Sanierung, wenn er zum **Zeitpunkt** der drohenden oder eingetretenen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung stattfindet. Dieser Zeitpunkt soll nach der Gesetzesbegründung dem Eintritt der „Krise“ nach den

13 Stellungnahme des Bundesrates vom 3. April 2009 zum Regierungsentwurf des Bürgerentlastungsgesetzes Krankenversicherung, BT-Drs. 16/12674.

Grundsätzen des Eigenkapitalersatzrechts vor Erlass des MoMiG¹⁴ entsprechen. Diese Anknüpfung an den zivilrechtlichen Krisenbegriff ist dem Steuergesetzgeber allerdings misslungen. Schon der Krisenbegriff vor Erlass des MoMiG war zumindest aus der Sicht des Steuerrechtlers schillernd¹⁵. Auf der anderen Seite enthält § 8c Abs. 1a Satz 2 KStG eine klare insolvenzrechtliche Anknüpfung, da er die steuerlichen Sanierungsprivilegien mit der Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung verbindet. Der insolvenzrechtliche Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit deckt sich zum Teil mit den „alten“ Grundsätzen des Eigenkapitalersatzrechts vor MoMiG. Der Überschuldungsbegriff ist ebenfalls insolvenzrechtlich angeknüpft (§ 19 Abs. 2 InsO) zuletzt geändert durch das Finanzmarktstabilisierungsg¹⁶. Überschuldung liegt demnach vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn die Fortführung des Unternehmens ist wahrscheinlich (positive Fortführungsprognose)¹⁷. Auch da hat sich der Steuergesetzgeber wahrscheinlich etwas übernommen – wenn eine positive Fortführungsprognose besteht, könnte dies sogar gegen die Sanierungsklausel sprechen, da der Beteiligungserwerb in diesem Fall nicht zum Zwecke der Sanierung erfolgen würde¹⁸. Dieser Zirkelschluss erscheint mir allerdings zu eng. Es scheint mir darauf anzukommen, dass man aufgrund der unterschiedlichen Zielrichtung von insolvenzrechtlicher Krisenbestimmung – Gläubigerschutz – und steuerrechtlichen Sanierungsprivilegien –

14 BT-Drs. 16/13429, S. 77.

15 Die Krise einer Gesellschaft setzte grundsätzlich deren Kreditwürdigkeit voraus, die gegeben war, wenn die Gesellschaft ihren Bedarf an Fremdkapital nicht mehr aus eigener Kraft zu marktüblichen Konditionen decken konnte. Dies war nicht zwingend eine insolvenzrechtliche Verschuldung oder eine Zahlungsunfähigkeit. Insoweit würde hier jedenfalls der Verweis aus den Gesetzesmaterialien einen früheren Anwendungszeitpunkt der Sanierungsprivilegierung – vorbehaltlich aller ihrer weiteren Voraussetzungen – stützen.

16 BGBl. I 2008, 1982.

17 Überschuldungsbegriff nunmehr befristet bis zum 31.12.2013 (zunächst Befristung bis zum 31.12.2010, nun verlängert durch das Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen v. 29.8.2009, BGBl. I, 3151).

18 Vgl. dazu *Ortmann/Babel*, DStR 2009, 2174.

Rückkehr zur Leistungsfähigkeit – einen maßgeblichen Sanierungszeitpunkt steuerrechtlich autonom bestimmen sollte; dies wird auch Aufgabe der Finanzverwaltungspraxis in diesem Bereich sein¹⁹.

Aus der Praxis ist hier sicherlich Wert darauf zu legen, dass die Privilegien des Sanierungssteuerrechts früher „zur Verfügung stehen“ als dies mit der insolvenzrechtlichen Anknüpfung und der unklaren gesellschaftsrechtlichen Anknüpfung geschieht. Denn nur so lässt sich in Sanierungssituationen schnell und rechtssicher ein Unternehmen retten, wenn man weiß welche steuerlichen Rechtsfolgen eintreten (und man nicht im Ergebnis von einer unsicheren Auskunft- oder Auslegungsverfahren abhängig ist). Dies ist besonders wichtig bei den „schnell wirkenden“ Maßnahmen, nämlich dem Darlehensverzicht des Gesellschafters/ Gläubigers oder der notwendigen Neutralität im Hinblick auf die Verlustvorträge beim Anteilseignerwechsel. Denn auch der neue Anteilseigner wird regelmäßig den Verzicht des Altgesellschafters auf die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen fordern. Diese planungssichere Eingriffsschwelle von sanierungsrechtlichen Steuerprivilegien – wie könnte man dieses Element besser erreichen? Kernproblem ist die Anknüpfungsfrage, d.h. an welche zivilrechtlichen Vorgaben und Situationen wird die steuerrechtliche Sanierungsprivilegierung geknüpft, die nach unserem vorläufigen Befund i.d.N. § 8c Abs. 1a KStG (gründlich) misslungen ist.

c) Rechtsvergleich hinsichtlich des Eingreifens des Sanierungssteuerrechts zum US-Recht

Das Chapter 11 ist Teil des US Bankruptcy Code und regelt eine besondere Form der Insolvenz, nämlich die Reorganisation einer Gesellschaft mit dem Ziel der Fortsetzung des Geschäftsbetriebs im Gegensatz zu ihrer Liquidation unter Gläubigerschutz. Wir haben die Wirkungsweise dieses Verfahrens jüngst am Beispiel bei General Motors gesehen und im Hinblick auf die Adam Opel GmbH auch

¹⁹ Vgl. *Braun* in Nehrlich/Römermann, InsO, Vorbemerkung vor §§ 217-269 InsO, Rn. 40 ff.

miterleben „dürfen“. Wichtig ist, dass das Chapter 11-Verfahren durch einen aktiven Akt, nämlich durch den Schutzantrag der betroffenen Krisengesellschaft „selbst“ eingeleitet wird (sog. Eigenantragsverfahren)²⁰. Dabei **reicht es** bereits aus, dass es dem **Unternehmen schlecht geht**; es bedarf **keines Insolvenzgrundes** wie im deutschen Recht²¹. In diesem Chapter 11 Verfahren ergeben sich dann aber die Steuerfolgen „automatisch“.

aa) Anknüpfung der Steuerfreiheit von „Sanierungsgewinnen“ im US-Recht an Chapter 11

Der Schuldner realisiert durch den vollständigen oder teilweisen Erlass einer Schuld einen Gewinn, der grundsätzlich der Besteuerung unterläge („Cancellation of Debt COD Income“). Befindet sich die Schuldnergesellschaft allerdings in einem Chapter 11-Verfahren, so ist dieses COD Income von der Besteuerung ausgenommen, d.h. steuerfrei.

Aber: Die Steuerbefreiung hat ihren Preis (ähnlich wie unter dem Sanierungserlass²²). Die Steuerbefreiung mindert die steuerlichen Merkmale, die sog. tax attributes der Krisengesellschaft. Zu den tax attributes gehören

- Verlustvorträge;
- Anrechnungsbeträge („tax credits“);
- die Verlustvorträge aus Veräußerungsgeschäften (dies liegt an dem speziellen amerikanischen Verlustvortragssystem, das eine spezielle Kategorie von capital losses kennt) und
- die Buchwerte der betroffenen Wirtschaftsgüter.

20 *Otte*, in Kübler/Prütting, Kommentar zur Insolvenzordnung, § 217, Rn. 19.

21 *Otte*, in Kübler/Prütting, Kommentar zur Insolvenzordnung, § 217, Rn. 19a.

22 Siehe Gliederungspunkt B. II. 1.

bb) Anknüpfung der Ausnahme von der Mantelkaufvorschrift im US-Recht an Chapter 11 (bankruptcy exception to sec. 382 IRC)

Daneben gelten „automatisch“ Vorschriften zur Begrenzung des „Mantelkaufs“ nicht, wenn die Gesellschaft bei dem eigentlich schädlichen Anteilseignerwechsel im Chapter 11-Verfahren sich befindet.

Zusätzlich ist erforderlich, dass Anteilseigner und Gläubiger der Gesellschaft, die bereits vor dem schädlichen Anteilseignerwechsel beteiligt waren, bzw. Forderungen gegen die Gesellschaft hatten im Anschluss an die Sanierung mehr als 50% der Stimmrechte und des Wertes der Schuldnergesellschaft halten (im Falle der Gläubiger nach Umwandlung der Forderungen gegen die Gesellschafter an dieser). Dies ist eine Missbrauchsregelung, die die Übertragung von Verlustvorträgen in Sanierungsfällen verhindern soll. Der bestehende Gesellschafter/Gläubigerbestand wird steuerlich privilegiert. Dabei werden allerdings nur solche Anteile berücksichtigt, die vollständig oder teilweise für Verbindlichkeiten hingegeben werden/umgewandelt werden, die bereits mindestens 18 Monate vor dem Chapter 11-Antrag gegenüber dem Gläubiger bestanden. Verluste aus der Zeit vor einem schädlichen Anteilseignerwechsel unterliegen nicht dieser Begrenzung.

Für unsere Überlegungen stellt sich die Frage, ob der Zeitpunkt zu dem das Rettungsboot zur Verfügung steht, unsicher bleibt, oder ob wir nicht ähnlich den amerikanischen Zivil-/Insolvenz-/Steuerrecht ein Konzept zur Verfügung stellen sollten, in dem eine Krisengesellschaft selbst zumindest einen Krisenstatus feststellen kann und der ihr dann automatisch die steuerrechtlichen Sanierungsprivilegien gibt, insbesondere die steuerfreie Zuführung von Eigenkapital (unter dem Verbrauch existierender Verlustvorträge ggfs.). Ein solches Wahlrecht böte die Chance, Sanierungssteuerrecht sicher schon bei einer schwerwiegenden Unternehmenskrise, die ggfs. noch nicht die insolvenzrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Anknüpfungsschwellen überschritten hat, zur Anwendung zu bringen. Neben allen technischen Problemen und Eingrenzungen erscheinen uns die An-

wendungsunsicherheit aber auch die Abhängigkeit von verschiedenen erlassgewährenden Stellen bzw. auskunftserteilenden Behörden eine Hauptschwäche unserer steuerlichen Sanierungsvorschriften. Wir werden auf den Punkt der einer möglichen Verbesserung der steuerlichen Sanierungsvorschriften durch die Gewährung eines Wahlrechts zur Anerkennung eines steuerlichen Krisenstatus noch einmal zurück kommen.

Kehren wir also zurück zu dem Bürgerentlastungsgesetz und der dort geschaffenen Sanierungsausnahme: Wir haben also ein Rettungsboot, in das nur besondere Passagiere einsteigen können, nämlich diejenigen, die die allgemeinen Rettungsbedingungen lesen, verstehen und vor allem bereit sind, sich über die nächsten 5 Jahre in diesem besonderen Rettungsboot aufzuhalten. Wir könnten jetzt eine weitere Stunde die engen Tatbestandsvoraussetzungen der neuen Regelungen diskutieren (Betriebsvereinbarung, Lohnsummenbegrenzung d.h. keinen signifikanten Arbeitnehmerabbau etc.). Dies möchte ich Ihnen ersparen, hinzuweisen ist nur darauf, dass dies alles extrem prüfungsanfällige Tatbestandsvoraussetzungen sind, insbesondere, wenn es „eng“ wird und schnelle Entscheidungen notwendig sind – schnelle und planungssichere Entscheidungen, die eben auch die Kriseninvestoren benötigen. Denn das nächste Sanierungssteuergesetz hat den § 8c Abs. 1 a wieder leicht verbessert. Wenn Sie sich also nicht wohl in diesem Rettungsboot fühlen, dann warten Sie auf das nächste Gesetz.

d) Sanierungsklauseln (2. Versuch) im Wachstumsbeschleunigungsg²³

Das Wachstumsbeschleunigungsg²⁴ hat zum einen – teilweise – krisenverschärfende Vorschriften aus dem Bereich der Unternehmensbesteuerung entschärft²⁵;

23 Scheunemann et al, BB 2010, 23 ff.; Roderburg/Schneider, FR 2010 S. 58 ff.; Scheipers/Lynn, UBG 2010, S. 8 ff.; Herzig/Bohn, DStR 2009, S. 2341 ff.; Ortman/Babel et al, 2009, 2173 ff.

24 Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums (Wachstumsbeschleunigungsgesetz) vom 22. Dezember 2009 – BGBl. I 2009, 3950.

25 Zu Änderungen bzgl. der Regelungen zur Zinsschranke s. Rödding, DStR 2009, 2649

diese Entschärfungen hätten sicherlich auch weitergehender etc. ausfallen können. Interessanter ist jedoch, dass das Sanierungskonzept des Bürgerentlastungsgesetzes erweitert worden ist. Die einzelnen Elemente sind:

aa) Einführung einer Konzernklausel im Hinblick auf die Verlustvorträge

Nach der neuen Konzernklausel im § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG liegt ein schädlicher, d.h. verlustvortrags“vernichtender“, Beteiligungserwerb nun nicht mehr vor, wenn an dem übertragenden und dem übernehmenden Rechtsträger dieselbe Person zu jeweils 100% mittelbar oder unmittelbar beteiligt ist. Nach der Gesetzesbegründung sollen dadurch alle Umstrukturierungen vom Tatbestand des § 8c ausgenommen werden, die ausschließlich innerhalb eines Konzerns erfolgen, an dessen Spitze zu 100% eine einzelne Person oder Gesellschaft stehen. Dies kann in Sanierungsfällen notwendige Umstrukturierungen erheblich erleichtern, selbst wenn es im Hinblick auf die Ausgestaltung der Konzernklauseln noch erhebliche praktische Bedenken gibt. Verluste können weiterhin innerhalb eines Konzerns nicht übertragen werden (d.h. keine Wiedereinführung der alten Verlustübertragungsregeln des 12 Abs. 3 UmwStG²⁶).

bb) Verschonungsbetrag in Höhe der vorhandenen stillen Reserven

Eine grundlegende strukturelle Änderung erfährt § 8c KStG auf der Rechtsfolgende Seite. Falls ein schädlicher Beteiligungserwerb vorliegt (d.h. weder Konzern noch Sanierungsklausel greifen ein), kommt es nicht mehr „automatisch“ zu einem anteiligen oder vollständigen Untergang der steuerlichen Verluste. Vielmehr bleiben diese steuerlich nutzbar, soweit die steuerlichen Verluste die stillen Reserven des inländischen Betriebsvermögens nicht übersteigen (§ 8c Abs. 1 S. 6 KStG n.F.). Mögliche europarechtliche Probleme bleiben außer Betracht, die sich aus

ff.; *Ortmann-Babel/Zipfel*, Ubg 2009, 813, 814 ff.; *Scheunemann/Dennisen/Behrens*, BB 2009, 23 f.; zu krisenverschärfenden Aspekten der Unternehmensteuerreform 2008 *Eilers*, FS Schaumburg, Köln 2009, S. 275 ff.

26 Vgl. zu Kritik dazu *Schneider/Roderburg* a.O. S. 60.

der Begrenzung der Verschonung nur des inländischen Betriebsvermögens ergeben.

cc) Dauerhafte Anwendung der Sanierungsklausel des § 8c Abs. 1a KStG

Wie bereits oben angesprochen, wird die Sanierungsklausel des § 8c Abs. 1a KStG nun dauerhaft angewendet, die zeitliche Begrenzung der Sanierungsklausel aus dem BürgerentlastungsG zum 31.12.2009 wird damit aufgehoben.

dd) Fazit zum WachstumsbeschleunigungsG hinsichtlich des Sanierungssteuerrechts

Das WachstumsbeschleunigungsG hat das Rettungsboot also vergrößert, vor allem durch die Verschonungsregelung im Hinblick auf stille Reserven bei einem ansonsten schädlichen Beteiligungserwerb. Wir sind also einen Schritt weiter gekommen, jedenfalls bei der Frage der Verschonung von Verlustvorträgen bei Sanierungssituationen – aber in Wirklichkeit sind wir wohl nur einen Schritt wieder auf den richtigen Weg einer am Prinzip der Leistungsfähigkeit orientierten Verlustübertragungsregelung zurück gekommen²⁷.

Damit habe ich Ihnen einen ersten Überblick über den Stand des Sanierungssteuerrechts gegeben.

III. Wie wirkt dieses Sanierungssteuerrecht in Sanierungssituationen?

Wie wirkt nun das dargestellte Instrumentarium in der Praxis?

Wir gehen dabei von einem typischen Fall aus, einem mittelständischen Betrieb zum Beispiel im Bereich der Automobilzuliefererindustrie, also eines Falles der sich unterhalb des Promenadendecks der presserelevanten Sanierungsfälle abspielt. Typisch war und ist in der Finanzmarktkrise 2009 das in diesem Unternehmen die

²⁷ Vgl. *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633 ff.

Nachfrage zusammenbrach, eine geringe Eigenkapitalquote vorhanden war und die Nach- bzw. Neufinanzierung des Unternehmens scheiterte. Die sog. „Kreditklemme“ traf und trifft bestehende Unternehmensfinanzierungen auf vielen Ebenen.

- Das Scheitern der Unternehmensfinanzierung war vielgestaltig; in der Finanzmarkt/ Wirtschaftskrise fehlte häufig ein gemeinsames Verständnis oder eine gemeinsame Bereitschaft zur fortgesetzten Finanzierung im Bankenkonsortium;
- Die sinkende Ertragskraft des Unternehmens führte in vielen Finanzierungsverträgen zu erheblichen Konditionenverschärfungen (Risiko „Zuschläge“).

Dann kam es auf zwei Stellschrauben an:

- Es muss im Regelfall eine Neuverhandlung der bestehenden Finanzierung erreicht werden. Die finanzierenden Banken verlangen dabei meist den Verzicht des Gesellschafters auf Gesellschafterdarlehen und dessen steuerlichen Folgen sind – wie gezeigt – nur auf Erlasswege steuerschonend zu erreichen. Damit stellen sich die Fragen der Unsicherheit einer verbindlichen Auskunft sowie der unterschiedlichen Zuständigkeit bei der Gewerbesteuer.
 - Ich berichte immer wieder gerne von einem Fall, in dem die Bank eine Nachfinanzierung davon abhängig machte, dass wir verbindliche Auskünfte bzw. Erlasszusagen für die Steuerfreiheit von Sanierungsmaßnahmen in zwei verschiedenen Bundesländern erreichen sollte und die Bank gleichzeitig unter dem Rettungsschirm des FinanzmarktstabilisierungsG agierte.

Die zweite Stellschraube ist die schnelle Zuführung von neuer Liquidität. Die meist mit einem Anteilseignerwechsel einhergeht. Damit stellt sich dann die prak-

tische Schwierigkeit der Rettungsklausel des § 8c Abs. 1a KStG. Die Anwendungsschwächen in beiden Konstellationen sind evident.

IV. Zwischenergebnis und Zusammenfassung der Forderungen

Als Zwischenergebnis lässt sich nach unserer praktischen Erfahrungen feststellen, dass wir insbesondere bei der **Sicherheit des Eingreifens des Sanierungssteuerrechts** praktische Schwierigkeiten und Nachbesserungsbedarf haben. Es muss in Krisenfällen früher Planungssicherheit darüber bestehen, dass ein Darlehensverzicht keine negativen steuerlichen Folgen hat und das ein notwendiger Anteilseignerwechsel ggfs. unter die Sanierungsausnahme des § 8c Abs. 1a fällt.

In diesem Rahmen sollte auch eine **gesetzliche Regelung der Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen** angestrebt werden. Die bisherige Regelung durch den Sanierungserlass ist zum einen rechtsstaatlich bedenklich, zum anderen bestehen erhebliche Nachteile in der Praxis durch die weiten Anwendungs-/ Ermessensspielräume (KöSteuer/Gewerbsteuer).

Wenn wir in diesen Bereichen Nachbesserungen unseres Sanierungssteuerrechts fordern, so stellt sich die Frage, ob der Steuergesetzgeber hier frei ist bei der Verbesserung der steuerlichen Regeln in Sanierungsfällen.

V. Verfassungsrechtliche Grenzen für eine Verbesserung des Sanierungssteuerrechts?

Eine abstrakte Analyse der verfassungsrechtlichen Grenzen für Maßnahmen des Steuergesetzgebers würde sie wahrscheinlich weitere 2 Stunden hier behalten – und in diesem Hörsaal sind wahrscheinlich berufenere Köpfe, dies zu erörtern, insbesondere mein akademischer Lehrer, Herr Professor Isensee.

Wir müssen zunächst einmal prüfen, wie die sanierungsrechtlichen Vorschriften systematisch zu qualifizieren sind, um sie dann einer verfassungsrechtlichen Beurteilung zugänglich zu machen. Die genannten Sanierungsvorschriften sind da-

bei eine komplexe Mischung zwischen **allgemeinen steuerrechtlichen Vorschriften** (wie der Verschonungsvorschrift für inländische stille Reserven) und **spezifischen Vorschriften**, die nur im Sanierungsfall greifen sollen. Wir haben es also nicht mit einer singulären steuerrechtlichen Privilegierung zu tun, sondern mit einem Zusammenspiel aus allgemeinen und spezifischen Vorschriften; dies macht eine verfassungsrechtliche Beurteilung auch komplex.

Systematisch sind diese Vorschriften – und hier wollen wir uns aus Vereinfachungsgründen auf die Sanierungsausnahmen bei den Verlustvorträgen beschränken – **Privilegierungen**. In bestimmten Situationen werden Verlustvorträge geschützt, die bei „normalen“ leistungsfähigen Steuerpflichtigen nicht geschützt werden. Dies geschieht aufgrund eines bestimmten Lenkungsziels des Steuergeetzgebers, das seinerseits verfassungsrechtlich verankert sein kann (aber nicht muss).

Die steuerrechtliche Privilegierung in Sanierungsfällen ist eine Durchbrechung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung. Sie ist nur dann verfassungskonform, wenn dem Lenkungsziel ein bestimmter verfassungsrechtlich bedeutsamer Stellenwert zukommt²⁸, der höher zu beurteilen ist als das Gebot einer gleichmäßigen Besteuerung.

Die sich gegenüberstehenden verfassungsrechtlichen Positionen sind dabei derart gegeneinander abzuwägen, dass beiden Positionen zur größtmöglichen Wirksamkeit verholfen wird.

- Auf der einen Seite steht die Gleichmäßigkeit der Besteuerung (die u.U. auch einen Schutz der Mitbewerber vor einer Verzerrung des Wettbewerbs durch „Subventionierung“ von Krisenunternehmen beinhaltet).
- Auf der anderen Seite stehen – sofern sie denn von Verfassungsrang sind

²⁸ *Birk*, Steuerrecht, 2009, Rz. 209; zum ganzen ausführlich *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 345 ff.

– die Lenkungsziele des Steuergesetzgebers. Ziel war es

- im Rettungsübernahmegesetz die Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte zu sichern, den Geschäftsverkehr zwischen den Finanzinstituten anzuregen und das Vertrauen in das Finanzsystem zu stärken,
- im Finanzmarktstabilisierungsgesetz die „volle Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte zu gewährleisten und das Finanzsystem zu stabilisieren“, indem „Liquiditätsengpässe überwunden und die Eigenkapitalbasis der Unternehmen [des Finanzsektors] gestärkt werden“²⁹;
- und schließlich im Wachstumsbeschleunigungsgesetz den „Einbruch des wirtschaftlichen Wachstums so schnell wie möglich zu überwinden und neue Impulse für einen stabilen und dynamischen Aufschwung zu setzen“³⁰.

Gemeinsames Ziel der sanierungsrechtlichen Vorschriften ist also der Erhalt von zukünftiger wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit und von Arbeitsplätzen. Dieses Ziel ist zunächst einmal verfassungsrechtlich zu billigen und kann in dem Sozialstaatsgebot verortet werden³¹.

Damit ist aber für die verfassungsrechtliche Frage, ob der Steuergesetzgeber auf verfassungsrechtliche Grenzen bei einer weiteren Verbesserung des Sanierungssteuerrechts stösst, noch nicht viel gewonnen. Es lassen sich aber m.E. aus den bisherigen Erfahrungen und Erkenntnissen hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Würdigung von Sanierungsvorschriften idealtypisch zwei Pole festhalten, die bezüglich ihrer Verfassungsmäßigkeit relativ klar erscheinen:

- Zum Einen hat die Diskussion um das Rettungsübernahmegesetz von

29 Begründung des Gesetzesentwurfs zum Finanzmarktstabilisierungsgesetz, BT-Drs. 16/10600.

30 Begründung des Gesetzesentwurfs zum Wachstumsbeschleunigungsgesetz, BT-Drs. 17/15.

31 BT-Drs. 16/10600; BT-Drs. 16/12100, BT-Drs. 17/15.

April 2009, das als ultima ratio die Enteignung der Hypo Real Estate Aktionäre³² vorsah, eine intensive verfassungsrechtliche Diskussion ausgelöst. Aus dieser Diskussion kann festgehalten werden, dass ein funktionierender Finanzmarkt mit einer Pluralität von Banken ein verfassungsrechtlich akzeptiertes öffentliches Interesse ist³³, das in dem Ausnahmefall eines (drohenden) funktionsunfähigen Kapitalmarktes (und damit auch der Gefahr der nachhaltigen Gefährdung der Realwirtschaft) auch Enteignungen als schwersten denkbaren Eingriff in die Eigentumsfreiheit rechtfertigt.

- Auf der anderen Seite stehen Sanierungsvorschriften, die dazu führen, dass letztlich im Wettbewerb gescheiterte Unternehmen am Leben gehalten werden ohne dass die Aussicht besteht, wieder in die Leistungsfähigkeit zurück zu kehren. Solche Sanierungen können schon aufgrund der Ungeeignetheit der Maßnahme zur Wiederherstellung einer **gesunden** Realwirtschaft m.E. nicht langfristig verfassungsrechtliche Billigung erzielen, ganz abgesehen davon, dass sie auch EU-rechtlich im Rahmen des Beihilfeverbotes kritisch zu sehen sind.

Lässt sich aus diesen beiden Polen der verfassungsrechtlichen Beurteilung etwas gewinnen für unsere Diskussion um Grenzen des steuergesetzgeberischen Gestaltungsspielraums in Sanierungssteuerrecht? Dafür müssten wir weiterhin klären, ob die hier in Fragestellung stehende Verschonung bei dem Erhalt von Verlustvorträgen sich in irgendeiner Form mit den verfassungsrechtlich akzeptierten Ziel des Erhaltes eines funktionierenden Finanzmarktes (FMStG) bzw. einer funktionierenden Realwirtschaft (WachstumsBIG) vereinbaren lässt – die Maßnahmen des Steuergesetzgebers also zur Erreichung des grundsätzlich verfassungsrechtlich zu billigenden Ziels geeignet sind.

32 Vgl. *Droege*, DVBl 2009, 1415 ff.

33 Vgl. *Bauer*, DÖV, 2010, 20 ff.

Die Commerzbank wäre sicherlich auch ohne die Vorschriften des § 14 Abs. 3 Finanzmarktstabilisierungsgesetz gerettet worden. Aber nach unserer Einschätzung von Rettungsoperationen ist der Erhalt von Verlustvorträgen aber ein Kernelement dieser Operationen. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt. Er qualifiziert in der Gesetzesbegründung des Finanzmarktstabilisierungsgesetz die Verlustabzugsbeschränkung in der Krisensituation als Sanierungshindernis. Dabei ist nicht einzusehen, warum diese Einschätzung nur für den Finanzmarktsektor gelten sollte; auch in der Realwirtschaft dürfte die drohende Vernichtung von Verlustvorträgen ein Sanierungshindernis sein. Eine andere Frage ist dann, ob eine Sanierungsausnahme in beiden Fällen gleichermaßen bei Abwägung der widerstreitenden Verfassungsinteressen erforderlich, geeignet und angemessen ist. Die Frage dürfte am Ende des Tages sein: Sind Finanzmarkt und Realwirtschaft in gleichem Maße (wenn nein, in welcher Abstufung) sanierungswürdig?

Nach meiner Einschätzung fordert es gerade der Gleichheitssatz (angewendet auf Unternehmen des Finanzmarktsektors einerseits und der Realwirtschaft andererseits), dass im Bereich der Verlustvorträge auch für „normale“ Sanierungsfälle ein geeignetes Instrumentarium zur Verfügung steht.

Wenn es auf der anderen Seite um die Gleichmäßigkeit der Besteuerung von Krisenunternehmen und ihren Mitbewerbern geht, so muss festgestellt werden, dass im deutschen Steuerrecht eine gleichmäßige Besteuerung immer eine solche **nach Leistungsfähigkeit** ist. Dies muss nicht nur zur Erzielung eines höheren Steueraufkommens (z.B. beim einkommensteuerrechtlichen Progressionsvorbehalt) gelten, sondern gerade auch im umgekehrten Fall, wenn ein Steuerpflichtiger durch eine Maßnahme verhältnismäßig stärker belastet ist als ein anderer Steuerpflichtiger. Dies ist bei den Krisenunternehmen (gleich ob solcher des Finanzmarktsektors oder der Realwirtschaft) der Fall: Ein Untergang der Verlustvorträge kann hier leicht den Untergang des Unternehmens bedeuten, während ein gesundes Unternehmen „nur“ eine höhere Steuerbelastung zu bewältigen hat, die seinen Ge-

winn schmälert.

Aber auch bei Untergang der Verlustvorträge, ohne dass sich das betreffende Unternehmen in einer Krisensituation befindet, muss die Frage gestellt werden, ob hierin nicht ein Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip – auch mit der Folge einer Substanzbesteuerung – liegt. Insofern bildet § 8c KStG gerade eine Ausnahme vom Prinzip der gleichmäßigen (!) Besteuerung nach Leistungsfähigkeit. Die Sanierungsausnahme ist insoweit keine Ausnahme, sondern die Rückkehr zur Regel. Die Frage nach einer möglichen Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes muss daher m.E. von vornherein in die andere Richtung gestellt werden. Nicht: Ist der Erhalt der Verlustvorträge in Krisensituationen gleichheitswidrig? Sondern vielmehr: Ist es gleichheitswidrig, dass nur bei einem Anteilseignerwechsel in Krisensituationen die Verlustvorträge nicht untergehen? Jedenfalls sollte doch die Rückkehr (!) zu einer gleichmäßigen (bezogen auf Situationen, in denen kein Anteilseignerwechsel stattfindet und einem Anteilseignerwechsel in einer Sanierungssituation) und leistungsgerechten Besteuerung über verfassungsmäßige Bedenken erhaben sein.

Auch eine rechtsvergleichende Betrachtung kann hier weitere Anhaltspunkte geben:

Im europäischen Vergleich zählt der Erhalt von Verlustvorträgen zum Kernbereich von Sanierungstransaktionen. Aus dem Vergleich des deutschen Rettungspaketes mit den Rettungspaketen anderer Staaten in Europa kann zwar keine unmittelbare Schlussfolgerung bezüglich der deutschen Verfassungsmäßigkeit gezogen werden, selbst wenn wir keine Diskussion um die Europarechtsoffenheit unserer Verfassung führen wollen. Auch dafür sind berufenere Köpfe hier im Auditorium.

Fast alle Rettungspakete der europäischen Nachbarn enthalten Regelungen, die in der ein oder anderen Weise Verlustvorträge zumindest in staatlich finanzierten Krisentransaktionen erhalten haben.

Wenn wir also sagen können, dass der Erhalt von Verlustvorträgen in staatlich finanzierten Sanierungstransaktionen eine gewisse und sicherlich auch erst in der Praxis zu verdeutlichende verfassungsrechtliche Legitimität hat, ist damit schon etwas für die Betrachtung von weiteren Verbesserungsmaßnahmen „im allgemeinen“ Sanierungssteuerrecht gewonnen? Sicherlich insoweit, als die Rechtfertigungsüberlegungen des Finanzmarkstabilisierungsg auch für die Realwirtschaft gelten sollten. Rettungsfähige Unternehmen sollen nicht durch eine übermäßige Beeinträchtigung ihrer Verlustvorträge ihrer Rettungschancen beraubt bzw. in ihren Rettungsmöglichkeiten beeinträchtigt werden. Damit blicken wir wieder auf die engen, oben geschilderten Anwendungsschwierigkeiten des § 8c Abs. 1a KStG, der zugegebenermaßen durch die neue Formulierung in § 8c Abs. 2 KStG erheblich erweitert worden ist, indem eben jetzt die inländischen stillen Reserven zur Verfügung stehen.

Will man an dieser Stelle ein Zwischenfazit ziehen – und ich freue mich auf die weitere Diskussion zu diesem Thema – besteht zwischen den beiden oben genannten Polen – nämlich der Verstaatlichung der HRE zur Rettung des deutschen Kapitalmarkts und der Subventionierung nicht lebensfähiger Unternehmen, deren verfassungsrechtliche Würdigung m.E. relativ klar ist, ein erheblicher Gestaltungsbereich, freilich innerhalb der Grenzen der Folgerichtigkeit und der gebotenen Gleichbehandlung. Diese kursorische verfassungsrechtliche Betrachtung lässt sich deshalb wie folgt zusammen fassen:

- Der Steuergesetzgeber ist frei, das Sanierungssteuerrecht in den genannten Bereichen zu verbessern.
- Die steuerliche Erleichterung von Sanierungstransaktionen ist eine verfassungsrechtlich zumindest erkannte Rechtfertigung, die auch im Legitimationskern der wesentlich weiteren Eingriffsbefugnisse im Rettungsgesetz enthalten ist.

- Die weitgehenden Steuerverschonungen im Bereich des Banken- und Finanzmarktes fordern eine adäquate Sanierungsregelung auch für den Bereich der Realwirtschaft aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Diese Anforderung ist der Gesetzgeber jedenfalls nach der Reform der Sanierungsklauseln im Wachstumsbeschleunigungsgesetz nachgekommen.
- Darüber hinaus ist fraglich, ob nicht nur in Sanierungssituationen (sondern auch darüber hinaus) die Verlustvorträge bei einem Anteilseignerwechsel erhalten bleiben sollten.

Wir müssen als Steuerrechtler darauf drängen, ein besseres und effizienteres Sanierungssteuerrecht zu fordern, auch unterhalb der Grenze der verfassungsrechtlichen Forderungen.

VI. Schluss

Deshalb erscheinen zusammenfassend folgende vier Verbesserungsmaßnahmen geboten:

1. Gesetzliche Regelung der Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen

Die Sanierungserlassregelungen sollten wieder mit Gesetzeskraft versehen werden (Alt-/Neufassung § 3 Nr. 66 EStG). Ein gesetzesfester Sanierungserlass würde viel an Planungssicherheit und insbesondere Ermessensentscheidungen auf lokaler Ebene (Gewerbsteuer) entfallen lassen.

2. Verfahrensrecht

Zudem kommt es in Sanierungssituationen entscheidend darauf an, einen planungssicheren und prüfungsfesten Einstieg in die sanierungsrechtlichen Vorschriften zu „bieten“. Hierunter fällt nach den bisherigen Erfahrungen die Forderung einer zentralen verbindlichen Auskunft von Sanierungsfällen auf Länderebene.

3. Keine Gebühr für verbindliche Auskünfte in Sanierungsfällen

Zu fordern wäre weiterhin, dass man in Sanierungsfällen die Auskunftsg Gebühr gem. § 89 Abs. 3 AO entfallen lassen sollte. Dies war schon Gegenstand des Antrags des Landes Hessen zum FinanzmarktstabilisierungergänzungsG³⁴.

4. Wahlrecht: Steuerrechtlicher Sanierungsstatus?

Die Ratio dieser Überlegung war, Anwendungssicherheit im Sanierungssteuerrecht, wie oben gesehen, zu gewährleisten. Nun ist die Gewährung von weitreichenden Wahlrechten im Steuerrecht schwierig und vor allen Dingen wegen der möglicherweise weitgehenden Rechtsfolgen auch gestaltungsoffen bzw. aus Sicht der Finanzverwaltung gestaltungsanfällig. Mit einer zentralen Beauskunftung, einer gesetzlichen Absicherung des Sanierungserlasses steht ein ggfs. milderes Mittel zur Verfügung, die Anwendungsvoraussetzungen des Sanierungssteuerrechts planungssicher zu gewährleisten. Ich glaube, dass man sich zu diesem letzten Punkt einmal die Betriebsprüfungspraxis in den nächsten drei Jahren anschauen sollte, vor allem solche Fälle, in denen dann die Anwendung des Sanierungserlasses in der ex-post Betrachtung scheitert. Die bisherige Erfahrung zeigt jedenfalls in manchen Fällen, dass Finanzverwaltung und Steuerpflichtiger hier auch erst ex-post, nach der hektischen Durchführung von Sanierungsmaßnahmen pragmatische Lösungen gefunden haben, insbesondere dann wenn sich wirtschaftlich die Sanierungsmaßnahme der Gläubigerverzicht, Gesellschafterverzicht, der Besserungsschein als erfolgreich erwiesen haben.

Zurück zur Ausgangsfrage: Wir haben es mit zum Teil neuen Rechtsvorschriften zu tun. Die Frage, ob sich dieses neue Sanierungssteuerrecht in der jetzigen Finanzmarktkrise bewährt hat, kann jetzt noch nicht eindeutig beantwortet werden.

34 BR-Drs. 160/2/09 (neu) v. 6.3.2009; Ablehnung der Bundesregierung in BT-Drs. 16/12 224 Anlage 4 - Gegenäußerung der Bundesregierung zu Ziff. 8 b. Allgemein zur Gebühr und zur der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer verbindlichen Auskunft: *Keß/Zillmer*, DStR 2008, 1466; *Wien/Bracke*, NVWZ 2007, 749 ff.; *Simon*, DStR 2007, 557.

Es müsste jedoch verbessert werden.

Das Steuerrecht kann viel zu einer Bewältigung von Unternehmenskrisen beitragen, in dem es die Zufuhr von neuem Eigenkapital steuerfrei stellt und Verlustvorträge bei der Zuführung neuer Geldmittel d.h. bei dem damit verbundenen Anteilseignerwechsel verschont. Es ist die Verantwortung der Steuerwissenschaft, in Reflektion der praktischen Ergebnisse von Sanierungsfällen, diese Verbesserungen zu formen, zu detaillieren um dann auch wissenschaftlich so vorzubereiten, dass sie umgesetzt werden können.

Akademische Feier zu Ehren der Absolventen der
ersten Staatsprüfung am 13. November 2009

Grußwort des Dekans Prof. Dr. Thomas Weigend

Liebe Absolventinnen und Absolventen,

Sehr geehrte Damen und Herren,

es ist für mich als Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät eine besondere Freude, Sie alle zur Ehrung der Absolventinnen und Absolventen des zurückliegenden akademischen Jahres begrüßen zu dürfen.

Zuvörderst gilt mein Gruß den Ehrengästen des heutigen Abends. Herr Johannes Riedel, Präsident des Oberlandesgerichts Köln, beehrt uns nicht nur mit seiner Anwesenheit, sondern hat es freundlicherweise auch übernommen, heute für uns einen Vortrag über seine Sicht auf die juristische Ausbildung zu halten. Neben ihm begrüße ich besonders herzlich die Vorsitzende des Justizprüfungsamtes, Frau Vorsitzende Richterin am OLG Gabriele Ey, sowie Frau Richterin am OLG Dr. Corinna Dylla-Krebs, die als geschäftsführende Dezernentin des Justizprüfungsamtes für uns in allen gemeinsam zu bewältigenden Fragen eine stets aufgeschlossene und verständnisvolle Ansprechpartnerin ist. Ohne Ihre tatkräftige Arbeit, Frau Ey und Frau Dylla-Krebs, gäbe es keine juristischen Absolventen, und deshalb freue ich mich besonders, dass Sie auch heute bei diesem feierlichen Anlass mit uns zusammen sind.

Ich begrüße auch Herrn Rechtsanwalt Martin Huff, den Geschäftsführer der Rechtsanwaltskammer Köln, der mit unserer Fakultät nicht zuletzt über das NRW-Stipendienprogramm verbunden ist, sowie Herrn Rechtsanwalt Dr. Hartmut Nitschke und Frau Rechtsanwältin Dr. Juliane Hilf, beide von der Anwaltskanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer in Köln. Ihnen und Ihren Kollegen aus den Kölner und Düsseldorfer Büros von Freshfields sind wir ganz besonders verbunden dafür, dass Sie uns nicht nur durch Ihre Anwesenheit ehren, sondern in großzügiger Weise auch für Speis und Trank im Anschluss an den akademischen Teil der

Feier sorgen.

Aus der Universität begrüße ich ganz herzlich unsere designierte Prorektorin, meine Kollegin Frau Angelika Nußberger, außerdem zahlreiche Professoren, Honorarprofessoren und Dozenten unserer Fakultät.

Vor allem aber möchte ich Sie, liebe Absolventinnen und Absolventen, mit Ihren Angehörigen und Freunden zum heutigen Abend begrüßen. Sie sind schließlich die Hauptpersonen, und ich freue mich sehr, dass Sie in so großer Zahl unserer Einladung gefolgt und noch einmal auf die harten Bänke Ihrer Alma Mater zurückgekehrt sind. Für manche von Ihnen liegt der dramatische Teil des Examens schon eine Weile zurück; manche von Ihnen sind vielleicht gerade erst aus dem Loch aufgetaucht, in das man häufig nach dem Ende des Examens-Stress erst einmal versinkt; und manche sind möglicherweise noch beim Genießen und Nachfeiern Ihres Erfolges. Obwohl unsere Absolventinnen und Absolventen als Referendare oder in einem weiteren Studiengang oder aus anderen Gründen zum Teil in alle Welt zerstreut waren, haben doch fast die Hälfte von ihnen unsere Einladung für den heutigen Abend angenommen. Darüber sind wir als Fakultät natürlich sehr glücklich, zeigt uns dies doch die fortdauernde Verbundenheit zwischen Lehrenden und (ehemaligen) Studierenden.

Heute veranstalten wir zum zweiten Mal eine Absolventenfeier, wir befinden uns also gewissermaßen an der Schwelle zur Begründung rheinischen Brauchtums. Es wäre sehr schön, wenn sich diese Feiern damit als Tradition an unserer Fakultät etabliert hätten, und zwar aus verschiedenen Gründen. Zum ersten freuen wir uns darüber, Sie alle noch einmal wiederzusehen. Zum zweiten möchten wir Ihnen gerne auch offiziell zu Ihrem schönen Studienerfolg gratulieren; und wir sind natürlich auch ein bisschen stolz darauf, dass wir – und nicht nur der kommerzielle Repetitor – zu Ihrem Studienerfolg beigetragen haben. Zum dritten hoffen wir, dass Sie die Fakultät in einigermaßen guter Erinnerung haben und auch behalten werden. Sie alle mehren ja, indem Sie in Ihrem weiteren juristischen Leben er-

folgreich sind, den guten Ruf unserer Fakultät. Im Zeitalter des harten Wettbewerbs zwischen den Universitäten ist das für uns sehr wichtig, speziell für die Akquisition neuer vielversprechender Studentengenerationen. Anders als andere Universitäten bieten wir unseren Erstsemestern keine Laptops als Einstiegsgechenke. Wir vertrauen darauf, dass Sie als leuchtende Vorbilder und vielleicht auch durch Mundpropaganda das gute Image unserer Fakultät verbreiten und gewissermaßen zu lebenden Werbeträgern für uns werden.

Gerne möchten wir auch in Zukunft die Verbindung zu Ihnen halten. Zu diesem Zweck bestehen, wie das in Deutschland so üblich ist, zwei Vereine: zum einen auf der Ebene der Universität der Verein KölnAlumni – Freunde und Förderer der Universität, zum anderen auf der Ebene der Fakultät der Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft. Ich möchte Sie herzlich einladen, diesen Vereinen oder wenigstens einem von ihnen beizutreten – wie Sie das tun können, erfahren Sie aus Merkblättern, die sich in den Mappen befinden, die Sie gleich bekommen werden.

Liebe Absolventinnen und Absolventen, ich möchte angesichts des noch bevorstehenden Programms davon absehen, philosophische Ausführungen zum Stellenwert und zur Bedeutung des Jura-Studiums im allgemeinen zu machen. Aber ich möchte immerhin der Hoffnung Ausdruck geben, dass wir Ihnen im Verlauf der Semester, die Sie hier verbracht haben, ein gewisses Maß an juristischem Grundverständnis und an Grundkenntnissen haben vermitteln können, die Ihnen nicht nur im Examen von Nutzen waren, sondern auch als Basisration für Ihre bevorstehende Tätigkeit in den verschiedenen juristischen Berufsfeldern dienen können. Und natürlich hoffe ich und wünsche Ihnen allen, dass Sie das Beste aus diesem Grundwissen machen.

Nicht zuletzt möchte ich mich bei Ihnen, liebe Angehörige und Freunde unserer Absolventen, bedanken. Zunächst dafür, dass Sie diese schöne Feier mit Ihren Kindern, Enkeln, Freunden oder Ehegatten teilen. Vielleicht ist dies für Sie der erste Besuch in diesen schmucklosen Hallen, die Sie bisher nur aus mehr oder we-

niger begeisterten Berichten gekannt haben; und Sie können jetzt am eigenen Leibe erfahren, wie lang sich 90 Minuten auf den Sitzen eines Hörsaals hinziehen können. Nicht nur aus diesem Grund ist der Weg zum juristischen Examen besonders hart und nervenaufreibend. Sie alle haben diesen Weg unserer Absolventinnen und Absolventen durch Zuspruch und sicher gelegentlich auch durch Aufmunterung und Trost wesentlich unterstützt. Das ist gerade an einer großen Fakultät wie der unseren, in der die Dozenten nicht jeden einzelnen Studenten kennenlernen und durch persönliche Zuwendung stützen können, besonders wichtig, und deshalb möchte ich Ihnen bei dieser Gelegenheit sehr herzlich dafür danken, dass Sie diese Aufgabe übernommen haben.

Wir als juristische Fakultät sind stolz auf unsere jungen Juristen, und Sie können es auch sein.

Bevor ich meinen Platz für den wesentlichen Teil unseres Programms freimache, ist es mir ein Bedürfnis, denjenigen zu danken, die als großzügige Sponsoren zum Erfolg dieser Veranstaltung beitragen. Das ist, wie schon erwähnt, in erster Linie die Anwaltskanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer, die freundlicherweise das Buffet gestiftet hat, das nach der Ehrung der Absolventen auf Sie alle wartet. Außerdem hat der Verein Köln Alumni - Freunde und Förderer der Universität zu Köln unsere Veranstaltung mit einem namhaften Betrag unterstützt. Buchpreise für die besten Absolventinnen und Absolventen hat die VUB-Buchhandlung gestiftet. Und schließlich hat die Wirtschaftsberatung Horbach es möglich gemacht, dass wir den Absolventinnen und Absolventen, wenn sie dies wünschen, Photos zur Erinnerung an diesen schönen Abend zur Verfügung stellen können. Ihnen allen meinen herzlichen Dank!

Die musikalische Begleitung des Abends haben Mitglieder des Collegium Musicum der Universität zu Köln übernommen, denen ich dafür gleichfalls herzlich danken möchte.

Nun wünsche ich Ihnen allen noch einen frohen und entspannten Abend!

Grußwort der Prorektorin Prof. Dr. Angelika Nußberger

Liebe Absolventinnen und Absolventen,

Sehr geehrte Damen und Herren,

Wenn ich meine kurze Ansprache mit den Worten „ich freue mich sehr, Sie zu der heutigen Veranstaltung begrüßen zu dürfen“ beginne, so ist diese allgemeine Formel aus drei besonderen Gründen sehr persönlich gemeint. Zum einen ist es mein erstes Grußwort vor meiner eigenen Fakultät, das ich in meiner neuen Funktion als Mitglied des Rektorats, sogar noch vor dem offiziellen Beginn meines Amtes, sprechen darf. Zum zweiten hat mein Sohn gerade in Heidelberg sein Jurastudium begonnen, so dass ich aus nächster Nähe Berichte über die Erfahrungen eines „Ersties“ bekomme und vor diesem Hintergrund Ihre Leistungen als Absolventen ganz besonders würdigen kann. Und schließlich jährt sich der Abschluss meines eigenen rechtswissenschaftlichen Studiums in München gerade zum zwanzigsten Mal, so dass ich einen besonderen Grund habe, mit Ihnen mitzufeiern.

Ich frage mich, was Sie nun eigentlich antworten, wenn Sie von Ihren Bekannten gefragt werden, was Sie denn nun seien, nachdem Sie Ihr Universitätsstudium abgeschlossen haben. Die vielleicht einfachste Antwort ist zu sagen, Sie seien Referendar oder Referendarin. Hinter dieser Antwort können Sie sich bequem verstecken, gibt es doch Referendare in vielen Varianten und Sorten. Auch jemand, der ein Theologiestudium abgeschlossen hat, muss sich durch ein Referendariat qualifizieren, um Religionslehrer zu werden. Wer sich selbst als Referendar bezeichnet, verrät also nichts von sich.

Geben Sie zur Auskunft, Sie seien Jurist oder Juristin, so ist dies eine sehr viel offenerere Antwort. Unter Juristen wird man Ihnen mit dem „Du-auch-Gefühl“ begegnen, mit jenem gemeinsamen Seufzen, mit dem man auf die Lern- und Klausurenphase des ersten Staatsexamens zurückblickt. Auch bei Nicht-Juristen gibt

es vorhersehbare, fast schon standardisierte Reaktionen. Die einen werden Sie mitleidig ansehen, da sie davon ausgehen, dass Sie nunmehr von 8 Uhr morgens bis 8 Uhr abends das Kleingedruckte in Versicherungsverträgen lesen müssen. Andere werden Sie sofort auf Streitigkeiten und Probleme ansprechen und über die in ihren Garten wachsenden nachbarlichen Zweige klagen. Nicht selten auch werden Sie die Frage hören, ob Sie nicht etwas Vernünftiges hätten lernen wollen – Ingenieur vielleicht oder Arzt.

An diese Reaktionen gewöhnt man sich. Viel wichtiger ist das subjektive Empfinden, das, was es für Sie bedeutet, Jurist oder Juristin zu sein. Es mag sie mit Stolz erfüllen, haben Sie doch etwas Konkretes gelernt, haben Sie ein gutes und solides Handwerkszeug in der Hand. Sie haben gelernt, Probleme zu lösen, Entscheidungen argumentativ zu begründen und verstehen bei so mancher öffentlich geführten Diskussion die Hintergründe, so dass Sie den Satz „Ja, ich bin Jurist“ vielleicht sogar mit Selbstbewusstsein und Nachdruck sagen. Oder aber es plagen Sie dauernd Selbstzweifel, so wie auch Gustav Radbruch meinte, ein guter Jurist könne man nur mit einem schlechten Gewissen sein.

In diesem Sinn möchte ich Ihnen sogar wünschen, dass Ihnen ein bisschen schlechtes Gewissen erhalten bleibt, dass Sie von der Universität etwas mitnehmen, was ich als „akademischen Zweifel“ bezeichnen würde. Insbesondere geht es um die Erkenntnis, dass es immer mehrere Ansichten gibt – denken Sie daran, wie viele herrschende Meinungen und Mindermeinungen Sie gelernt haben. Auch der andere könnte Recht haben. Daher müssen Sie immer den Anspruch an sich stellen, die besten Argumente für Ihre Entscheidungen zu finden.

Wichtig ist letztlich der Respekt vor dem großen Wort, um das sich Ihr ganzes Studium gedreht hat, das Sie aber vielleicht nie in den Mund genommen haben. Wir sprechen von „Angemessenheit“, „Verhältnismäßigkeit“, einem „sachgerechten Ausgleich“. Aber was wir meinen, ist: Gerechtigkeit. Gerade auch mit Blick auf die ständige Suche nach Gerechtigkeit sollte uns ein akademischer Selbst-

zweifel bleiben.

Es gibt bestimmt vieles an der Universität, bei dem Sie schon jetzt mehr als froh sind, dass Sie es hinter sich lassen können: den Klausurenkurs, dem man immer und immer wieder fünf Stunden einsame Konzentration und Selbstdisziplin opfern muss, das KLIPS-System, mit dem elektronische Anmeldungen zur reinen Glückssache werden, die immer wieder übersteuerten Mikrophone, die Ihre Ohren strapaziert haben mögen.

Aber eines sollte man vielleicht von diesen Jahren in der Academia mitnehmen in die wirkliche Welt: die Fähigkeit, noch ein zweites Mal nachzufragen und das Nachdenken über die Frage: „Ist das gerecht?“

Festvortrag von Johannes Riedel, Präsident des Oberlandesgerichts Köln: „*Der Beruf der Juristen heute*“

Sehr geehrter Herr Dekan,

Sehr geehrte Professorinnen und Professoren,

Verehrte Gäste, vor allem aber:

Liebe Absolventinnen und Absolventen,

Liebe Angehörige,

zunächst gilt Ihnen, den erfolgreichen Absolventinnen und Absolventen des juristischen Studiums, mein ganz herzlicher Glückwunsch. Sie haben ein anspruchsvolles Studium erfolgreich abgeschlossen. Das komplizierte Mosaik unserer Rechtsordnung, der gesetzlichen Bestimmungen, der gerichtlichen Entscheidungen, hat sich Ihnen nach und nach erschlossen. Sie haben Ihre Kompetenz durch eine große Zahl von Prüfungsleistungen nachgewiesen. Dazu gehören nicht nur methodische Fertigkeiten und die Fähigkeit zu einer guten Einteilung der eigenen Arbeit. Auch ist immer noch eine beachtliche Gedächtnisleistung erforderlich, damit man den wesentlichen Prüfungsstoff auch richtig abrufen kann. Medienkompetenz allein genügt hier nicht. Auf das Erreichte können Sie also mit Recht stolz sein. Sie haben Grund zum Innehalten und zum Feiern, ehe es in die nächste Etappe geht.

Dazu gehört auch die heutige Feier, mit der die Fakultät eine im vorigen Jahr begonnene Übung fortsetzt. Dies entspricht einer Anregung, die ich bereits vor vielen Jahren an die juristischen Fakultäten unseres Landes gerichtet habe, als ich noch im Justizministerium in Düsseldorf für Ausbildungs- und Prüfungsangelegenheiten zuständig war. Mir hat nicht eingeleuchtet, dass man nach Abschluss des juristischen Studiums die Universität gleichsam sang- und klanglos verlässt, während andere Fakultäten würdige Absolventenfeiern veranstalten. Das hat sich nun geändert, und ich freue mich sehr darüber.

Listig und findig, wie Juristen nun einmal sind, hat die Fakultät mich gleichsam im Gegenzug nun gebeten, heute hier die sogenannte Festrede zu halten. Nach der Vorgeschichte konnte ich dies nicht abschlagen, komme der Bitte aber auch aus Überzeugung gerne nach.

Worüber soll man bei einer solchen Gelegenheit sprechen? Nahe liegend erscheinen Themen des juristischen Studiums, also z.B. der Stand der Diskussion um den sogenannten Bologna-Prozess in der Juristenausbildung. Man könnte auch über die praktische Juristenausbildung sprechen, über die Berufsaussichten angehender Juristen oder über Normenflut, Bürokratieabbau, Gesetzgebungslehre, die ökonomische Analyse des Rechts oder die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Lissabon-Vertrag.

Ich gehe einmal davon aus, dass Ihnen, liebe Absolventen, heute nicht der Sinn nach tiefeschürfenden juristischen, justizpolitischen oder ausbildungspolitischen Gedanken steht. Was mit dem Studium künftig geschehen wird, wird Sie am allerwenigsten interessieren, denn dies ist für Sie vorbei. Mögliche Änderungen in der praktischen Ausbildung werden Sie nicht mehr erreichen, die maßgeblichen Bedingungen für Sie stehen fest. Die Berufsaussichten sind von diversen Karrieremessen her allseits bekannt. Und vom Fachlich-juristischen haben Sie zunächst einmal vermutlich genug.

So bleibt mir nur, Sie einzuladen, mir in einigen Gedanken zum Beruf der Juristen heute zu folgen. Dazu beginne ich mit einer Geschichte. Sie spielt in der islamischen Welt. Das ist aber nicht Absicht, sondern Zufall. Ich verstehe auch nichts vom islamischen Recht. Die Geschichte geht wie folgt:

„Der Prophet Mohammed sitzt in einer einsamen Gegend auf einem Hügel. Am Fuße des Hügels befindet sich eine Quelle. Ein Reiter kommt. Während der Reiter sein Pferd trinkt, fällt ihm ein Geldbeutel aus dem Sattel. Der Reiter entfernt sich, ohne den Verlust des Geldbeutels zu bemerken. Ein zweiter Reiter kommt, findet den Geldbeutel und reitet damit davon. Ein dritter Reiter kommt und trinkt

sein Pferd an der Quelle. Der erste Reiter hat inzwischen den Verlust des Geldbeutels bemerkt und kehrt zurück. Er glaubt, der dritte Reiter habe ihm das Geld gestohlen, es kommt zum Streit. Der erste Reiter tötet den dritten Reiter, stutzt, wie er keinen Geldbeutel findet, und macht sich aus dem Staube.

Der Prophet auf dem Hügel ist verzweifelt. ‚Allah‘, ruft er aus, ‚die Welt ist ungerecht. Ein Dieb kommt ungestraft davon, und ein Unschuldiger wird erschlagen!‘ Allah, sonst schweigend, antwortet: ‚Du Narr! Was verstehst du von meiner Gerechtigkeit! Der erste Reiter hatte das Geld, das er verlor, dem Vater des zweiten Reiters gestohlen. Der zweite Reiter nahm zu sich, was ihm schon gehörte. Der dritte Reiter hatte die Frau des ersten Reiters vergewaltigt. Der erste Reiter, indem er den dritten Reiter erschlug, rächte seine Frau.‘

Dann schweigt Allah wieder. Der Prophet, nachdem er die Stimme Allahs vernommen hat, lobt dessen Gerechtigkeit.“

Diese Geschichte ist natürlich nicht von mir. Ich habe sie vor vierzig Jahren, während meines Studiums, bei Dürrenmatt gefunden, in einem kleinen Büchlein mit dem Titel „Monstervortrag über Gerechtigkeit und Recht“. Dürrenmatt zufolge soll sie aus den Erzählungen von 1001 Nacht stammen. Das habe ich aber nicht bestätigt gefunden.

Bei Dürrenmatt dient die Geschichte als Ausgangspunkt für Überlegungen zum Gerechtigkeitsgehalt von Ereignisabläufen. Er legt dar, wie fragil das Gerechtigkeitsgebäude der Geschichte ist: Gerechtigkeit kann hier nur erreicht werden, weil der Prophet als Beobachter untätig geblieben ist. Hätte er dem ersten Reiter zugerufen, er habe seinen Geldbeutel verloren, hätte der zweite Reiter nicht gestohlen, der dritte Reiter wäre am Leben geblieben. „Mit einem Gran Menschlichkeit“, so Dürrenmatt, „hätten wir Tonnen an göttlicher Erhabenheit eingeblüht.“ Wäre der Beobachter nicht der Prophet, sondern ein Krimineller gewesen und hätte er den Geldbeutel an sich genommen, wäre weitere Ungerechtigkeit hinzugekommen. Der zweite Reiter hätte den Diebstahl zum Nachteil seines Vaters

nicht ausgleichen können. Er wäre möglicherweise länger an der Quelle verblieben. Der erste Reiter hätte dann bei seiner Rückkehr den zweiten und den dritten Reiter angetroffen und wäre im Falle eines Streits wahrscheinlich zu Tode gekommen. Alle Straftaten, vor allem die Vergewaltigung, wären ungestraft geblieben.

Dürrenmatt stellt hiernach fest, dass sich das Geschehen ändert, wenn sich ein Beobachter in das Geschehen einmischt – eine auch für die forensische juristische Tätigkeit nicht unwichtige Erkenntnis.

Ich habe die Geschichte so gelassen, wie Dürrenmatt sie erzählt hat. Politisch korrekter hätte man sie heute vielleicht an einen Autobahn-Rastplatz verlegen müssen. Während der Reisende in der Gaststätte einen Imbiss einnimmt, wird ihm das Navigationsgerät entwendet. Er trifft bei Rückkehr einen aus Sicht unseres versteckten Beobachters scheinbar unbeteiligten Dritten an, dem er den Diebstahl vorwirft usw..

Die Geschichte Dürrenmatts ist aus Sicht des Juristen zunächst einmal nicht mehr als ein Fall. Der Fall, das ist unsere Bezeichnung für eine Ereignisabfolge, die wir auf ihre juristische Relevanz zu untersuchen haben und die wir der richtigen, also der als gerecht empfundenen Lösung, zuführen wollen. Das Besondere an Dürrenmatts Fall ist, dass sich dem Beobachter diese richtige Lösung nicht erschließt, weil sein Horizont beschränkt ist. Er sieht zwar die Abfolge der Ereignisse, ja er greift noch nicht einmal ein. Und dennoch genügen seine Erkenntnisse nicht, um das gerechte Ergebnis zu finden. Vielmehr muss er die Ungerechtigkeit der Welt beklagen.

Was uns Dürrenmatts Geschichte zeigt, ist nicht nur, dass der Beobachter durch sein Verhalten den Verlauf der Ereignisse beeinflussen kann, das ist selbstverständlich. Die Geschichte zeigt uns auch die Beschränktheit des Beobachters, die Unzulänglichkeit seiner Beobachtungen. Wir kennen Vergleichbares aus der Astronomie: Wenn wir heute den Nachthimmel betrachten, sehen wir, was sich

vor Jahren, Jahrhunderten, Jahrtausenden oder noch früher ereignet hat. Wir sehen, was in entfernten Galaxien vor Jahrmillionen geschehen ist. Das zeitgleich hierzu in näher gelegenen Galaxien Geschehene werden wir nie mehr zu sehen bekommen, weil das Licht die Erde – von uns aus gesehen – in der Vergangenheit erreicht hat. Was im Universum heute geschieht – wenn man diesen Begriff überhaupt verwenden kann – werden jedenfalls wir nicht mehr zu sehen bekommen. Astronomen sprechen hier vom Ereignishorizont, hinter den wir nicht zu blicken vermögen.

Der Ereignishorizont ist auch im Alltäglichen anzutreffen. Vor vielen Jahren habe ich an einer Beweisaufnahme in einer Verkehrsunfallsache teilgenommen. Zwei Fahrzeuge waren in Siegburg auf einer Kreuzung zusammengestoßen. Auf allen vier Ecken der Kreuzung standen mehrstöckige Gebäude. Der erste Zeuge hatte die Fahrt des ersten Wagens in der Straße verfolgt, in der er stand. Er bekundete, dieses Fahrzeug sei mit normaler Geschwindigkeit gefahren, während das kreuzende Fahrzeug in die Kreuzung hineingerast sei. Der zweite Zeuge hatte in der anderen Straße gestanden und das zweite Fahrzeug im Blick gehabt. Er gab an, dieser Wagen sei völlig normal gefahren, während das erste Fahrzeug viel zu schnell in die Kreuzung eingefahren sei. Glücklicherweise hatten wir die Zeugen vor Ort vernommen. So wurde uns klar, dass jeder Zeuge das jeweils in „seiner“ Straße fahrende Fahrzeug über einen längeren Zeitraum im Blick gehabt hatte, während das kreuzende Fahrzeug für ihn plötzlich hinter dem an der Ecke stehenden Gebäude auftauchte. Dies und die kurze Fahrstrecke bis zum Zusammenstoß vermittelten den Eindruck überhöhter Geschwindigkeit.

Solche Phänomene sind Gegenstand der Beweislehre, die sich mit der Wahrnehmungsfähigkeit, Wahrnehmungsbereitschaft, Wahrnehmungsmöglichkeiten und anderen Gegebenheiten befasst und mit der Sie sich sicherlich noch beschäftigen werden. Die Parallele zum Ereignishorizont im Alltäglichen macht Dürrenmatts Geschichte für uns Juristen interessant. Ob im Studium, ob als Referendar,

Rechtsanwalt, Staatsanwalt, Richter, immer wird uns ein Fall präsentiert. Man setzt uns Fakten vor, die wir bewerten sollen. Wissen wir aber, ob wir die richtigen Fakten haben? Wie sieht unser Ereignishorizont aus? Gibt es Umstände, die man uns vorenthält, bewusst oder unbewusst? Dabei sind wir noch nicht einmal in der Position des Beobachters aus unserer Geschichte. Wir bekommen nur erzählt, was andere beobachtet haben wollen. Wir können also noch nicht einmal sicher sein, dass die äußeren Abläufe sich so ereignet haben, wie der Beobachter an der Quelle sie verfolgt hat. Wie viel weniger können wir annehmen, dass wir die Hintergründe durchschauen, die auch jenem Beobachter verborgen waren.

Was ist die Folge, wenn unsere Fakten nicht stimmen? Unsere Klientel, Verletzte, Beschuldigte, Mandanten, also die sogenannten Rechtsuchenden, werden wie jener Beobachter die Ungerechtigkeit der Welt beklagen. In unserer heutigen aufgeklärten Gesellschaft werden sie für diese Ungerechtigkeit aber nicht die Umstände, die zufällig erscheinende Abfolge der Ereignisse verantwortlich machen. Vielmehr werden sie diejenigen verantwortlich machen, die ihnen die Ergebnisse der rechtlichen Prüfung präsentieren, also die Juristen. Wir sind es schuld, wenn in den Augen der Rechtsuchenden das Ergebnis nicht stimmt, wenn Ungerechtigkeiten nicht beseitigt werden. Dabei hat die Bevölkerung im Allgemeinen ein sehr sicheres Gefühl für das gerechte Ergebnis und sie beanstandet, dass es der Zunft der Juristen nicht gelingt, dieses überzeugende, gerechte Ergebnis zu erreichen. Ich erinnere hier nur an die Diskussion zu den Entscheidungen von Arbeitsgerichten bei fristloser Verdachtskündigung in Bezug auf die Entwendung geringwertiger Gegenstände.

Für die Akzeptanz unseres Tuns, für die Transparenz unseres Rechtswesens, ja letztlich für das gesellschaftliche Grundverständnis ist so etwas fatal. Der immer wiederkehrende Spruch, vor Gericht und auf hoher See sei man in Gottes Hand, den man gelegentlich auch aus Politikermund hören kann, ist nicht weit entfernt von der Klage des Dürrenmattschen Beobachters. Er offenbart zudem ein merk-

würdiges Verständnis vom Wert einer Institution, deren Daseinsberechtigung sich daraus ergibt, dass Konflikte anderenfalls nur durch Gewalt gelöst werden könnten.

Was also ist zu tun?

Der erste und wichtigste Schritt bei der Bearbeitung des geschehenen Rechtsfalls muss sein, sich um den Ereignishorizont zu kümmern. Wir müssen uns so intensiv wie nur möglich um die Fakten des Falles bemühen. Das gilt für den Anwalt im Gespräch mit dem Mandanten, für den Richter in der Verhandlung, ja schon für den Polizeibeamten bei den ersten Ermittlungsschritten. Das erfordert genaues Nachfragen, intensives Erforschen des Umfeldes und vor allem Kreativität im Denken. Man darf sich nicht auf naheliegende Möglichkeiten und Schlussfolgerungen beschränken sondern muss auch fern Liegendes in Betracht ziehen. Man muss hinhören können – gerade auch auf das, was nicht gesagt wird. Selten wird dem Anwalt vom Mandanten eine vollständige Lügengeschichte aufgetischt, aber oft bleiben Details unerwähnt, die sich später als relevant erweisen. Gleiches gilt für das gerichtliche Verfahren. Auch in Zeugenaussagen ist die faustdicke Lüge die Ausnahme. Aber das beschönigende sich nicht erinnern Können ist ein häufiges Phänomen. Hier nachzufassen, ist unsere stetige Aufgabe, weil wir nur so die Fehlerquote verringern können.

Auch hier ein kleines Beispiel: Ein Bekannter erzählte mir, im Zusammenhang mit dem Aushub einer Baugrube auf dem Nachbargrundstück hätten sich an seinem Haus tiefe Risse gebildet. Er bejahte meine Frage, dass er den vorherigen einwandfreien Zustand belegen könne. Andere Ursachen seien ausgeschlossen. Im Rechtsstreit wandte dann sein Gegner ein, das Hanggelände sei schon vorher in Bewegung gewesen. Der Gegner legte Fotos vor, welche die von Rissen durchsetzte Begrenzungsmauer des Grundstücks zeigten, und zwar eindeutig vor Beginn der Aushubarbeiten. Meinem Bekannten war dieser Umstand bekannt gewesen. Er hatte ihn verschwiegen, weil er ihn aus eigener Überzeugung für unerheb-

lich hielt, vielleicht auch weil er ihn als möglicherweise ungünstig erkannte, aber auf einen ihm günstigen Rat hoffte. Ich hätte vielleicht noch intensiver nachfragen sollen.

Was ist noch zu tun, um das Vertrauen der Rechtsuchenden zu erhalten? Der zweite Schritt besteht darin, den Rechtsuchenden den Sinn unserer Regeln zu erklären. Das ist nicht immer einfach. Zunächst einmal setzt es voraus, dass man den Sinn der Regeln selbst verstanden hat. Auch das ist nicht immer einfach. Hier stoßen wir an das Thema der Einheit der Rechtsordnung, der Inkohärenz von Gesetzgebung. Unsinnige Beispiele ließen sich hierzu in großer Zahl finden, besonders dann, wenn der Gesetzgeber hektisch aktiv wird. Ich erinnere nur an die Nichtrauchergesetzgebung oder die Kampfhundegesetze, vom Steuerrecht einmal ganz zu schweigen. Wer verantwortlich Gesetzgebung betreibt, muss sich dessen bewusst sein, dass Regelungen, die den Bürgern nicht vermittelt werden können, die Rechtstreue insgesamt in Frage stellen. Dabei sind die Schwierigkeiten für den Gesetzgeber in unseren komplexen Lebensverhältnissen beträchtlich. Auch möchte ich das redliche Bemühen der Abgeordneten um ausgewogene, gerechte Regelungen deutlich unterstreichen. Wenn das Produkt, das Regelwerk, und sei es auf Grund eines politischen Kompromisses, aber nicht einsichtig ist, ist die Rechtstreue in Gefahr. Diese Rechtstreue ist in manchen Bereichen bereits verloren gegangen. Wer eine Haushaltshilfe mit Lohnsteuerkarte oder auf Basis eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses sucht, braucht mitunter lange Zeit, bis jemand gefunden ist, der bereit ist, sich gesetzeskonform beschäftigen zu lassen.

Dass Rechtstreue mitunter schwierig zu definieren ist, zeigt auch der Koalitionsvertrag der die Bundesregierung tragenden Parteien. Dort heißt es z.B., man werde im Steuerrecht dafür sorgen, dass sich Schreiben des Bundesfinanzministeriums auf die Auslegung der Gesetze beschränken werden. Die Praxis der Nichtanwendungserlasse solle zurückgeführt werden. Das ist als Schritt zur Rechtstreue zu begrüßen, denn es kann nicht angehen, dass die Verwaltung gleichsam eigen-

mächtig entscheidet, ob einer Vorschrift oder einer höchstrichterlichen Rechtsprechung zu folgen ist. Andererseits steht im Koalitionsvertrag, man werde zunächst für ein Jahr kinderpornografische Inhalte auf der Grundlage des Zugangsschwerungsgesetzes nicht sperren. Jenes Gesetz sieht vor, dass das Bundeskriminalamt eine sogenannte Sperrliste „führt“. Die Aufnahme in die Liste geschieht bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen. Der Begriff „führt“ besagt also eindeutig, dass ein Gesetzesbefehl vorliegt, der nicht zur Disposition der Verwaltung steht, sondern eben nur zu der des Gesetzgebers. Der nun vorgesehene kinderpornografische Nichtanwendungserlass stimmt also unter dem Aspekt der Rechtstreue wieder bedenklich. Er ist ein leichtfertiger Umgang mit dem Gesetz. Es mit neuer parlamentarischer Mehrheit zu ändern ist etwas anderes als es schlicht nicht anzuwenden.

Auch ohne diese argumentativ schon etwas komplexen Fälle bleibt den Rechtsuchenden oft genug viel zu erklären. Der klassische Fall ist für mich immer der der Unzufriedenheit mit gerichtlichen Entscheidungen. Immer wieder melden sich bei uns Parteien, die sich über ein zu ihren Lasten ergangenes Urteil beschweren. Wir beantworten solche Eingaben unter Hinweis auf den Rechtsmittelzug und darauf, dass die Gerichte unabhängig, nur an Gesetz und Recht gebunden sind und selbst der Gerichtspräsident nicht zum Eingreifen befugt ist. Nicht selten antwortet der Einsender, dass er ja gerade beanstande, dass das Gericht sich im gegebenen Fall nicht an Gesetz und Recht gehalten habe und nun kein Rechtsmittel mehr möglich sei. Wenn man dann mit dem Satz von der hohen See und Gottes Hand erwidern würde, wäre das Vertrauen endgültig zerstört. Ich habe in dieser Situation einmal einem Beschwerdeführer gesagt, er möge sich für einen Moment vorstellen, er hätte den Rechtsstreit gewonnen. Ob er es dann auch akzeptabel finden würde, wenn der Gerichtspräsident das Urteil kassieren könnte, war meine Frage. Er gab zu, so habe er die Sache noch nicht betrachtet.

Wir müssen uns also nicht nur um unseren Ereignishorizont kümmern sondern

auch um den Empfängerhorizont. Es bleibt aus meiner Sicht ein Drittes, um das Vertrauen der Rechtsuchenden zu erhalten. Wir sind alle der Wahrheit und der Gerechtigkeit verpflichtet. Dies findet sich in etwas pathetischen aber zeitlosen Formulierungen im Richtereid. Richter schwören, ihr Amt getreu dem Gesetz auszuüben und „nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen“. Ähnliches gilt für die Beamten, also auch die Staatsanwälte. Auch die Anwälte leisten einen Eid „die verfassungsmäßige Ordnung zu wahren und die Pflichten eines Rechtsanwalts gewissenhaft zu erfüllen“. Sich hierauf gelegentlich zu besinnen, erscheint mir wichtig. Wir haben unterschiedliche Rollen, unterschiedliche Aufgaben, wir dienen aber dem einem Ziel. Das bedeutet, dass keiner dieser Beteiligten mit unlauteren Mitteln agieren sollte.

Bisher habe ich über die Arbeit am geschehenen Rechtsfall gesprochen. Es gibt jedoch einen zweiten großen Bereich unserer Tätigkeit. Dies ist der Rechtsfall im Werden. Zwar ist in der Praxis auch der geschehene Rechtsfall, wenn er vor Gericht zu bearbeiten ist, immer auch ein Fall in Bewegung, weil der weitere Verlauf vom Handeln der Beteiligten abhängt. Ich meine hier aber den Bereich der vorsorgenden Rechtspflege, der Beratung in Richtung auf die Zukunft. Beispiele gibt es in Fülle: Das Entwerfen von Verträgen, letztwilligen Verfügungen, die Beratung in gesellschaftsrechtlicher oder steuerrechtlicher Hinsicht usw.

Hier geht es nicht um den Ereignishorizont in dem eben erwähnten Sinne. Dennoch gilt für die vorsorgende Rechtspflege in ganz besonderem Maße, dass wir auf die richtigen Fakten achten müssen. Es ist wichtig, dass uns alles erzählt wird, was möglicherweise relevant werden kann. Wir müssen uns mit viel Phantasie in die Lebensumstände der Klienten hineindenken, mögliche Entwicklungen vorausahnen, auch unangenehme Entwicklungsmöglichkeiten ansprechen. Wie oft war es z.B. früher üblich, dass ältere Leute ihr Haus einem Abkömmling gegen die Verpflichtung zur Pflege und Betreuung überließen. Wer je einen solchen Altenteilsvertrag abzuwickeln hatte, nachdem die Beziehungen sich verschlechtert hat-

ten, weiß, welche Risiken bei der Beratung „in guten Zeiten“ besprochen werden müssen.

Auch in der vorsorgenden Rechtspflege geht es also um das Forschen nach Fakten, um Phantasie und vielleicht auch einen Schuss Intuition. Auch hier muss oftmals das Gesamtsystem erklärt werden, z.B. dass der Gesetzgeber aus guten Gründen nur bestimmte letztwillige Verfügungen zugelassen hat. Wenn man dann der alten Dame klar machen muss, dass es für die Nachkommen zumindest mühevoll werden kann, wenn diese zu drei Vierteln und eine von ihnen zu bestimmende örtliche gemeinnützige Einrichtung zu einem Viertel zu Erben eingesetzt werden, dann weiß man, dass Einfühlungsvermögen auch zu unserem Beruf gehört.

Schließlich gilt auch für die vorsorgende Beratung, was ich eben unter Bezugnahme auf die Berufseide gesagt habe. Es soll nicht unlauter vorgegangen werden. Meine Erfahrungen gehen dahin, dass sich solches Vorgehen im Allgemeinen rächt. Oft genug geht die mit unsauberer Mitteln begonnene Sache hinterher verloren. Zum Verlust kommt dann noch der Schaden am Renommee des Beraters hinzu, und das sowohl aus der Sicht des Mandanten wie im Ansehen bei den übrigen Mitwirkenden. Juristische Berufsträger, die unlauter agieren, untergraben das Vertrauen der Rechtsuchenden. Seriosität hingegen wird nach meiner Erfahrung honoriert, auch vom Gegner. Es darf also nicht so ausgehen wie in der zweiten Geschichte von Dürrenmatt, die ich abgekürzt wiedergebe. Auch sie ließe sich vielleicht heute in einem politisch korrekteren Umfeld erzählen. Falls jemand aus ihr einen islamkritischen oder genderkritischen Inhalt herauslesen möchte, sei klargestellt, dass ich die Geschichte nicht unter solchen Aspekten einführe. Es geht mir vielmehr um die Rolle des Rechtsgelehrten. Kurz gefasst geht die Geschichte wie folgt:

Kalif und Großwesir befinden sich bei einem fröhlichen Gelage. Der Großwesir hat eine schöne Sklavin. Der Kalif begehrt sie und schwört beim Barte des Propheten, dass er sie noch in der Nacht besitzen werde. Der Großwesir schwört

übereilt ebenfalls beim Barte des Propheten, dass er sie nicht verkaufen werde. Bestürzt über diese einander widersprechenden Schwüre rufen Kalif und Großwesir den Rechtsgelehrten. Der erklärt, das Problem sei einfach zu lösen. Der Großwesir müsse nur die Sklavin zur Hälfte schenken und zur Hälfte verkaufen. Das geschieht. Im weiteren Fortgang schwört der Kalif, er werde noch in der Nacht mit der Sklavin schlafen. Der Großwesir ist erschüttert und erklärt, da die Sklavin Jungfrau sei, sei dies erst nach mehrtätigen Riten möglich. Der wieder zugezogene Rechtsgelehrte erklärt, der Kalif müsse nur die Sklavin einem Sklaven zur Frau geben. Dieser müsse sich dann von ihr scheiden lassen, dann gelte die Anforderung mit den Riten nicht. Als der Sklave sich dann nicht scheiden lassen will, wird der Rechtsgelehrte ein drittes Mal hinzugezogen. Sein Rat ist nun, die Sklavin frei zu lassen, als freie Frau könne sie sich jederzeit selbst von dem Sklaven scheiden lassen, „nicht auszudenken, wohin wir sonst mit unserer gesellschaftlichen Ordnung noch kämen“.

Wir schmunzeln über diese Geschichte. Sie passt nicht in unsere Zeit, nicht in unsere Rechtsordnung. Aber sie zeigt, was Juristen nicht machen dürfen. Sie dürfen sich nicht an der Pervertierung der Rechtsordnung beteiligen, nicht im Großen, aber auch nicht im Kleinen. Der Satz „nicht auszudenken, wohin wir sonst mit unserer gesellschaftlichen Ordnung noch kämen“ ist zutiefst entlarvend, wenn die ganze Aktion nur dazu dient, den Gelüsten des Kalifen den Anschein des Legalen zu geben. Wenn wir uns heute umsehen, finden wir zwar keine Kalifen, Großwesire und Sklavinnen mehr, aber die Verbiegung, die Instrumentalisierung des Rechtlichen, ist doch immer wieder anzutreffen.

Kehren wir zurück zu Dürrenmatts Quelle. Was wäre also nach unseren Erkenntnissen heute zur Reparatur erforderlich? Nach dem Geschehen wäre umfassend zu ermitteln. Auch wenn es sich nicht aufdrängen würde, wäre nach Beziehungen zwischen den Beteiligten zu fragen. Dann käme man der Wahrheit und der Gerechtigkeit eher auf die Spur. Vorbeugend wäre hier nicht viel zu machen. Wenn

wir den ersten Reiter beraten müssten, würden wir ihm raten, nicht so viel Geld mitzunehmen.

Meine sehr verehrten Damen und Herren,
Was bleibt als Schlussfolgerung aus diesen Betrachtungen?

Für uns Juristen gilt, dass überall Skepsis angesagt ist. Wir müssen skeptisch sein gegenüber dem, was uns erzählt wird. Wir müssen aber auch misstrauisch sein gegenüber uns selbst, im Hinblick auf mögliche Vorurteile. Jura lässt sich lernen. Die Anwendung auf den Lebenssachverhalt, der Umgang mit den Rechtsuchenden, ist mindestens ebenso wichtig.

Wir haben aber keinen Grund, uns zu verstecken. Schließlich sind es wir Juristen, die für die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung Sorge zu tragen haben. Wir sind zuständig für unser Rechtssystem, für dessen Glaubwürdigkeit und damit letztlich auch für die Moral in unserer Gesellschaft. Es liegt in unserer Hand, dafür zu sorgen, dass eben nicht der Satz gilt, man sei vor Gericht und auf hoher See in Gottes Hand. Gerade im heutigen Deutschland können wir auf die Leistungen unserer Rechtsordnung und damit auch auf die der Juristen durchaus stolz sein, denn unser System gilt weltweit als eines der verlässlichsten.

Lassen Sie sich also bei der Suche nach den richtigen Fakten, nach der Wahrheit und damit nach der Gerechtigkeit von niemandem übertreffen!

Lassen Sie sich in dem an uns Juristen gerichteten Auftrag nicht verbiegen, nicht durch Geld, nicht durch berufliches Fortkommen, nicht durch andere Aussichten, Vorteile und Chancen!

Bedenken Sie: Die Rechtsuchenden vertrauen auf Sie, auf uns. Wer, wenn nicht wir, soll es rechtfertigen. Das ist der Beruf der Juristen heute oder besser: Dazu sind wir Juristen heutzutage berufen.

Anwesende Absolventen

Unternehmensrecht (01)

| | |
|--------------------------|------------------|
| Sebastian Braun | Lena Schaffrath |
| Christian Marcus Döhlert | Dorin Schankin |
| Miriam Fneich | Anja Theewen |
| Hans Ganter | Judith Vergossen |
| Tobias Hahne | Daniel Werfel |
| Derya Karadag | Kathrin Woick |
| Stanislaus Mujas | Sandra Zimmerer |
| Thomas Nagel | |

Rechtspflege und Notariat (02)

| | |
|-------------------------|-----------------------------|
| Edna Bienefeld | Janina Mersmann |
| Katrin Caecilia Camp | Mark Modlich |
| Eda Juliane Deveci | Tim Montag |
| Daniela Fuchs | Tatiana Orfanakou |
| Sabrina Christina Heine | Michael Sauer |
| Franz Jakob König | Tatiana Schmidt |
| Elisabeth Küpper | Benjamin Schulte-Hengesbach |
| Eva Linge | Philip Schützeberg |
| Fiona Lültsdorf | Fabian Wilden |

Geistiges Eigentum und Wettbewerb (03)

| | |
|-------------------|-------------------------|
| Bernd Frieбус | Verena Katharina Luck |
| Johanna Haesemann | Sebastian Nebel |
| Melanie Heine | Julian Alexander Sanner |
| Daniel Hornschuh | Christian Tenkhoff |
| Sandra Krenzlin | Andrea Weichert |
| Pia Kurth | Johanna Wiebusch |
| Leslie Lambertz | |

Bank-, Kapitalmarkt- und Versicherungsrecht (04)

Moritz Handrup

Arbeits- und Sozialrecht (05)

| | |
|---------------------|--------------------|
| Sarah Beckermann | Anna Lisa Rissel |
| Mustafa Derecik | Marcus Schikowski |
| Patrick Flockenhaus | Sebastian Schröder |
| Daniela Josten | Rafael Struwe |
| Annika Klameth | Eleonor Tsrouya |
| Julia Lütgenau | David Wagner |
| Dominik W. Olles | Julian Wölfel |

Internationales Privat-, Wirtschafts- und Verfahrensrecht (06)

| | |
|-------------------------|-------------------------|
| David Appel | Jeanette Dickhaus |
| Phillipp Miklos Banjari | Canan Dogan |
| Jan-Henning Buschfeld | Simone Augusto Funghini |
| Katrin Dahmen | Thomas Joachim Schurz |
| Nadine Degiorgis | Annette Simon |

Privatrechtsgeschichte und Privatrechtsvergleichung (07)

Kristina Busam

Saskia Jessen

Staat und Verwaltung (08 und 09)

David Appich

Béla Gehrken

Robert Simon Bach

Manuela Hundhausen

Christina Braun

Thiemo Schäfer

Lisa von Ditfurth

Thomas Schmitt

Johanna Einarsson

Sebastian Steinforth

Judith Froese

Völker- und Europarecht (10)

Dominic Thomas Beckers-Schwarz

Roman Felten

Rajiv Chandna

Nora Kovacova

Anna-Luise Chané

Andreas Papp

Clemens David Comans

Julia Pullen

Anna Cordts

Knut Schreiber

Verena Eike

Filiz Yildirim

Steuerrecht und Bilanzrecht (11)

Sabine Hoffmans

Mark Simons

Susanne Scholz

Religion, Kultur und Recht (12)

Britta Schmidt

Karin Heike Weixler

Medien- und Kommunikationsrecht (13)

| | |
|---------------------|----------------------|
| Alex Stefan Demirci | Anne Marie Schulte |
| Frederik Egeler | Axel Benjamin Schwab |
| Jana Jocksch | Carolin Zintl |
| Philipp Löhr | |

Kriminologie, Jugendkriminalrecht und Strafvollzug (14)

| | |
|--------------------------------|---------------------------|
| Petra Bernardy | Oliver Lennartz |
| Daniela Boosen | Florian Maacks |
| Sarah Elisabeth Erne | Franziska Richardt |
| Lisa Hartzheim | Gisela Sattler |
| Mareike Herrmann | Daniel Schäfer |
| Frederik Janke | Hannah Schäfer |
| Heike Juris | Kristina Annemaria Strick |
| Asal Koochak Poor | Linda Maren Thiel |
| Swantje Kreuzner | Jonas Wolf |
| Giuseppe Massimiliano Landucci | Benjamin Zoch |
| Artur Langner | |

*Internationales Strafrecht, Strafverfahren,
praxisrelevante Gebiete des Strafrechts (15)*

| | |
|----------------------|----------------------------|
| Uwe Friedrichs | Greta Scholz |
| Michael Jende | Stefanie Schulze-Hönighaus |
| Michael Kauerz | Fabian Stam |
| Karolina Kierzkowski | Anna-Lena Walz |
| Sebastian Kießling | |

Deutsch-Französischer Masterstudiengang (16)

Helene Bubrowski

Maike Hollmann

Maximilian Friedrich

Ida Luise Wilhelm

Thyl Hassler

Akademische Feier zu Ehren der Promovenden
am 29. Januar 2010

Grußwort des Dekans Prof. Dr. Thomas Weigend

Liebe Doctores,

Sehr geehrte Damen und Herren,

es ist für mich als Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät eine besondere Freude und Ehre, Sie zu unserer traditionellen Feier zur Ehrung der Doctores juris des vergangenen Jahres begrüßen zu dürfen. Mein Gruß richtet sich an die anwesenden Kolleginnen und Kollegen aus der Fakultät, an alle Ehegatten, Freunde und Angehörigen, und natürlich ganz besonders an Sie als immer noch frisch gebackene Doctores des Jahres 2009. Ich freue mich sehr darüber, dass Sie in so großer Zahl unserer Einladung gefolgt sind – und dies, obwohl jedenfalls den meisten von Ihnen keine Gaben überreicht werden; ja, nicht einmal Urkunden, denn diese werden, damit Sie nicht so lange warten müssen, bekanntlich ohne Förmlichkeiten auf dem Postweg versandt. Gerade deshalb, weil sich an den Abschluss der Disputation jedenfalls keine offizielle individuelle Würdigung Ihrer Leistung anschließt, ist es ein inzwischen etablierter und guter akademischer Brauch, dass die Fakultät durch eine gemeinsame kleine Feier ihre Freude und ihren Stolz über das Gelingen Ihrer Promotionsvorhaben zum Ausdruck bringt.

Zu Freude und Stolz hat aber nicht nur die Fakultät Anlass, sondern vor allem Sie selbst, liebe Doctores. Wie Sie inzwischen wahrscheinlich besser wissen als am hoffnungsvollen Beginn des Weges zur Dissertation, ist dieser Weg lang, steinig und einsam. Man hat auf ihm nur selten das Gefühl, von Gipfel zu Gipfel zu wandern. Häufiger sind Rückschläge oder sogar vermeintliche Abstürze, und oft fühlt man sich trotz der Bemühungen des Doktorvaters oder der Doktormutter allein, ohne verlässliche Rückmeldungen über die Richtung, die man eingeschlagen, und über die Teilstrecke, die man (vielleicht) schon erfolgreich geschafft hat. Sie, liebe Doctores, haben diesen steilen Pfad geschafft, getragen von wissenschaftlichem Impetus und akademischem Ehrgeiz. Sie können wahrhaft zufrieden mit

dem sein, was Sie geleistet haben, und dies ganz unabhängig von der Note, mit der Ihre Arbeit bewertet worden ist.

Für uns als Fakultät ist die Zahl der erfolgreichen Promotionen in vielerlei Hinsicht wichtig. Zunächst ist jede einzelne Dissertation ein Ausweis fruchtbarer Forschung wie auch ein Beleg für den Erfolg der individuellen akademischen Ausbildung, die wir unseren Absolventen vermitteln möchten. In zunehmendem Maße – man mag dies für richtig halten oder nicht – werden aber auch extern die Leistungsstärke und die Reputation einer Fakultät daran gemessen, wie viele erfolgreiche Promovenden sie hervorbringt, und dies macht sich auch ganz prosaisch bei der Höhe der finanziellen Mittel bemerkbar, die den Universitäten vom Land zugewiesen werden. Auch für uns ist daher der erfolgreiche Abschluss Ihrer Promotionsvorhaben ein Grund zum Feiern – und sich bei Ihnen, liebe Doctores, dafür zu bedanken, dass Sie die Entbehrungen und Mühen des Doktorandendaseins auf sich genommen und Ihre Arbeit mit Geduld und wachsender Sachkunde zu Ende geführt haben.

Unser Dank gilt aber ebenso auch den Ehepartnern, Eltern, Angehörigen und Freunden der Doctores. Sehr häufig findet man im Vorwort gedruckter Dissertationen die Bemerkung, dass ohne die anhaltende Unterstützung der Eltern und ohne die Geduld und Nachsicht des Partners oder der Partnerin die Arbeit nicht zustande gekommen wäre – und jeder, der eine Doktorarbeit geschrieben hat, weiß, dass dieser Hinweis ganz berechtigt ist. Das geistige Eremitendasein der Doktorandin und des Doktoranden lässt sich nur ertragen, wenn im wirklichen Leben jemand durch geduldige Zuwendung, moralische Unterstützung und Aufpassen der unvermeidlichen Frustrationen den notwendigen Ausgleich schafft. Und deshalb haben Sie, liebe Angehörige der Doctores, allen Grund mitzufeiern und sich mitzufreuen, dass das Ziel erreicht ist – und dass sich der junge Doktor oder die junge Doktorin vielleicht inzwischen wieder auf dem Weg zum normalen Sozialverhalten befindet. Jedenfalls möchte ich Ihnen auch im Namen der Fakul-

tät sehr herzlich für Ihr Engagement, Ihre Geduld und Ihre Unterstützung auf dem Weg zum großen Ziel danken.

Üblicherweise nennt der Dekan zu Beginn der Promotionsfeier ein paar statistische Zahlen zu den Dissertationen im abgelaufenen Jahr, und ich möchte an dieser Übung gerne festhalten. Im Jahr 2009 wurden an unserer Fakultät insgesamt 96 Personen promoviert, davon mehr als ein Drittel Frauen. Die Gesamtzahl der Promotionen ist gegenüber den Vorjahren zurückgegangen, ohne dass sich dafür ein naheliegender Grund erkennen ließe. Möglicherweise handelt es sich auch nur um eine Wellenbewegung, und wir werden im nächsten Jahr wieder die Hundertgrenze bei den jungen Doctores überschreiten. Das Alter der Promovierten lag im Schnitt bei 32 Jahren, wobei der älteste den akademischen Grad mit erstaunlichen 79 Jahren erworben hat, während die jüngsten Doctores gerade einmal 26 Jahre alt waren.

Was die Fachgebiete der Doktorarbeiten betrifft, so lag ein deutlicher Schwerpunkt (mit 63 Dissertationen) im Zivil- und Wirtschaftsrecht. 29 Arbeiten kamen aus dem Öffentlichen Recht und 4 aus dem Strafrecht. Entsprechend den unterschiedlichen Interessenschwerpunkten der Doktoranden waren auch die Professorinnen und Professoren unterschiedlich stark mit der Begutachtung von Dissertationen belastet. Die „Goldmedaille“ hat diesmal Herr Professor Prütting mit zehn erfolgreichen Dissertationen errungen.

Die meisten Arbeiten (56%) wurden mit dem Prädikat „magna cum laude“ bewertet. Eine Arbeit passierte mit „rite“, 26% mit dem Prädikat „cum laude“, und immerhin 16% der Doktorprüfungen wurden mit der Höchstnote „summa cum laude“ abgeschlossen. Diesen besonders hervorragenden Doctores gilt natürlich unsere besondere Anerkennung und unsere Gratulation.

Bevor ich zur Vorstellung der Doctores und ihrer Themen übergehe, möchte ich noch dem Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft danken, der durch eine großzügig bemessene Geldsumme die musikalische Begleitung des heutigen

Abends möglich gemacht hat – eine Begleitung, die von Mitgliedern des Collegium Musicum unserer Universität präsentiert wird.

Besonders wichtig ist mir der Dank an die Person, die sicher alle unsere Doctores mindestens schriftlich, häufig aber auch im persönlichen Gespräch kennen und schätzen gelernt haben: Frau Elif Bilgin, die im Dekanat für alle Promotionsangelegenheiten zuständig ist. Ich möchte Ihnen, liebe Frau Bilgin, im Namen aller ganz herzlich dafür danken, dass Sie das nicht immer einfache Geschäft der Promotionsbetreuung mit großem Elan, höchster Zuverlässigkeit und Sorgfalt und vor allem mit Geduld, Charme und gleichbleibender guter Laune geführt haben. Sie haben sich um unsere Doctores und den Erfolg ihrer Bemühungen sehr verdient gemacht!

Festvortrag von Dr. Lars Markert: „*Streitschlichtungsklauseln in Investitionsschutzabkommen*“^{**}

Sehr geehrter Herr Dekan,

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

Liebe *doctores*,

es ist mir eine besondere Ehre, heute mit dem CBH-Preis ausgezeichnet zu werden und aus diesem Anlass zu Ihnen sprechen zu dürfen. Dafür danke ich ganz herzlich der Kölner Traditionskanzlei Cornelius, Bartenbach, Haesemann und Partner, die diesen Preis großzügig gestiftet hat und natürlich auch der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln.

Ganz besonders danke ich meinem Doktorvater Professor Schöbener. Er hat mir die notwendige Freiheit bei meinem Projekt gelassen, das mich von Köln über Washington D.C. und New York in die Metropole Stuttgart geführt hat. Er hat aber auch deutliche Worte gefunden, wenn es darum ging, mich auf den rechten – oder sagen wir, akademischen – Weg zu weisen.

Ich bin mir sicher, ich spreche im Namen aller mit mir hier anwesenden *doctores*, wenn ich noch ein paar weitere Dankesworte äußere. Diese gelten natürlich unseren Doktormüttern und -vätern, den Zweitkorrektoren sowie unseren Freunden und Familien. Es war ihr Rat, ihre Unterstützung und ihr Zuspruch, die uns geholfen haben, diesen interessanten und zugleich herausfordernden Lebensabschnitt erfolgreich zu bewältigen.

Lassen Sie mich nun direkt zum Thema kommen. Der Titel meiner Doktorarbeit lautet: „*Streitschlichtungsklauseln in Investitionsschutzabkommen*“. Und ich bin mir sicher, dass nur die Wenigsten etwas damit anfangen können.

Um zu erklären, was sich hinter diesem Titel verbirgt, möchte ich Sie heute mit

* Rede anlässlich der Verleihung des CBH-Promotionspreises.

auf eine kurze Reise nehmen. Wir lassen die Grenzen des deutschen Rechts hinter uns und begeben uns auf das noch weitgehend unerforschte Gebiet des Investitionsrechts.

Während im deutschen Recht – die anwesenden Professoren und Kollegen mögen mir den Vergleich verzeihen – jede noch so kleine Dorfstraße erforscht und kartographiert zu sein scheint, betreten wir mit dem Investitionsrecht ein unbekanntes Land, das erst in den letzten zwei Jahrzehnten wirklich entdeckt und untersucht wurde.

Das Betreten dieses Neulands bringt es mit sich, dass ich einleitend zunächst einmal erklären sollte, worum es sich beim Investitionsrecht überhaupt handelt. Dies lässt sich am einfachsten anhand eines Beispieles erreichen. Und um auch weiter beim Bild der Reise zu bleiben, lassen sie uns nach Afrika schauen. Stellen Sie sich vor, ein deutscher Investor vereinbart mit der Regierung des afrikanischen Staates, in diesem Staat ein Kraftwerk zu errichten. Der deutsche Investor erhofft sich Profite durch die Erschließung neuer Märkte, während der afrikanische Staat die Energieversorgung der Bevölkerung und die Entwicklung des Staates im Blick hat.

Diese Situation einer grenzüberschreitenden Direktinvestition bildet das typische Grundszenario des Investitionsrechts. Leider ebenfalls typisch sind die nun folgenden Ereignisse. Nachdem der Investor bereits erhebliche Summen investiert hat und der Bau des Kraftwerks schon weit fortgeschritten ist, kommt im afrikanischen Staat eine neue Regierung an die Macht. Deren Vertreter hatten schon im Wahlkampf gegen das Projekt des Investors agitiert und versprochen, es im Falle eines Wahlsieges mit allen Mitteln zu verhindern. So kommt es, dass die neue Regierung plötzlich strenge Umweltauflagen erlässt. Diese verhindern die Fortführung des Kraftwerksbaus und machen das Projekt auch zukünftig unrentabel – entgegen der ursprünglichen Vereinbarungen zwischen dem Investor und der Vorgängerregierung. Der Investor bleibt auf Milliardenverlusten sitzen und muss sich

nun Gedanken machen, wie er weiter vorgehen kann.

Genau hier kommt das Investitionsrecht ins Spiel. Es handelt sich um internationale Rechtsnormen, die Investoren im Ausland vor der Beeinträchtigung ihrer Investitionen durch sogenannte „Gaststaaten“ schützen. Dabei stellt der Begriff des „Gaststaats“ nichts anderes als eine leicht euphemistische Bezeichnung des Staates dar, der die Auslandsinvestitionen empfängt und eventuell durch rechtswidrige Maßnahmen beeinträchtigt. Investitionsrecht dient also dem Investitionsschutz. An diese Feststellung schließen sich aber sogleich zwei wesentliche Fragen an: erstens, wie bestimmt sich überhaupt, ob eine Maßnahme des Gaststaates rechtswidrig ist? Und zweitens, was konkret bewirkt den Schutz des Investors im Falle rechtswidriger Maßnahmen?

Die Antwort auf diese Fragen liefern so genannte „Investitionsschutzabkommen“, die einen der Untersuchungsschwerpunkte meiner Arbeit bilden. Um was handelt es sich bei Investitionsschutzabkommen? Nun, genau genommen um nichts anderes als völkerrechtliche – also zwischen Staaten abgeschlossene – Verträge, in denen sich Staaten untereinander auf Schutzstandards und Schutzmechanismen für ihre Staatsangehörigen und deren Auslandsinvestitionen einigen.

Noch einmal zurück zum Beispiel: Nehmen wir an, Deutschland hat als sogenannter „Heimatstaat“ des deutschen Investors mit dem afrikanischen Staat ein solches Investitionsschutzabkommen abgeschlossen. Dann verpflichtet sich der afrikanische Staat, die deutschen Investoren – und umgekehrt Deutschland, die Investoren aus dem afrikanischen Staat – zu schützen und keine Handlungen vorzunehmen, die gegen die im Investitionsschutzabkommen vereinbarten Schutzstandards verstoßen.

Womit auch die erste der beiden soeben aufgeworfenen Fragen beantwortet wäre. Ob eine Maßnahme eines Gaststaates rechtswidrig ist, bestimmt sich in erster Linie anhand der Schutzstandards eines Investitionsschutzabkommens. Diese Abkommen verbieten beispielsweise eine entschädigungslose Enteignung oder eine

ungerechtfertigte Diskriminierung des Investors.

Dies lässt allerdings noch die zweite Frage offen, wie sich unser deutscher Investor im Falle rechtswidriger Handlungen eines Gaststaates schützen kann. Auch hier hilft ein Blick auf die Investitionsschutzabkommen. Die Abkommen verschaffen dem Investor das Recht, den durch die staatlichen Maßnahmen verursachten Schaden direkt gegen den Gaststaat mittels eines internationalen Schiedsverfahrens einzuklagen. Was bedeutet dies für den deutschen Investoren? Er muss seine Rechte nicht vor den Gerichten des afrikanischen Staats durchsetzen. Er muss nicht befürchten, dass ein nationaler Richter ganz im Sinne des nationalen Interesses des Staates entscheidet. Der Investor kann stattdessen ein mit unabhängigen Experten besetztes internationales Schiedsgericht anrufen, das frei von Einflussnahme neutral und unabhängig über den Rechtsstreit entscheidet.

So weit, so gut. Aber Sie werden sich vielleicht fragen, ob diese theoretischen Ausführungen überhaupt praktische Relevanz haben – oder ob es sich bei unserer Reise zum Investitionsrecht lediglich um einen „esoterischen Trip“ handelt. Lassen Sie mich dazu Folgendes anmerken: mittlerweile existieren über 2700 der beschriebenen Investitionsschutzabkommen und allein Deutschland hat mit 139 Staaten dieser Erde solche Abkommen abgeschlossen. Und die beschriebenen Schiedsverfahren sind sehr real und gerade in den letzten Jahren in über 350 Fällen zum Einsatz gekommen. Dabei können Sie davon ausgehen, dass regelmäßig Millionen- und Milliardenwerte sowie wichtige staatliche Regulierungsinteressen auf dem Spiel stehen. Und auch in Deutschland wird das Bewusstsein für das Investitionsrecht in Bälde steigen. Warum? Das anfangs gebildete Beispiel des Investors, dessen Investition in ein Kraftwerk durch Umweltauflagen beeinträchtigt wurde, existiert wirklich. Nur ist es in Wahrheit nicht ein afrikanischer Staat sondern die Bundesrepublik Deutschland, die sich einer Milliardenklage des schwedischen Stromkonzerns Vattenfall ausgesetzt sieht, nachdem die Partei der Grünen in Hamburg eben solche Umweltauflagen durchgesetzt hatte. Und damit sind

auch Sie, liebe Zuhörer, als Steuerzahler im Fall des Unterliegens der Bundesrepublik Deutschland eventuell persönlich betroffen.

Es macht also auch ganz praktisch Sinn, sich mit dieser jungen Materie zu beschäftigen.

Ich möchte daher noch kurz anreißen, worum es in meiner Doktorarbeit geht.

Die Arbeit befasst sich mit Bestimmungen in Investitionsschutzabkommen, die von den Vertragsstaaten speziell mit Blick auf die Streitschlichtung zwischen dem Gaststaat auf der einen und dem Investor auf der anderen Seite festgeschrieben wurden – den sogenannten „Streitschlichtungsklauseln“. Dabei habe ich schon darauf hingewiesen, dass eine Art von Klauseln – die Schiedsklauseln – es dem Investor ermöglicht, direkt ein neutrales und internationales Schiedsverfahren gegen den Gaststaat einzuleiten.

Diese Schiedsklauseln stehen aber nicht allein. Sie werden ausbalanciert durch mehrere andere Streitschlichtungsklauseln, die vor Einleitung eines Verfahrens gewisse Voraussetzungen oder Hürden für Investoren aufstellen und die bei Nichtbeachtung zur Beendigung des Verfahrens führen sollen.

Die von mir untersuchten Streitschlichtungsklauseln tragen so exotische Namen wie *waiting clauses*, *fork in the road clauses*, *waiver clauses* und *local remedies clauses*.

Ich möchte es nun weder Ihnen noch mir zumuten, Klauseln und Konzepte zu erläutern, für deren Ausarbeitung viele Stunden Zeit und viele Blatt Papier geopfert werden mussten.

Anhand eines Beispiels lässt sich aber verdeutlichen, welches Kernproblem sich bei der Anwendung von Streitschlichtungsklauseln im Investitionsrecht ergeben kann. Betrachten wir die *waiting clause*: Diese sieht vor, dass ein Investor ab Entstehung einer Investitionsstreitigkeit zunächst einmal 6 Monate lang versuchen muss, sich mit dem Gaststaat gütlich zu einigen. Erst dann soll er ein Schiedsver-

fahren einleiten können.

Was aber passiert nun, wenn unser deutscher Investor sich nicht an eine solche *waiting clause* im Investitionsschutzabkommen hält? Was, wenn er bereits vor Ablauf der vorgeschriebenen 6 Monate Wartezeit ein Schiedsverfahren einleitet?

Ein Blick auf die Schiedspraxis überrascht. Obwohl eine Missachtung der Klausel recht häufig vorkommt, hat dies in der Regel keine Konsequenzen für Investoren.

Die Rechtsprechung begründet dies im Kern damit, dass es unverhältnismäßig sei, dem Investor seine Millionenklage zu nehmen, nur weil er einen „Frühstart“ hingelegt hat.

Das Problem dabei ist, dass dieser berechtigte Effizienzgedanke die *waiting clause* praktisch nutzlos macht. Dies war sicher nicht gewollt, denn die Klausel wurde von den Staaten schließlich nicht ohne Grund in Investitionsschutzabkommen aufgenommen. Es ist daher nur logisch, dass der *waiting clause* stets eine effektive Wirkung, ein *effet utile*, zukommen sollte.

Diesen Konflikt zwischen Effizienz des Schiedsverfahrens und Effektivität der Streitschlichtungsklauseln galt es in meiner Arbeit aufzulösen.

Dabei zeigte sich, dass dies über einen noch kaum diskutierten Mittelweg gelingt.

Schiedsgerichte sollten das Verfahren beim Verstoß gegen eine *waiting clause* also tatsächlich nicht sogleich beenden. Sie sollten aber ebenso wenig die Klausel zur Bedeutungslosigkeit verdammen.

Stark vereinfacht besteht der Mittelweg darin, dass Schiedsgerichte das Verfahren aussetzen – also unterbrechen – sollten, bis der Investor die noch verbleibende Wartezeit eingehalten hat.

Eine unmittelbare Verfahrensbeendigung wird damit unnötig – und der Streitschlichtungsklausel wird dennoch Geltung verliehen.

Dieser Mittelweg – der auf einer Unterscheidung zwischen Zuständigkeit (*juris-*

diction) und Zulässigkeit (*admissibility*) in Investitionsschiedsverfahren beruht – lässt sich auch auf die anderen Streitschlichtungsklauseln übertragen. Er erlaubt ein Vorgehen, das viele der Einzelfragen zu Streitschlichtungsklauseln plötzlich einer systemgerechten und in sich stimmigen Lösung zuführt. Wie dies im Einzelfall vor sich geht, können Sie – Ihr Interesse vorausgesetzt – gerne in meiner Arbeit nachlesen.

Abschließend bleibt zu hoffen, dass die Arbeit zum Investitionsrecht – ebenso wie die Doktorarbeiten meiner Kolleginnen und Kollegen in ihren jeweiligen Rechtsgebieten – wieder ein paar kleine weiße Flecken auf der großen Landkarte der Rechtsprobleme getilgt hat.

Es bleibt zu hoffen, dass Andere auf Basis unserer Erkenntnisse die Expedition fortsetzen und auf dieser Basis weitere Entdeckungen machen.

Wenn dies gelingt, haben wir sicherlich ein wesentliches Ziel unserer Doktorarbeiten erreicht und sind an einem sehr guten Ende unserer Reise angekommen.

Herzlichen Dank!

Festvortrag von Dr. Daniel Ulber: „*Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten*“*

Spektabilität,

Sehr geehrte Damen und Herren Professorinnen und Professoren,

Kommilitonen,

Sehr geehrte Damen und Herren,

es ist eine große Ehre, Ihnen hier – stellvertretend für viele erfolgreiche Absolventen – einen Einblick in die wissenschaftliche Arbeit der letzten Jahre geben zu dürfen. In 10 Minuten das zusammenzufassen, was Tag für Tag und Nacht für Nacht ausgearbeitet wurde, ist schier unmöglich. Neben seinem fachlichen Teil soll dieser Vortrag aber auch Ausdruck des Dankes an Viele sein: An die Universität, die Fakultät, die Professorinnen und Professoren, die uns das kritische juristische Denken gelehrt haben, insbesondere den Doktorvätern und -müttern und last but not least, den Eltern, Freunden und Lebensgefährten, die uns alle bisweilen entbehren mussten, damit die Dissertationen des letzten Jahres entstehen konnten. Für die Verleihung des Promotionspreises, der der Fakultät seit Langem verbundenen Sozietät Cornelius, Bartenbach und Haesemann, möchte ich mich ganz persönlich sehr herzlich bedanken, gerade auch, weil ich weiß, dass auch viele andere, die heute hier sitzen, den Preis verdient gehabt hätten.

Der Titel meiner Arbeit lautet: „*Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten*“. Worum es dabei geht, will ich anhand eines Beispiels erläutern. Nehmen wir an, sie kämen des Nachts in ein Krankenhaus und müssten operiert werden. Als behandelnde Ärzte stünden ihnen zwei ansonsten gleichwertige Mediziner zur Auswahl, von denen der eine

* Rede anlässlich der Verleihung des CBH-Promotionspreises.

24 Stunden im Dienst ist und der andere über einen Blutalkoholwert von mindestens 0,5 Promille verfügt. Welchen würden Sie wählen? Wenn man sich vertiefter mit den Folgen beschäftigt, die überlange Arbeitszeiten für die Gesundheit, aber auch für die physische und psychische Leistungsfähigkeit haben, stellt man fest, dass dies im Grunde egal ist. Denn überlange Arbeitszeiten und insbesondere Nacharbeit sind nicht nur hochgradig gesundheitsschädlich, sie senken auch die individuelle Leistungsfähigkeit von Menschen massiv ab. Fehler und Unfälle bei der Arbeit sind die Folge.

Das deutsche Arbeitszeitrecht sieht vor diesem Hintergrund an sich eine strenge Begrenzung der Arbeitszeit vor. Ich will Sie hier nicht mit einer Paragraphen-Flut langweilen, aber sehr stark vereinfacht gilt Folgendes:

Die tägliche Arbeitszeit darf grundsätzlich 8-10 Stunden nicht überschreiten und die Wochenarbeitszeit darf im Durchschnitt nicht mehr als 48 Stunden betragen.

Wie aber kommt es dennoch, dass regelmäßig Arbeitnehmer in Krankenhäusern oder in anderen Bereichen 16 Stunden und mehr tätig sein können?

Damit sind wir beim Thema meiner Arbeit. Denn ermöglicht werden solche Arbeitszeitmodelle erst durch Tarifverträge. Diesen gestattet der Gesetzgeber, die Abweichung von fast jeder Schutzvorschrift des Arbeitszeitrechts und zwar im Falle des Bereitschaftsdienstes, ohne eine Höchstarbeitszeit ausdrücklich zu regeln. Wie kommt es, dass die Tarifvertragsparteien angesichts der erheblichen Gesundheitsgefahren, die mit überlangen Arbeitszeiten verbunden sind, so erhebliche Befugnisse verliehen bekommen?

Das Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland ist traditionell von einer Kooperation von Gesetzgeber und Tarifpartnern geprägt. Ein Ausfluss dieses Kooperationsverhältnisses ist das tarifdispositive Gesetzesrecht. Dieses gestattet den Tarifvertragsparteien etwas, dass im Arbeitsrecht ansonsten kaum vorkommt: die Absenkung des gesetzlichen Schutzniveaus durch Vertrag. Dies ist deshalb beson-

ders hervorzuheben, weil arbeitsrechtliche Schutzvorschriften grundsätzlich einseitig zwingend zugunsten der Arbeitnehmer wirken. Hierdurch kompensiert der Gesetzgeber die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers in der Phase des Vertragsschlusses. Und auch die Tarifautonomie ist – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts –, „darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen.“ Beide Instrumente dienen damit eigentlich dem Schutz der Arbeitnehmer, wenn auch auf unterschiedlichem Wege.

Das tarifdispositive Gesetzesrecht kombiniert diese beiden Instrumentarien nunmehr aber in der Weise, dass es den Tarifvertragsparteien die Abweichung von gesetzlichen Schutzvorschriften erlaubt und zwar auch zum Nachteil der Arbeitnehmer. In meinem oben genannten Beispiel dürfen die Tarifvertragsparteien also die Arbeitszeit bei Bereitschaftsdienst durch einen Tarifvertrag auf 24 Stunden am Tag ausdehnen.

Damit können sie eine Regelung treffen, die das Gesetz ansonsten verbietet, weil der Gesetzgeber die Grundrechte der Arbeitnehmer, hier ihre Gesundheit, schützen muss. Der Sache nach bedeutet das tarifdispositive Gesetzesrecht damit eine weitreichende Delegation staatlicher Regelungsbefugnisse auf die Tarifvertragsparteien. Diese Befugnis umfasst im deutschen Arbeitszeitrecht auch Modelle, deren Gesundheitsverträglichkeit überaus fragwürdig ist.

Allerdings hegt der Gesetzgeber die Erwartung, die Tarifautonomie selbst biete hinreichend Gewähr dafür, dass die getroffenen Regelungen den Arbeitnehmerschutzgedanken ausreichend berücksichtigen.

Dennoch stellt sich die Frage, ob sich mit einer solchen Erwartung tatsächlich eine weitgehende Freistellung von der Bindung an das Arbeitszeitrecht, bei dem es sich immerhin um öffentlich-rechtliches Gefahrenabwehrrecht handelt, legitimieren lässt. In meiner Arbeit komme ich zu dem Ergebnis, dass das nicht der Fall ist. Vielmehr wird meiner Meinung nach durch die gegenwärtige gesetzliche

Konstruktion, die von der Verfassung vorgesehene Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgeber und Tarifvertragsparteien grundlegend verkannt.

Es spricht eine Vielzahl von Erwägungen gegen derart weitreichende Befugnisse der Tarifvertragsparteien. Zwei besonders gewichtige Teilaspekte will ich herausgreifen. Die Frage nach der Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien einerseits und andererseits die Frage, ob schon allein die bloße Existenz des Instituts der Tarifautonomie eine hinreichende Garantie für die Gewährleistung des Grundrechtsschutzes der Tarifunterworfenen darstellt.

Sind die Tarifvertragsparteien selbst an die Grundrechte gebunden, so erscheinen die Risiken tarifdispositiven Gesetzesrechts auf den ersten Blick weniger dramatisch. Denn dann würden Tarifverträge auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz überprüft und könnten auch ohne gesetzliche Regelung verworfen werden. Dann hätten grundrechtsverletzende Regelungen keinen Bestand und die Gerichte könnten auch dann, wenn gesetzliche Regelungen fehlen oder insuffizient sind, einschreiten.

In der Tat nimmt die Rechtsprechung des BAG eine solche Bindung der Tarifvertragsparteien an, neuerdings allerdings ausdrücklich nur noch in Form einer Bindung an die grundrechtlichen Schutzpflichten. Allerdings ist dieses Kontrollinstrumentarium durch das BAG jedenfalls im Ergebnis stark zurückgenommen worden. Das BAG begründet seine Handhabung damit, die Verfassung verwehre ihm eine Bewertung der Angemessenheit tarifvertraglicher Regelungen. Damit wird aber die Überlegung, durch eine solche Rechtsprechung könne ein effektiver Grundrechtsschutz erfolgen, bedenklich.

Meine Arbeit kommt ohnehin zu dem Ergebnis, dass das gesamte Modell der Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien nicht überzeugt. Denn diese sind und bleiben private Normsetzer. Sie sind keine staatlichen Organe. Ihre Aufgabe ist es nicht, die Grundrechte zu schützen. Sie sind vielmehr Grundrechtsträger und nicht Adressat der Verpflichtungen aus dem Grundgesetz. Dies ist und bleibt,

auch mit Blick auf die Wesentlichkeitstheorie und den Vorbehalt des Gesetzes, der Staat, hier der Gesetzgeber.

Eine Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien gibt es also nicht. Nehmen wir einmal an, es gebe nun aber einen Tarifvertrag mit grundrechtsverletzenden Arbeitszeitregelungen. Wie lässt sich nun der Grundrechtsschutz des Arztes aus meinem Beispiel sicher stellen?

Die Antwort ist überaus einfach. Der Gesetzgeber muss durch gesetzliche Regelungen den Tarifvertragsparteien von vorne herein jede Möglichkeit zu grundrechtsverletzenden Tarifverträgen nehmen. Auf diese gesetzlichen Regelungen können die Gerichte dann zurückgreifen.

Diese Sichtweise darf aber nicht dazu führen, dass die Gerichte nunmehr – etwa unter Verweis auf fehlende gesetzliche Ausformungen grundrechtlicher Schutzpflichten - eine Klage abweisen. Denn das Ergebnis kann hier nicht lauten, dass der Staat dem Bürger keinen Grundrechtsschutz gewährt, weil der Gesetzgeber die Schutzpflichten noch nicht konkretisiert hat. Daher müssen die Instanzgerichte in solchen Konstellationen das Bundesverfassungsgericht anrufen dürfen. Denn dieses hat die Befugnis, den Gesetzgeber zum Erlass von Normkomplexen zu verpflichten und unter Umständen übergangsweise Regelungen anzuordnen. Damit verbleibt die Aufgabe des Grundrechtsschutzes dann auch in erster Linie dort, wo er hingehört, nämlich beim Gesetzgeber.

Dies erscheint auch aufgrund rechtlicher und tatsächlicher Veränderungen im kollektiven Arbeitsrecht geboten. Denn das tarifdispositive Gesetzesrecht geht von der Prämisse aus, dass die zur Rechtsetzung ermächtigten Verbände dem Gesetzgeber in etwa gleichwertig sind. Das Theorem von der austarierten Machtbalance zwischen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften bricht aber gegenwärtig allmählich in sich zusammen. Seit langem ist ein massiver Mitgliederschwund und eine organisatorische Schwäche von Verbänden, insbesondere der Gewerkschaften, zu verzeichnen. Teilweise sind diese mit den ihnen zugewiesenen Aufgaben

schlicht überfordert. Die Missstände in der Leiharbeit geben davon ein anschauliches Beispiel.

Diese tatsächlichen Probleme werden aber auch dadurch verstärkt, dass die Rechtsprechung die Anforderungen, die eine Gewerkschaft erfüllen muss, bevor sie Tarifnormen setzen darf, abgesenkt hat. Während früher sichergestellt war, dass nur Verbände, die über eine große Mitgliederzahl und eine erhebliche organisatorische Leistungsfähigkeit verfügten, Tarifnormen setzen, ist dies heute anders. Damit kann es gegenwärtig nicht mehr als garantiert angesehen werden, dass alle tariffähigen Verbände über die notwendige mitgliedschaftliche Legitimation, Infrastruktur und den aus diesen erwachsenden Sachverstand verfügen, um den Gesetzgeber partiell zu vertreten.

Will man die Legitimationsgrundlage des tarifdispositiven Gesetzesrechts wiederherstellen, muss also ein Korrektiv für diese Entwicklung gefunden werden. Dazu schlägt meine Arbeit vor, nur solchen Verbänden die Abweichungsbefugnis von Gesetzesrecht zu gestatten, die hinreichend repräsentativ in einer Branche sind. Dann wären nur solche Verbände befugt, vom Gesetz abzuweichen, die dem Leitbild verantwortlicher partieller Vertretung des Gesetzgebers gerecht werden.

Dennoch bleibt festzuhalten, dass der Gesetzgeber sich nicht durch den schlichten Verweis auf die Tarifautonomie seiner genuinen Aufgabe der Wahrung der grundrechtlichen Schutzpflichten für seine Bürger entledigen darf.

Und vor diesem Hintergrund erscheint die gegenwärtige tarifdispositive Gestaltung des Arbeitszeitrechts als zu weitreichend. Dies gilt mit Blick auf den Grundrechtsschutz der Arbeitnehmer, die solchen Arbeitszeitmodellen unterworfen werden, aber auch mit Blick auf Dritte, also hier die Patienten, die der herabgesetzten Leistungsfähigkeit ärztlichen Personals ausgesetzt werden.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten: Die Tarifautonomie ist ein hohes Gut: Sie darf aber weder überhöht noch überfordert werden, indem man ihr Aufgaben zuweist,

deren Wahrnehmung nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes dem Staat obliegen.

Ich danke Ihnen für die freundliche Aufmerksamkeit.

Festvortrag von Dr. Sebastian Wollschläger: *„Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB und Umsatzprämien im Stufenwettbewerb“**

Sehr geehrter Herr Dekan,

Sehr geehrte Damen und Herren Professorinnen und Professoren,

Sehr geehrte Damen und Herren,

Liebe Doktorandinnen und Doktoranden!

Bevor ich den Inhalt meiner Arbeit zusammenfasse, möchte ich der Kanzlei CBH – namentlich Herrn Professor Bartenbach – für die Stiftung des Dissertationspreises danken. Es freut mich, dass meine Arbeit für den Bereich Strafrecht ausgewählt wurde, und dass ich hier heute vor Ihnen reden darf.

Meine Arbeit hat ein strafrechtliches Thema zum Gegenstand, genauer gesagt, ein Thema im Bereich der Wirtschaftskorruption und der Strafvorschrift des § 299 StGB, der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr. Der Titel der Arbeit lautet: *„Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB und Umsatzprämien im Stufenwettbewerb“*.

Über Korruption wird in letzter Zeit viel berichtet. Ich erinnere nur an den sog. Siemens-Skandal oder an die Thematik einzelner Ärzte, die sich von Pharma-Herstellern für die Verschreibung bestimmter Medikamente bezahlen lassen sollen. Ob Korruption tatsächlich – wie man manchmal den Eindruck gewinnen kann – auf dem Vormarsch ist, soll an dieser Stelle jedoch nicht mein Thema sein. In meiner Arbeit habe mich mit dem Täterkreis der Vorschrift des § 299 Abs. 1 StGB auseinandergesetzt. Danach ist strafbar, wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt

* Rede anlässlich der Verleihung des CBH-Promotionspreises.

oder annimmt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge.

Soweit der etwas sperrige Gesetzeswortlaut, den ich anhand eines Beispiels aber noch veranschaulichen möchte:

Das Unternehmen U möchte ein Kraftwerk bauen und schreibt Leistungen hierfür aus. Unter anderem das Unternehmen X gibt ein Angebot ab. Sodann wendet sich der Geschäftsführer des U an einen Mitarbeiter des X und erklärt, er werde für die Auftragsvergabe an X sorgen, wenn er dafür nur persönlich bezahlt werde. X erhält tatsächlich den Auftrag und der Geschäftsführer des U einen hohen Geldbetrag aus einer zu diesem Zweck bei X eingerichteten „schwarzen Kasse“. Dem einen oder anderen wird das Beispiel vielleicht bekannt vorkommen, denn es ist einem Sachverhalt aus dem „Siemens-Skandal“ nachgebildet (vgl. BGH StV 2009, 21 ff.).

In meiner Arbeit habe ich mich nun mit der Person des Täters des § 299 Abs. 1 StGB auseinandergesetzt, d.h. mit der Person des Vorteilsempfängers, des Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes, wie es im Tatbestand heißt. In dem Beispielsfall ist dies der Geschäftsführer des Unternehmens U. Ich habe gefragt, welche Kriterien diese Person nach geltender Rechtslage erfüllen muss, und ich habe mich damit beschäftigt, ob de lege ferenda eine Modifizierung des Täterkreises geboten ist. Anstoß für diese Überlegungen war die verschiedentlich in der Literatur geäußerte Kritik daran, dass der Inhaber eines Betriebes kein tauglicher Täter der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr ist. Der Tatbestand des § 299 Abs. 1 StGB stellt ja schon seinem Wortlaut nach allein auf Angestellte und Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes als Vorteilsempfänger ab, nimmt damit aber gleichzeitig den Inhaber des Betriebes, also demjenigen, dem wirtschaftlich das „Eigentum“ an dem Betrieb zuzuordnen ist, von der Strafbarkeit aus.

Der Beantwortung der Frage habe ich mich in der Weise genähert, dass ich zunächst das durch die Norm geschützte Rechtsgut festgestellt habe: Dies ist – mit der ganz herrschenden Meinung – der lautere Wettbewerb. Wenn nun ein bestimmtes Verhalten wettbewerbswidrig ist, kann man durchaus an eine Strafbarkeit nach einer Norm, die den Wettbewerb schützen will, denken; umgekehrt – im Falle eines fehlenden Wettbewerbsverstößes – kommt eine Strafbarkeit nach § 299 StGB aber gerade nicht in Betracht.

Im Wettbewerbsrecht bin ich dann auf das Phänomen der sog. Umsatzprämien im Stufenwettbewerb gestoßen, das in der Literatur viel diskutiert wird, und mit dem Zivilgerichte in lauterkeitsrechtlicher Hinsicht schon des Öfteren befasst waren. Es weist eine deutliche Ähnlichkeit mit dem Verhalten auf, das nach § 299 StGB unter Strafe steht. Es liegt jedenfalls eine bestechungsähnliche Situation vor, die ich anhand eines Beispiels verdeutlichen will:

Der Verkäufer V eines Bekleidungsgeschäftes erhält von dem Jeanshersteller H eine umsatzbezogene Prämie dafür, dass er seinen Kunden die Produkte des H empfehle. Es gibt also einen Vorteilsgeber (H), einen Vorteilsnehmer mitsamt geschäftlichem Betrieb (V) und einen Zusammenhang zu einer geschäftlichen Entscheidung im Wettbewerb den Bezug von Waren betreffend, nämlich den Bezug der Jeans durch das Bekleidungsgeschäft, der von dem Verkaufserfolg des V abhängt.

Wie nun bewertet das Wettbewerbsrecht einen solchen Sachverhalt? Ausgangspunkt ist der § 3 UWG, der unlautere Wettbewerbshandlungen verbietet, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen.

Ist der V aus dem Beispielsfall Angestellter des Bekleidungsgeschäftes, wird die Gewährung der Umsatzprämie ganz überwiegend kritisch gesehen, denn durch die Prämie wird die Gefahr sachfremder, eigennütziger Entscheidungen des An-

gestellten begründet. Er könnte zum Beispiel auf die Idee kommen, die Jeans einem Kunden zu empfehlen, dem sie überhaupt nicht steht, nur um in den Genuss der Umsatzprämie zu kommen.

Anders dagegen die Rechtslage, wenn der V Inhaber des Bekleidungsgeschäftes ist; hier ist bei der Bewertung der Umsatzprämie ein Wandel i.S. einer Liberalisierung des Wettbewerbsrechts festzustellen: V ist als Unternehmer in seinen Entscheidungen frei, diese auch auf Kosten anderer zu treffen, denn er trägt schließlich das wirtschaftliche Risiko seines Betriebes. Empfiehlt er die Hose jemandem, dem sie nicht steht, läuft er Gefahr, dass der Kunde künftig nicht mehr bei ihm kauft, so dass er sich viel eher als der Angestellte überlegen wird, ob er seine geschäftlichen Entscheidungen allein kurzfristig prämiengeleitet vornimmt. Die Gefahr sachfremder Entscheidungen ist bei ihm also anders zu bewerten. Die Prämie stellt sich faktisch allein als Teil einer Gesamtkalkulation des Unternehmers dar. Derartiges ist aber, so die überwiegende Ansicht im Wettbewerbsrecht, kein Verstoß gegen die Regeln des UWG.

Anders werden die Dinge allerdings in Fällen sog. Drittverantwortlichkeit (auch: Dreieckskoppelung) gesehen, in denen der Betriebsinhaber dem Verbraucher aufgrund übergeordneter Normen dazu verpflichtet ist, neutrale und objektive Entscheidungen zu treffen, wie beispielsweise der Arzt, der seinen Patienten ein Medikament verschreibt. In diesem Fall will auch das Wettbewerbsrecht vor einer „zu wirtschaftlichen“ Denkweise schützen, und zwar aufgrund des übergeordneten Ziels des Gesundheitsschutzes. Grundsätzlich aber gilt, dass der Betriebsinhaber die Freiheit genießt, prämiengeleitete Entscheidungen zu treffen, der Angestellte dagegen nicht, so dass sein Verhalten eine UWG-Verletzung darstellt. Erst das Auseinanderfallen von Prämienempfänger und derjenigen Person, die das wirtschaftliche Risiko trägt – also dem Unternehmer – bewirkt grundsätzlich die Gefahr einer Wettbewerbsverletzung.

Diese Erkenntnisse kann man sich nun für das Verständnis der Norm des § 299

Abs. 1 StGB nutzbar machen: Zum Einen gewinnt man wichtige Hinweise darauf, wie die Begriffe des Angestellten, des Beauftragten und des geschäftlichen Betriebes zu verstehen sind. Zum Anderen erkennt man aber auch, dass die wettbewerbsgefährdende Dreieckskonstellation gerade der Konzeption des Tatbestandes des § 299 Abs. 1 StGB entspricht – Vorteilsgeber, angestellter oder beauftragter Vorteilsnehmer und dessen geschäftlicher Betrieb. Ihre derzeitige Fassung kann also im Hinblick auf den bezweckten Wettbewerbsschutz grundsätzlich nicht beanstandet werden. In meiner Arbeit komme ich jedenfalls zu dem Ergebnis, dass insbesondere eine Ausweitung des Täterkreises auf den Betriebsinhaber nicht geboten ist, denn hier fehlt es im allgemeinen an der wettbewerbsgefährdenden Dreieckskonstellation.

Anders kann man dies – der lauterkeitsrechtlichen Bewertung entsprechend – in den wettbewerbsrechtlich kritischen Fällen der Drittverantwortlichkeit des Betriebsinhabers sehen. Auch in diesen Fällen lehne ich jedoch eine Einbeziehung in den Tatbestand des § 299 Abs. 1 StGB ab, jedoch nicht aufgrund von rechtsgutsbezogenen Überlegungen, sondern aufgrund von allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen, nämlich dem Ultima-Ratio- und dem Bestimmtheitsgrundsatz. In besonders sensiblen Bereichen kann man allenfalls an die Schaffung von Spezialtatbeständen denken.

Kurz anreißen möchte ich noch eine weitere Thematik, mit der ich mich in der Arbeit auseinandergesetzt habe. Von dem Gesetzgeber derzeit vorgesehen ist es, die Strafbarkeit nach § 299 StGB nicht mehr allein auf Tauschvorgänge zu beschränken, bei denen es zu einer Beeinträchtigung des lautereren Wettbewerbs kommt, sondern auf solche Fälle auszuweiten, in denen der Vorteilsempfänger durch die Vorteilsannahme die Pflichten gegenüber seinem Geschäftsherrn verletzt. Bezeichnen kann man dies als Geschäftsherrenmodell, während der geltenden Tatbestandsfassung ein Wettbewerbsmodell zugrunde liegt.

In meiner Arbeit lehne ich eine derartige Ausweitung der Strafbarkeit jedoch ab,

weil sie m.E. gegen tragende Prinzipien des Strafrechts – zu nennen sind wiederum Ultima-Ratio- und Bestimmtheitsgrundsatz – verstößt. Das Merkmal der Pflichtverletzung ist viel zu weit, um eine Strafbarkeit rechtfertigen zu können. Die Probleme, die die Ausfüllung des Merkmals der Treuepflichtverletzung bei § 266 StGB bereitet, sind hinlänglich bekannt. Die Probleme, die das Merkmal der Pflichtverletzung bei der Anwendung der geplanten Fassung des § 299 StGB machen würde, gingen noch einmal darüber hinaus. Der Tatbestand der Untreue genügt m.E. auch, um dem Geschäftsherrenmodell entsprechende strafwürdige Sachverhalte im Bereich der Wirtschaftskorruption zu erfassen. Es bedarf dann aber eben auch dem Vorliegen eines Vermögensschadens, der in der Neufassung des § 299 StGB nicht vorkommt.

Während ich die Arbeit geschrieben habe, war das besagte Gesetzgebungsvorhaben irgendwann auf der Tagesordnung, und ich habe natürlich befürchtet, dass deren Umsetzung die Konzeption meiner Arbeit durcheinanderbringt – ein Gefühl, das der eine oder andere Doktorand vielleicht kennt. Zum Glück wurden meine Pläne jedoch nicht durchkreuzt. Bis heute ist das Gesetz nicht verabschiedet worden, und es bleibt zu hoffen, dass dies auch so bleibt.

Soweit eine kurze Zusammenfassung des Inhaltes meiner Arbeit. Abschließen möchte ich jedoch nicht, ohne meinem Doktorvater Herrn Professor Nestler und dem Zweitgutachter Herrn Professor Seier für die Betreuung der Arbeit noch einmal herzlich zu danken.

Ihnen – meine sehr geehrten Damen und Herren – danke ich für die Aufmerksamkeit.

Zwanzig-Jahr-Feier des Deutsch-Französischen Studiengangs Rechtswissenschaften der Universität zu Köln und der Universität Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) am 13. März 2010 – *Ta-gungsbericht*

Vor 20 Jahren leisteten die juristischen Fakultäten der Universität zu Köln und der Pariser Sorbonne europäische Pionierarbeit: Sie gründeten den ersten deutsch-französischen Studiengang Rechtswissenschaften. Die Väter des Programms waren Professor Dr. Ulrich Hübner und Professor Michel Fromont. Zwei Elemente machen das Programm bis heute einzigartig:

- Es ist das einzige deutsch-französische Programm, in dem eine Gruppe von 30 deutschen und 30 französischen Studierenden gemeinsam 4 Jahre verbringt, zunächst in Deutschland und dann in Frankreich und damit u.a. die Grundlage für lebenslange Freundschaften und Kontakte legt;
- Es ist das einzige Programm, das gleichwertig in zwei Rechtsordnungen eine grundständige, komplett integrierte juristische Ausbildung anbietet.

Die Partneruniversitäten sind stolz auf nunmehr fast 1.000 Absolventen und Studierende, hohe Standards, Qualitätssicherung durch laufende Fortentwicklung des Programms und eine enge Verzahnung mit der Praxis. Die Erfolge der Studierenden sprechen für sich: Die Absolventen arbeiten in deutsch-französischen und internationalen Kanzleien und Unternehmen, als Richter sowie als Spitzenbeamte im nationalen, europäischen und internationalen Bereich. Viele der Absolventen legen nicht nur die nationalen Prüfungen ab, die zur Ausübung des Richteramtes oder des Anwaltsberufes befähigen, sondern setzen ihr Studium an Kaderschmieden wie der französischen *Ecole Nationale d'Administration (ENA)* oder dem *College d'Europe* in Brügge fort, gehen für Graduiertenprogramme an amerikanische und englische Spitzen-Universitäten und promovieren an führenden deutschen

und französischen Universitäten.

Das Programm ist "oft kopiert, nie erreicht": viele andere deutsche und französische Universitäten haben, inspiriert von Köln/Paris, deutsch-französische rechtswissenschaftliche Studiengänge eingerichtet; all diese Programme haben aber mehr den Charakter von Austauschprogrammen und stellen keine wirklich voll integrierten Programme dar. Das Programm war auch Vorbild bei der Gründung der Deutsch-Französischen Hochschule vor nunmehr 10 Jahren und ist eines ihrer Aushängeschilder. Schließlich verwirklicht das Programm seit 20 Jahren die Ziele der Erklärung von Bologna und könnte Vorbildfunktion haben bei der Umstellung des deutschen juristischen Studiums auf Bachelor und Master. Die Alumni des Programms organisierten am 13. März 2010 anlässlich des 20jährigen Bestehens ihres "DFM", wie das Programm abgekürzt wird, eine Fachtagung zu dem Thema "Der EuGH-Richter und seine Rolle bei der Entwicklung der rechtlichen Rahmenbedingungen für transnationale Unternehmen". Diese Tagung bot zugleich die Gelegenheiten, einerseits zurückzublicken auf 20 Jahre einer deutsch-französischen Erfolgsgeschichte und andererseits vorzuschauen auf die Herausforderungen, denen sich das Programm in den nächsten Jahrzehnten stellen muss.

Rückschau und Ausblick: Der deutsch-französische Studiengang Rechtswissenschaften als innovatives europäisches Exzellenzprogramm, das gut vorbereitet ist für zukünftige Herausforderungen

Die beiden Schirmherren der Veranstaltung, die französische Ministerin für Hochschule und Forschung, Frau Valérie Pécresse, und Herr Ministerpräsident Jürgen Rüttgers konnten beide leider wegen ihrer Verpflichtungen im Wahlkampf nicht persönlich teilnehmen, haben aber beide hochrangige Vertreter geschickt. Staatssekretär Dr. Michael Stückradt aus dem nordrhein-westfälischen Ministerium für Innovation hob hervor, wie das Programm seit 20 Jahren das vorlebt, was die deutschen Wissenschaftsminister unter dem Stichwort "Bologna- Prozess" auf

breiter Basis einführen wollen, nämlich ein Studium von hoher Qualität im europäischen Hochschulraum. Er sieht das Programm damit bestens gerüstet für die Zukunft. Der französische Generalkonsul Hugues Nordi kam zum gleichen Schluss und bescheinigte dem Programm, dass es genau das verwirklicht, was der deutsch-französische Ministerrat am 4. Februar 2010 als Ziel ausgegeben hat: die Schaffung innovativer deutsch-französischer Hochschulprogramme als europäische Exzellenzzentren.

Der Rektor der Universität zu Köln, Professor Dr. Axel Freimut, unterstrich die Wichtigkeit der Exzellenz und der Internationalisierung der Universitäten nicht nur in der Forschung, sondern im Besonderen in der Lehre und bestätigte, dass das Programm eines der Aushängeschilder der Universität zu Köln ist. In einer sehr persönlichen Ansprache erinnerte Yvonne Flour, die Vizepräsidentin der Universität Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), an die Bedeutung der deutsch-französischen Zusammenarbeit nach dem 2. Weltkrieg und wünschte dem Programm eine lange und erfolgreiche Zukunft. Der Präsident der deutsch-französischen Hochschule, Professor Pierre Monnet, bedauerte, dass die deutsch-französische Hochschule ihren großen Programmen, und allen voran dem deutsch-französischen Studiengang Rechtswissenschaft, radikal die Stipendien ab dem akademischen Jahr 2010/11 beschneiden muss. Er versprach, dass die großen Programme in den vollen Genuss der Mittelerhöhung kommen würden, welche er als praktische Folge der Beschlüsse des deutsch-französischen Ministerrats vom 4. Februar 2010 erwartete.

Die Programmbeauftragte der Universität zu Köln, Frau Professor Dr. Barbara Dauner-Lieb, knüpfte hier unmittelbar an: Sie erinnerte an die zentrale Rolle Konrad Adenauers für die Universität zu Köln, die schon immer große Bereitschaft der Kölner Bürgerschaft, auch finanziell zu "ihrer" Universität zu stehen und freute sich deshalb sehr verkünden zu dürfen, dass die Kölner Kanzleien Oppenhoff, Flick Gocke Schaumburg und Graf von Westphalen jeweils Stipendien

im Wert von 5.000 EUR gestiftet haben, um auch in Zukunft sicherzustellen, dass alle Studierenden unabhängig von ihrer finanziellen Lage am Programm teilnehmen können. Herr Professor David Capitant, Programmbeauftragter der Universität Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), unterstrich die vielen Chancen, die sich dem Programm für die Zukunft bieten, und begrüßte in diesem Zusammenhang, dass die Alumni sich durch einen Beirat verstärkt in die Gestaltung der Zukunft des Programms einbringen wollen.

Zum Abschluss unterstrichen die Vertreter der Anwaltschaft die hohe Zufriedenheit mit der akademischen Qualität und der Praxisorientierung des Programms. Für den *Ordre des avocats de Paris* lobte Maître Dominique Heintz, *membre du Conseil de l'Ordre*, die aktive Mitarbeit der Alumni in der deutsch-französischen Arbeitsgruppe des *Ordre*. Für die Bundesrechtsanwaltskammer hob Vizepräsident Ekkehard Schäfer hervor, wie wichtig die kontinuierliche internationale Ausrichtung der jungen Anwälte ist. Schließlich fasste der Vorsitzende der Rechtsanwaltskammer Köln, Hubert van Bühren, sehr prägnant zusammen, was alle Ansprachen der Festredner verband: dass der deutsch-französische Studiengang Rechtswissenschaften Köln/Paris Vorreiter für eine sinnvolle Implementierung des Bologna- Prozesses ist, bei der die aktuelle, hohe Qualität der Juristenausbildung gewahrt bleibt.

Fachdebatte: Der EuGH-Richter und seine Rolle bei der Entwicklung der rechtlichen Rahmenbedingungen für transnationale Unternehmen

Moderiert von Hajo Friedrichs, Brüssel-Korrespondent der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, und Jean-Philipp Lacour, Wirtschafts-Korrespondent der französischen Wirtschaftszeitung "Les Echos", diskutierten die EuGH-Richter Professor Dr. Thomas von Danwitz und Stéphane Bonichot mit der Referatsleiterin "Gesellschaftsrecht" der Europäischen Kommission, Frau Claire Bury, und dem einflussreichen französischen Europaabgeordneten Jean-Paul Gauzès über den

EuGH und dessen Einfluss auf die rechtlichen Rahmenbedingungen für transnationale Unternehmen. In der über zwei Stunden dauernden Debatte entwickelte sich zwischen den Rednern auf dem Podium und den Alumni des Programms im Publikum eine lebhafte und interessante Diskussion, in deren Verlauf sich vor allem herausstellte, wie wichtig der gedankliche Austausch zwischen EuGH, Europäischem Parlament, Europäischer Kommission, Universitäten und Rechtspraktikern ist.

Ein erstes heftig diskutiertes Thema war die Frage der Sitz- und Gründungstheorie und der Anwendung der Urteile *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering* und *Cartesio*. Frau Bury begrüßte die grundsätzliche Entscheidung des EuGH in *Überseering*, da sie die Freizügigkeit für Unternehmen Wirklichkeit werden lässt. Sodann legte sie aber dar, dass die Entscheidung in *Cartesio* für Verwirrung und Unklarheit gesorgt hat. Dies veranlasste Stéphane Bonichot zu einer Klarstellung der Rechtsprechung des EuGH, die aus seiner Sicht kohärent sei. Frau Bury veranschaulichte an diesem Beispiel auch das Zusammenspiel zwischen Gesetzgeber (also der vorschlagenden Kommission und der beschließenden Mitgesetzgeber Rat und Parlament). Sie bedauerte, dass in Fragen der Rechtsform von Unternehmen das Einstimmigkeitsprinzip nach wie vor Fortschritt schwer machte und gab als Beispiel die Jahrzehnte dauernden Diskussionen um die Europäische Gesellschaft an. Das Publikum erinnerte an die Dringlichkeit, weitere europäische Rechtsformen zu entwickeln, insbesondere eine europäische Stiftung. Frau Bury unterstrich auch, dass europäische Entwicklungen, wie etwa das Urteil in *Überseering*, zu gesetzgeberischer Innovation auf nationaler Ebene führen. So führte Frankreich die vereinfachte Aktiengesellschaft (*société par actions simplifiée*) ein. Auch seien Statistiken, die auf eine "Flucht" deutscher Gesellschaften hinweisen, mit Vorsicht zu behandeln.

Ein zweites wichtiges Thema waren die Urteile des EuGH zum Verhältnis zwischen Arbeitnehmerrechten, wie etwas dem Streikrecht und dem Recht, Tarifver-

träge zu verhandeln, und den Freiheiten des europäischen Binnenmarktes. Professor Dr. Thomas von Danwitz legte dar, wie das Gericht diese Abwägung in den Leitentscheidungen *Laval*, *Viking* und *Rüffert* vorgenommen hatte. Jean-Paul Gauzes erklärte, wie das Europäische Parlament als Reaktion auf diese Urteile die Kommission in klarer Form aufgefordert hat, *de lege lata* die Stellung der Arbeitnehmer zu stärken. Aus seiner Sicht ist dieses Vorgehen politisch geboten, um Europa nicht beim Bürger zu diskreditieren und aus institutioneller Sicht die angemessene Antwort gegenüber den Richtern, deren Unabhängigkeit entscheidend sei. In diesem Zusammenhang stellte Professor von Danwitz auch mit Bezug auf einen Artikel in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung von Hajo Friedrichs klar, dass es beim Besuch von Angela Merkel beim EuGH kein gesondertes Treffen zwischen der Kanzlerin und den deutschen Richtern gegeben habe.

Die Rolle des Parlamentes erläuterte Jean-Paul Gauzès auch an einem weiteren Beispiel, nämlich der gegenwärtig im Rat und im Parlament diskutierten Gesetzgebung zur Regulierung von Hedgefonds. Er verwies darauf, dass die Presse zwar derzeit von den Verhandlungen im Rat dominiert sei, dass aber die wirklich entscheidende Phase erst danach käme, nämlich in der Verhandlung zwischen Parlament und Rat. Auf eine Frage von Jean-Philipp Lacour stellte er klar, dass das Parlament dabei eine sehr ambitionierte Gesetzgebung wolle, die alle Lehren aus den Ursprüngen der Finanz- und Wirtschaftskrise ziehe.

Ein letzter markanter Punkt war das Umweltrecht. Hier erläuterte Stéphane Bonichot, wie das europäische Recht mit der Umwelthaftungsrichtlinie Unternehmen selbst für Schäden verantwortlich macht, die das Unternehmen nicht selbst verursacht hatte. Außerdem führe die Gesetzgebung in Form von Richtlinien zu einer Zersplitterung des Umweltrechts, da viele Mitgliedstaaten von der Möglichkeit Gebrauch machten, über die Minimalvorgaben des EU-Rechts hinauszugehen. Das Umweltrecht wurde in der Debatte wieder aufgegriffen: Zum einen wurde die Frage gestellt, ob im Hinblick auf das *polluter pays* Prinzip, d.h. den Grund-

satz, dass der Verursacher einer Umweltverschmutzung für diese bezahlen muss, nicht die Überarbeitung der Wegekostenrichtlinie, die derzeit im Rat fest hängt, unbedingt wieder angestoßen werden müsse; zum anderen wurde kritisch angemerkt, dass der EuGH kürzlich klar gestellt hatte, dass das *polluter pays* Prinzip nicht direkt anwendbar ist. In seiner Antwort verwies Stéphane Bonichot auf die Rechtsprechung im Fall *Total*, in dem der EuGH auf Grundlage der Abfallgesetzgebung zu dem Schluss gelangt war, dass Total für die Umweltverschmutzung durch den *Erika* Unfall haften muss, obwohl die bestehende Gesetzgebung zum Seeverkehr keine solche Haftung vorsieht.

Der Abschluss: ein rauschendes Fest

Am Abend und bis in den nächsten Morgen feierten die Alumni, die Studierenden und ihre Gäste ein rauschendes Fest in der Wolkenburg, umrahmt von der Band von Professor Dr. Ulrich Preis und einer deutsch-französischen Gesangseinlage unter der Leitung von Julien Dubarry. Der Programmgründer, Professor Michel Fromont, ließ noch einmal die Geschichte dieses einmaligen Programmes Revue passieren. Die Programmbeauftragte Barbara Dauner-Lieb dankte noch einmal dem Organisationskommittee, namentlich Iris Barsan, Johannes Dilling und Tim Rusche. Der Präsident des OLG Köln, Johannes Riedel, erinnerte an den ersten Präsidenten des 1817 in Köln neu errichteten Rheinischen Appellationsgerichtshofs, Heinrich Gottfried Wilhelm Daniels (1754–1827), der auf Veranlassung von Napoleon ab 1805 am Cassationsgerichtshof in Paris tätig gewesen und 1813 als Generalprocurator an den Appellationsgerichtshof in Brüssel versetzt worden war. Und schließlich zeigten die Alumni, dass sie auch ihre Partylaune aus studentischen Tagen nicht verloren hatten...

Tim Maxian Rusche,
Rechtsrat im Juristischen Dienst der Europäischen Kommission.