

NJW

Neue Juristische Wochenschrift

Schriftleitung: Rechtsanwalt *Prof. Dr. Achim Schunder*,
Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a. M.

Beilage 3/2010 (zu NJW Heft 22/2010)
27. Mai 2010 · S. 73–112

im Anschluss an Beilage 2/2010 (zu NJW Heft 6/2010)

Einladung zum 68. Deutschen Juristentag in Berlin

Mit dem 68. Deutschen Juristentag, der vom 21. bis zum 24. 9. 2010 in Berlin stattfinden wird, kehrt der Deutsche Juristentag nach 150 Jahren an den Ort seiner Gründung zurück.

Auf der Tagesordnung stehen wieder hochaktuelle und grundsätzliche rechtspolitische Themen. So fragt die Abteilung Zivilrecht danach, ob unser Erbrecht noch zeitgemäß ist. In der Abteilung Arbeits- und Sozialrecht werden die neuen Beschäftigungsformen und ihre arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen behandelt. Die Abteilung Strafrecht untersucht die Frage, ob das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens erfordert, und nimmt hierzu auch den im letzten Sommer vom Gesetzgeber verabschiedeten „Deal“ in den Blick. In der Abteilung Öffentliches Recht geht es um das Verhältnis von Staat und Kirche angesichts neuer Religionskonflikte; die Abteilung Wirtschaftsrecht befasst sich mit der Finanzmarktregulierung und den für den deutschen und europäischen Finanzsektor erforderlichen Regelungen. Thema der Abteilung Berufsrecht ist die Zukunft der Freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung.

Die Abteilungen Zivilrecht, Arbeits- und Sozialrecht sowie Strafrecht beginnen mit den Referaten am Mittwoch, 22. 9. 2010 um 9.30 Uhr. Die übrigen Abteilungen beginnen am gleichen Tage um 11.15 Uhr. Die Beratungen werden am Mittwochnachmittag und Donnerstag fortgesetzt. Sie enden am späten Donnerstagnachmittag mit der Beschlussfassung in den einzelnen Fachabteilungen.

Der Juristentag schließt mit einer Podiumsdiskussion zu der Frage, ob das Geschlecht kein Thema für das Recht mehr sei.

Auch der 68. Deutsche Juristentag wird wieder von einem umfangreichen Rahmenprogramm begleitet sein. Höhepunkte sind der Festabend zum 150-jährigen Jubiläum am 21. 9. 2010 sowie das Festkonzert in der Philharmonie am 22. 9. 2010. Daneben gibt es viele weitere Abendveranstaltungen sowie Führungen und Ausflüge, bei denen Sie die Sehenswürdigkeiten Berlins und des Umlandes kennenlernen können. Auch den Ausflug, den die Teilnehmer des 1. Deutschen Juristentags im Jahr 1860 zum Neuen Palais nach Potsdam unternommen haben, können Sie wiederholen. Der Juristentag klingt aus mit einem Empfang des Landes Berlin am 24. 9. 2010, 12.30 Uhr.

Der Deutsche Juristentag lädt Sie herzlich ein, nach Berlin zu kommen und ein eindrucksvolles Jubiläum mitzufeiern.

Rechtsanwalt Dr. Andreas Nadler, Generalsekretär des Deutschen Juristentages e. V.



0130201022

Hinweis der Redaktion:

- Die Beilage ist auch Bestandteil von beck-online DIE DATENBANK und über die Sucheingabe „NJW-Beil. 2010, 73“ unter www.beck-online.de abrufbar.
- Zitiervorschlag: *Röthel*, NJW-Beil. 2010, 77

Inhaltsverzeichnis

Abteilung Zivilrecht	<i>Anne Röthel</i> Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?	77
Abteilung Arbeits- und Sozialrecht	<i>Raimund Waltermann</i> Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?	81
Abteilung Strafrecht	<i>Hans Kudlich</i> Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens? – Verständigung – Fristsetzung für Beweisanträge – Beschränkung der Geltendmachung von Verfahrensgarantien	86
Abteilung Öffentliches Recht	<i>Christian Waldhoff</i> Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität – Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?	90
Abteilung Öffentliches und Privates Wirtschaftsrecht	<i>Martin Hellwig</i> Finanzkrise und Reformbedarf	94
	<i>Wolfram Höfling</i> Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?	98
	<i>Daniel Zimmer</i> Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?	101
Abteilung Berufsrecht	<i>Jörn Axel Kämmerer</i> Die Zukunft der Freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung	106

**Neue
Juristische
Wochenschrift (NJW)**

Schriftleitung:

Rechtsanwalt Professor *Dr. Achim Schunder* (verantwortlich für den Textteil).
Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a.M.,
Postanschrift: Postfach 11 02 41, 60037 Frankfurt a.M.,
Telefon: (0 69) 75 60 91-0, Telefax:
(0 69) 75 60 91-49.

E-Mail: redaktion@njw.de
Internet: www.njw.de

Redaktion:

Rechtsanwalt *Jürgen Dietermann*,
Rechtsanwältin *Stephanie Kuchenbauer*.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert

worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden.

Anzeigenabteilung: Verlag C.H. Beck, Anzeigenabteilung, Adresse wie Verlag.

Verantwortlich für den Anzeigenteil:
Fritz Leberherz.

Verlag: Verlag C.H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (0 89) 3 81 89-0, Telefax: (0 89) 3 81 89-3 98, Postbank München: Nr. 6 229-802, BLZ 700 100 80.

Druck: Druckerei C.H. Beck (Adresse wie Verlag). Lieferanschrift: Versand und Warenannahme, Berger Str. 3–5, 86720 Nördlingen.

Abteilung Zivilrecht

Professor Dr. Anne Röthel, Hamburg*

Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?

I. Gegenstand und Anliegen des Gutachtens

Während das Schuldrecht und das Familienrecht im Verlauf des 20. Jahrhunderts tiefgreifende Veränderungen erfahren haben, hat der Normenbestand des fünften Buchs mit wenigen Ausnahmen¹ noch die ursprüngliche Gestalt, die ihm die Redakteure gegeben haben. Universalsukzession, Erbenstellung, gesetzliche Erbfolge, Pflichtteilsrecht, Testierformen und Testierinhalte lassen sich in fast unveränderter Form im BGB nachlesen. Das Erbrecht des BGB wird bis heute vielfach als gelungene Kodifikation eingeschätzt, und von großen Reformen wird eher abgeraten. Auch der Deutsche Juristentag hat sich seit Inkrafttreten des BGB nur punktuell und im Ergebnis weitgehend folgenlos mit dem Erbrecht befasst².

Gleichwohl ist nicht zu übersehen, dass sich im Verlauf des letzten Jahrhunderts die Erwartungen an die Gestaltung der Erbrechtsordnung verändert haben. Ökonomische Veränderungen, etwa die Entwicklung des Erbvolumens, spielen dabei indes nur eine untergeordnete Rolle. Eher tragen veränderte Haltungen und Bewertungen eine Vergewisserung auf. Dabei kommt den Grundrechten als Vorstrukturierung der im Erbrecht wirkenden widerstreitenden Freiheits- und Schutzansprüchen besondere Bedeutung zu. Neben dem Verfassungsrecht sind es die inzwischen aufmerksamer wahrgenommenen ideellen und personalen Erbbedeutungen sowie die Einsichten der Rechtsvergleichung, die Anpassungen nahelegen.

Die dabei hervortretenden Einzeleinsichten lassen sich auf zwei Themen zurückführen, die die zentralen Herausforderungen an die Zeitgemäßheit unserer erbrechtlichen Instrumente und Institutionen beherbergen: Erstens haben sich die Anforderungen an die *Gleichgerechtigkeit* und *Folgerichtigkeit* der erbrechtlichen Institutionen verdichtet. Gleichordnung der Kinder, güterrechtliche Teilhabegerechtigkeit und eine gegenüber den Kindern herausgehobene Teilhabe des Ehegatten sind konsequenter zu verwirklichen. Anpassungsbedarf besteht bei der Stellung des Ehegatten, bei der Abfindung weicher Erben im Rahmen von Sondernachfolgen und bei der Ausgleichung lebzeitiger Vorempfänge und unentgelteter Pflegeleistungen. Zweitens hat sich das Verständnis von *Autonomie* verändert: Grundrechtliche und sozialwissenschaftliche Einsichten zeichnen ein ausdifferenziertes Portrait der Voraussetzungen privatautonomes Handelns und deren durch gegenläufige Autonomie- und Schutzansprüche gezogenen immanenten Grenzen. An die Seite der formal-liberalen Grundanlage der Privatautonomie im BGB sind voraussetzungsreichere Forderungen nach materialer Autonomie getreten. Die Regeln der Testiervoraussetzungen, der Testierinhalte sowie des Ausschlagungsrechts müssen hinreichend bedachte und verantwortete Entscheidungen garantieren und wirkungsvoll vor unbedachter Selbstbindung und übermäßiger Fremdbeherrschung schützen.

Gegenstand des Gutachtens sind ausgewählte Einzelaspekte, deren Überprüfung sich angesichts der ermittelten Veränderungen in der rechtlichen und sozialen Umgebung des Erbrechts besonders empfahl: Einzelaspekte der Universalsuk-

zession (unten II, III) und der gesetzlichen Erbfolge (unten IV) sowie Fragen der Testierformen (unten V), des Verhältnisses von Testierfreiheit und Testiermacht (unten VI) und schließlich des internationalen Erbrechts (unten VII).

II. Universalsukzession und Sonderfolgen

Der BGB-Gesetzgeber hat die Entscheidung für das römisch-rechtliche Prinzip der *Universalsukzession* in § 1922 BGB an den Beginn des fünften Buchs gestellt. Gleichwohl ist nicht zu übersehen, dass die Universalsukzession nicht alle Versprechen aus ihrer prominenten Position im Konzept des BGB-Erbrechts hat einlösen können. Zentrales Reformanliegen ist die Reintegration der derzeitigen Spezialsukzessionen und Sonderzuordnungen in die Universalsukzession. Verfassungsrechtlich stehen dahinter Forderungen nach Gleichgerechtigkeit der erbrechtlichen Institutionen.

1. Sondererfolge in landwirtschaftliche Betriebe

Die Gestaltung der Nachfolge in landwirtschaftliche Betriebe ist zu einem unübersichtlichen Sonderprivatrecht geworden. Die spezialgesetzlich eröffneten Singularsukzessionen in landwirtschaftliche Betriebe unter privilegierter Miterbenabfindung sollten im Interesse der Gleichgerechtigkeit der Erbordnung aufgegeben werden. Auch für die Nachfolge in landwirtschaftliche Betriebe ist die Gleichordnung der Kinder als Regelfall der gesetzlichen Erbfolge zu verwirklichen. Die allenfalls in Extremfällen legitimierbare Durchsetzung agrarpolitischer Interessen an einer ungeteilten Hofzuweisung sollte bundeseinheitlich einem gerichtlichen Zuwei-

* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht der Bucerius Law School, Hamburg.

1 Reformiert wurden die Testierformen (Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen [TestG] v. 31. 7. 1938, RGBl I, 973; Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzesinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts [GesEinhG] v. 5. 3. 1953, BGBl I, 33), das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten (Gleichberechtigungsgesetz [GleichberG] v. 18. 6. 1957, BGBl I, 609; Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts [1. EheRG] v. 14. 6. 1976, BGBl I, 1421; Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts [EheschlRG] v. 4. 5. 1998, BGBl I, 833) und nichtehelicher Kinder (Gesetz über die Stellung der nichtehelichen Kinder [NEhelG] v. 19. 8. 1969, BGBl I, 1243; Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder [ErbGleichG] v. 16. 12. 1997, BGBl I, 2968), die erbrechtliche Stellung adoptierter Kinder (Gesetz über die Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften [AdoptionsG] v. 2. 7. 1976, BGBl I, 1749) und eingetragener Lebenspartner (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft [LPartG] v. 16. 2. 2001, BGBl I, 266), die Testierfähigkeit (Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige [BtG] v. 12. 9. 1990, BGBl I, 2002) und zuletzt Einzelfragen der Ausgleichung und des Pflichtteilsrechts (Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts v. 24. 9. 2009, BGBl I, 3142).

2 S. zuletzt 64. DJT 2002 („Empfiehl es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten?“), davor der 49. DJT 1972 („Empfiehl es sich, das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?“). Ansonsten war das Erbrecht Gegenstand der frühen Juristentage: auf dem 21. DJT 1891 zur Stellung des Testamentsvollstreckers, auf dem 20. DJT 1889 zum wechselseitigen (gemeinschaftlichen) Testament, auf dem 19. DJT 1888 zur Rechtsnatur des Vermächtnisses, auf dem 14. DJT 1878 zum Pflichtteilsrecht und auf dem 13. DJT 1876 zum Vonselbsterwerb.

sungsverfahren nach dem Vorbild von §§ 13 ff. GrdStVG vorbehalten sein.

Auch die Abfindungs- und Bewertungsprivilegien des Hof-erben erscheinen heute in anderem Licht. Die Abfindung weichender Erben und Pflichtteilsberechtigter ist stärker am Leitbild der Gleichordnung der Kinder auszurichten. Bei der Abfindung von Pflichtteilsberechtigten (§ 2311 BGB) ist auf eine Gleichordnung mit der Pflichtteilslast von gewerblichen Nachfolgern zu achten. Ungleichbehandlungen verbender Vermögenseinheiten sollten im Interesse der Gleichgerechtigkeit der Erbrechtsordnung aufgegeben werden.

2. Sonderzuordnung von Beteiligungen an Personengesellschaften

Ein besonders ausgeprägtes Unternehmenserbrecht wurde weder vorgefunden noch vom BGB-Gesetzgeber selbst ausgeprägt. Die entscheidenden konstruktiven und materiellen Weichenstellungen gehen auf die Rechtsprechung zurück. Die hier angenommene Sondernachfolge derogiert indes nicht die Ordnung der Nachlassbeteiligung weichender Erben und Pflichtteilsberechtigter. Langfristig wäre eine gesetzliche Klarstellung der richterrechtlich gefestigten Bewältigung der Nachfolge in Personengesellschaften wünschenswert. Zugleich sollte ein gesetzliches Leitbild für den Ausgleich eventuellen Mehrerwerbs ausgeprägt werden. Klarstellungen sind insbesondere zu Gunsten der Gleichordnung der Kinder wünschenswert.

3. Sondernachfolge in Versorgungsvermögen

Wenn mit der Lebensversicherung Zuwendungen aus Versorgungszwecken privilegiert werden, sollte Gleiches für andere Zuwendungsformen mit demselben Zweck gelten. Im Interesse der Gleichgerechtigkeit und Folgerichtigkeit der erbrechtlichen Institutionen kann es nicht überzeugen, dass die privilegierte Sondernachfolge an eine bestimmte Konstruktion – den Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall (§§ 328, 331 BGB) – geknüpft ist. Insgesamt sollten lebzeitige und letztwillige Zuwendungen unabhängig von der Rechtsnatur des Zugewandten (Bezugsberechtigung, Wertpapierdepot, Guthaben etc.) inhaltlich, also mit Blick auf die Interessen von Erben, Pflichtteilsberechtigten und Nachlassgläubigern geordnet werden.

III. Vonselbsterwerb und Ausschlagung

Die Einschätzung des historischen Gesetzgebers zu den Vorzügen des Vonselbsterwerbs ist nach wie vor zeitgemäß. Auch die Regelvermutung zu Gunsten der Erbschaftsannahme wird noch immer der Lebenswirklichkeit entsprechen. Zu überlegen ist aber eine Stärkung des Ausschlagungsrechts durch Verlängerung der vergleichsweise kurzen Frist von sechs Wochen (§ 1944 I BGB). Die derzeitige Ausgestaltung des Ausschlagungsrechts wird seiner Bedeutsamkeit für die Autonomie des Erben nicht vollständig gerecht. Informierte und bedachte Erbenentscheidungen sind höher zu bewerten als vordergründige Gewinne an Praktikabilität und Rechtssicherheit. Der Erbe sollte daher die Möglichkeit einer Fristverlängerung erhalten.

IV. Gesetzliche Erbfolge

Die gesetzliche Erbfolge (§§ 1924 ff. BGB) hat seit Inkrafttreten des BGB drei wesentliche Änderungen erfahren: die Stärkung des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten (§ 1371 BGB), die Gleichstellung nichtehelicher Kinder und die Einführung eines gesetzlichen Erbrechts eingetragener Lebenspartner (§ 10 LPartG).

1. Tendenz zur horizontalen Erbfolge

In der europäischen Rechtsentwicklung zeichnet sich eine *Tendenz* von der vertikalen *zur horizontalen Erbfolge* ab. Die Tendenz geht dahin, den Ehegatten bzw. Lebenspartner zum wirtschaftlichen Alleinnachfolger zu erheben. Auch für das deutsche Recht lassen sich Veränderungen ausmachen, die eher für eine weitere Stärkung der erbrechtlichen Position des Ehegatten und folgerichtig auch des eingetragenen Lebenspartners sprechen. Daneben ist eine Entflechtung von Güterrecht und Erbrecht zu überlegen. Der pauschalierte Zugewinn ist ein rechtspolitischer Formelkompromiss geblieben, der sich weder in das Güterrecht noch in das Erbrecht eingefügt hat. Hinzu kommen die Schwierigkeiten bei der Bewältigung internationaler Erbfälle. Dies spricht dafür, den für den Todesfall pauschalierten Zugewinn (§ 1371 BGB) in eine echte erbrechtliche Berechtigung umzuqualifizieren, so dass sich für den Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartner ein güterstandsunabhängiges, erhöhtes gesetzliches Erbrecht neben einem oder mehreren Kindern von 1/2 ergibt.

Daneben bleibt zu überlegen, ob nicht doch das Güterrecht des gesetzlichen Güterstands so umgestaltet werden könnte, dass – unabhängig von der erhöhten Erbquote – ein güterrechtlicher Ausgleich auch im Todesfall sinnvoll zu Gunsten und zu Lasten des längerlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartners eröffnet werden kann. Praktikabilitätserwägungen mögen dagegen sprechen; auch das mögliche Konfliktpotenzial gilt es zu bedenken. Die heute aufmerksam wahrgenommenen Einbußen an güterrechtlicher Teilhabegerechtigkeit lassen sich aber schwerlich anders ausgleichen. Der pauschale Zugewinnausgleich kann güterrechtliche Teilhabegerechtigkeit nur unvollständig leisten und widerspricht der Loslösung des Eherechts von Rollenbildern (vgl. §§ 1353, 1356, 1357, 1570 BGB). Diese Zurücknahme bei der gesetzlichen Ausgestaltung des Eherechts ist für das Erbrecht nachzuvollziehen und sollte dann auch für eingetragene Lebenspartner gelten.

2. Tendenz zur individualisierten Erbfolge

War der historische Gesetzgeber eher um formale Gleichbehandlung der Kinder bei der gesetzlichen Erbfolge bemüht, werden Individualisierungen der gesetzlichen Erbfolge wegen Vorempfängen oder besonderen Leistungen für das deutsche Recht inzwischen günstiger beurteilt. Die nach wie vor geringe Testierquote und die verdichteten verfassungsrechtlichen Erwartungen an die Gleichgerechtigkeit der Erbordnung sprechen für eine stärkere Aufgliederung der gesetzlichen Erbfolge.

Mit der gestiegenen Lebenserwartung werden wirtschaftlich bedeutsame *Vorempfänge* zunehmen (§ 2050 BGB). Gesetzliches Leitbild sollte der gleichgerechte Erblasser sein, der insgesamt eine gleichmäßige Vermögensausstattung seiner Kinder anstrebt. Daher sind erhebliche Vorempfänge prinzipiell als ausgleichspflichtig anzusehen. Die Ausgleichspflicht ist auf zwischenzeitliche Wertgewinne zu erstrecken. Hingegen sollten *Leistungen* nur dann ausgleichspflichtig sein, wenn der Abschluss lebzeitiger Entgeltvereinbarungen typischerweise nicht zugemutet werden kann. Dies erscheint bei Mitarbeit in Beruf und Gewerbe (§ 2057 a I 1 BGB) heute zweifelhaft. Zeitgemäßer dürfte die Vorstellung sein, dass erhebliche Mitarbeit den familiären Rahmen überschreitet und auch in der Vorstellung der Betroffenen auf eigenen Entschlüssen beruht. Eine gesetzlich vorgegebene Ausgleichung ist dann entbehrlich. Weniger abweisbar ist die Ausgleichung für unentgeltliche Pflege durch Kinder des Erb-

lassers (§ 2057 a I 2 BGB). Pflegendes Kind und Erblasser werden sich typischerweise in einer Situation befinden, in der eine Entgeltvereinbarung weniger erwartet werden kann als von einem im elterlichen Betrieb mitarbeitenden Kind. Sieht man die innere Legitimation der Ausgleichung in der besonderen situativen Unzumutbarkeit von Entgeltvereinbarungen, sollte aus Gründen der Gleichgerechtigkeit und Folgerichtigkeit die Abgeltung auch anderen nahestehenden Personen eröffnet werden, die mit der Alterspflege erhebliche Solidarleistungen erbringen und aus persönlich-situativen Rücksichten auf den Erblasser auf eine Abgeltung verzichten.

V. Testierformen

Im geltenden Erbrecht werden Testierförmlichkeiten eher ungünstig beurteilt. Der rechtspolitische Trend geht seit dem ersten Entwurf zur Erleichterung der ordentlichen Testamentsformen. Dies entspricht dem Verständnis von Formgeboten als erklärungs-pflichtigen Eingriffen in die Testierfreiheit. Ähnlich ist die ausländische Rechtsentwicklung verlaufen. Die Bedeutsamkeit von Testierentscheidungen und die mit dem Alter zunehmende Gefährdung der autonomen Fähigkeiten legen hier indes eine Überprüfung nahe.

1. Ordentliches Testament

Gründe der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sprechen heute noch deutlicher als bei Inkrafttreten des BGB für das öffentliche und gegen das eigenhändige Testament. Gleichwohl ist am eigenhändigen Testament festzuhalten. Ohnehin sind die mit der Eigenhändigkeit verbundenen formalen Hürden schleichend höher geworden: Im Zeitalter elektronischer Kommunikation und Texterstellung ist das eigenhändige Testament so weit wie nie zuvor von der Alltagskommunikation abgerückt. Im Interesse hinreichend bedachter und verantworteter sowie klarer und abgestimmter Verfügungen sollten aber wirksame Anreize für öffentliches Testieren geschaffen werden. Umgekehrt sollte das eigenhändige Testament auch das einzige ordentliche Privattestament bleiben. Weitere Formen des Privattestaments, insbesondere die *mündliche* Errichtung vor Zeugen oder die *elektronische Errichtung* durch Scans, signierte Dateien und sonstige elektronische Schrift-, Ton- und Bildaufzeichnungen, empfehlen sich nicht.

2. Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag

Das BGB ermöglicht mit dem gemeinschaftlichen Testament von Ehegatten sowie eingetragenen Lebenspartnern (§§ 2265 ff. BGB; § 10 IV LPartG) und dem Erbvertrag (§§ 2274 ff. BGB) eine lebzeitige Bindung an letztwillige Verfügungen. In der Erklärung und Begründung der Bindungswirkung hat indes eine Annäherung des gemeinschaftlichen Testaments an den Erbvertrag stattgefunden. Ohnehin hat sich der Erbvertrag als das eigentliche Regelungsmodell und als das „leistungsfähigere“ Instrument erwiesen. Überdies kann die eigenhändige, vielfach unberatene Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments auf Fehlvorstellungen über Bedeutung der Errichtung und auf einseitiger Interessendurchsetzung beruhen. Der Erblasser ist daher stärker vor unbedachter und ungewollter Bindung zu schützen. Gesetzliches Leitbild sollte der ungebundene Erblasser sein. Erbrechtliche Bindung ist weder durch geschriebene noch durch richterliche Zweifelsregeln zu begünstigen. Bindende Verfügungen sollten daher dem öffentlichen Testament oder jedenfalls einer ausdrücklichen Bezeichnung vorbehalten sein.

Zeitgemäß erscheint hingegen die Zweifelsregel zu Gunsten der so genannten Einheitslösung (§ 2269 BGB). Die mit der Einheitslösung verbundene Vorstellung einer über den Tod hinauswirkenden Vermögensgemeinschaft wird dem Selbstverständnis vieler Ehegatten heute sogar noch mehr entsprechen als zu Beginn des letzten Jahrhunderts. Allerdings bewältigt § 2269 BGB allenfalls die Spitze des juristischen Eisbergs an Folgefragen. Dies gilt vor allem mit Blick auf die teilweise noch immer empfohlenen Wiederverheirathungsklauseln. Wird an der eigenhändigen Errichtung bindender Verfügungen festgehalten, sollte ein gesetzliches Leitbild für die Rechtsfolgen der Wiederverheirathung und die Nachlassaufteilung zwischen Erst- und Zweitfamilie ausgeprägt werden.

Anpassungsbedarf besteht auch im Hinblick auf die Grenzen der lebzeitigen Verfügungsbefugnis (§ 2287 BGB). Die rechtspolitische Tendenz hat § 2287 BGB kontinuierlich gestärkt. § 2287 BGB wird als Generalklausel zur Missbrauchsverhinderung verstanden. Die Rechtslage ist prozessual aufwändig und verleitet zu Scheinargumentationen zu erwarteten Betreuungs- und Pflegeleistungen. Zusätzliche Schutzbedürfnisse bestehen bei eigenhändiger Errichtung. Hier empfehlen sich Zweifelsregeln zu Gunsten lebzeitiger Verfügungsfreiheit, etwa bei Begünstigung eines Ehegatten oder einer ähnlich nahestehenden Person.

VI. Testierfreiheit und Testiermacht

Das BGB hat dem Erblasser Gestaltungsmöglichkeiten mit weitreichenden Beherrschungs- und Machtbefugnissen (Nacherbfolge, Testamentsvollstreckung) eingeräumt. Umgekehrt wurde dem Erblasser zugetraut, Machteinwirkungen Dritter auf das Testieren standzuhalten. Die mit steigendem Lebensalter verbundene Gefährdung der autonomen Fähigkeiten und die heute aufmerksamere wahrgenommene ideelle Bedeutsamkeit des Erbgeschehens zeigen erhöhte Schutzbedürfnisse von Erblasser und Erben auf.

1. Schutz des testierenden Erblassers vor Fremdbestimmung

Fremdbestimmungen des testierenden Erblassers sollten genauer identifiziert und wirkungsvoller sanktioniert werden. Angesichts der Vielgestaltigkeit der Schutzbedürfnisse und Gefährdungen empfehlen sich indes weitere Testierverbote nach dem Vorbild von § 14 HeimG bzw. den entsprechenden Landesgesetzen oder Altersgrenzen nicht. Weniger eingreifend und dennoch wirkungsvoll könnte es sein, besonders gefährdeten Personengruppen, etwa den betreuten Erblassern, das öffentliche Testament vorzubehalten oder durch Vermutungsregeln entsprechende Anreize zu schaffen. Verbleibende Schutzbedürfnisse sind im Rahmen richterlicher Missbrauchskontrolle (138 BGB) zu bewältigen.

2. Schranken der Testiermacht

Das BGB ermöglicht dem Erblasser durch Anordnung von Bedingungen, Nacherbschaft und Testamentsvollstreckung im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen weitreichende und lang andauernde Einwirkungen auf den Bedachten. Dabei wurde ein „berechtigtes Interesse“ an der Beschränkung des Erben nicht gesetzlich typisiert. Diese Entscheidung ist nach wie vor zeitgemäß. Jede gesetzliche Typisierung würde auf zweifelhafte Moralisierung hinauslaufen und die Entwicklungsoffenheit dieser Rechtsinstitute für die Nachlassgestaltung gefährden. Es empfiehlt sich aber, die Erben stärker vor solchen Beschränkungen zu schützen, die sich nicht sicher auf einen dahingehenden Willen des Erblassers zu-

rückführen lassen. Ein zentrales Regelungsanliegen sollte sein, die Intentionalität von Erbenbeschränkungen zu gewährleisten. Gesetzliches Leitbild sollte die unbeschränkte Erbinsetzung sein. Und innerhalb der Beschränkungen sollte gesetzliches Leitbild die umfassend befreite Vorerbschaft und die auf die Nachlassabwicklung beschränkte Testamentsvollstreckung sein.

Ein weiterer Zweifelspunkt betrifft die mögliche Dauer der Beschränkungen. Das BGB ermöglicht mit § 2109 I 2 BGB und § 2210 S. 2 BGB eine Erstreckung von Nacherbschaft und Verwaltungsvollstreckung weit über die 30-Jahres-Frist von §§ 2109 I 1, 2210 S. 1 BGB hinaus. Mit steigender Lebenserwartung lassen sich so Sondervermögen generieren, die auch mehr als 100 Jahre Bestand haben. Gleichwohl ist einer Verewigung von Beschränkung entgegenzuwirken: Sonst könnten sie Personen treffen oder Wirkungen haben, die der Erblasser nicht verantwortungsvoll bedacht haben kann. Dahinter steht der allgemeinere Gedanke, dass der Achtungsanspruch letztwilliger Autonomie genauso wie der Achtungsanspruch des Persönlichkeitsrechts oder des geistigen Schaffens im Laufe der Zeit an legitimierender Kraft verliert. Reformbedürftig ist § 2210 S. 2 BGB. Es sollte eine Obergrenze dadurch gezogen werden, dass der betroffene Erbe zum Erbfall bereits gelebt hat.

VII. Internationales

Mit zunehmender Internationalisierung der Wohnbevölkerung bedeutet die objektive Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit (Art. 25 I EGBGB) einen steigenden Aufwand an Fremdrechtsanwendung. Das spricht langfristig für den Übergang zum Aufenthaltsprinzip. Auch der Verordnungsvorschlag der Kommission vom 14. 10. 2009 legt eine Vergewisserung über die Sachrichtigkeit der herkömmlichen Kollisionsregeln nahe.

Allerdings verkörpert sowohl die Anknüpfung an das Staatsangehörigkeitsprinzip als auch die Anknüpfung an das Aufenthaltsprinzip Pauschalierungen. Gerade mit Blick auf die personalen und ideellen Erbbedeutungen wird die engste Verbindung entscheidend von der individuellen Integrationsneigung abhängen. Es sollten daher differenzierende Lösungen erwogen werden (Ausweich- und Drittstaatenklausel, Mindestaufenthaltsanforderung). Den verbleibenden Unsicherheiten über die sachrichtigste Anknüpfung könnte durch Stärkung der Parteiautonomie begegnet werden. Auch die Einsichten zu den verfassungsrechtlichen Gehalten der Testierfreiheit legen eine maßvolle Stärkung der Parteiautonomie nahe. Indes soll die Rechtswahl dem Erblasser nicht dazu verhelfen, irgendein Erbrecht zu wählen, sondern lediglich die Wahl einer Erbrechtsordnung ermöglichen, zu dem eine engere Verbindung besteht als zu dem objektiv berufenen Erbrecht. Dem Erblasser sollte daher die Wahl des Hei-

matrechts im Zeitpunkt des Erbfalls sowie die Wahl eines früheren Heimatrechts eröffnet werden.

Eine Rechtswahl kann die umfassendste und folgenschwerste Entscheidung der Nachlassgestaltung bedeuten. Damit verbinden sich gesteigerte Anforderungen an die Intentionalität der Rechtswahl: Die Rechtswahl muss sich hinreichend sicher auf einen entsprechenden Gestaltungswillen des Erblassers zurückführen lassen. Sie sollte zumindest durch ausdrückliche letztwillige Verfügung erfolgen. Vorzugswürdig erscheint, eine Rechtswahl öffentlicher Testierung vorzubehalten.

Unabhängig von kollisionsrechtlichen Anpassungen empfiehlt es sich, Juristenausbildung und Rechtspflege inhaltlich und organisatorisch besser auf die Herausforderungen steigender Internationalisierung des Erbgeschehens vorzubereiten.

VIII. Ausblick

Die hier herausgestellten Zweifelsfragen und Themen, insbesondere die Vergewisserung über das Gleichgerechtigkeits- und das Autonomiekonzept des Erbrechts, decken nur Ausschnitte ab. Es bleiben zahlreiche sowohl dogmatisch hervorstechende als auch praktisch wichtige Fragen, die langfristig ebenfalls auf ihre Zeitgemäßheit zu untersuchen sind. Dies betrifft insbesondere die steuerrechtlichen und verfahrensrechtlichen Seiten des Erbrechts. Beide Fragenkreise wären eigene Begutachtungen wert. Die Abstimmungen des Erbrechts mit dem Gesellschaftsrecht konnten nur angedeutet werden und bedürfen weiterer Einbettung am richtigen Ort. Gleiches gilt rund um das Schenken, Stiften und Vererben. Das Recht der unentgeltlichen Zuwendungen dürfte eine der Zukunftsaufgaben nationaler Privatrechte bergen.

Seitdem wir um den Vorschlag für eine gemeinschaftliche Erbrechts-Verordnung³ wissen, erscheint langfristig auch im materiellen Erbrecht eine weiter ausgreifende gemeinschaftliche Rechtsetzungstätigkeit nicht mehr unwahrscheinlich. Diesen Prozess zu steuern und zu gestalten wird die herausforderndste und bedeutsamste Zukunftsaufgabe sein – im Erbrecht genauso wie in anderen Bereichen des Privatrechts. Das Gewicht der deutschen Stimme wird auch von der Überzeugungskraft unserer Regelungskonzepte abhängen. Die Sorge um die Zeitgemäßheit unseres Erbrechts bleibt also eine Daueraufgabe. ■

3 Vorschlag für eine Verordnung über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses v. 14. 10. 2009, KOM (2009), 154 endg.; zuvor Grünbuch zum Erb- und Testamentsrecht vom 1. 3. 2005, KOM (2005), 65 endg.

Abteilung Arbeits- und Sozialrecht

Professor Dr. Raimund Waltermann, Bonn*

Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?

Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?

I. Aufgabenstellung

1. Ausgangspunkt und Vorbemerkung

a) Das Thema betrifft einen wesentlichen Teilaspekt der Aufgabe, die Arbeitsbeziehungen und die soziale Sicherheit zukunftsfähig fortzuentwickeln. Es steht vor dem Hintergrund der gesellschaftspolitischen Grundfrage, mit welchem *Modell der Arbeitsbeziehungen* man in einer alternden Gesellschaft und in einer durch Globalisierung gekennzeichneten Welt auf Dauer gesellschaftliche und wirtschaftliche Prosperität erreichen könnte. Eine nicht zu leugnende Tendenz der Abkehr vom Normalarbeitsverhältnis mit ihren Folgen, insbesondere für die Erträge der Arbeit in einem wachsenden Niedriglohnsektor, in breit gefächerter geringfügiger Beschäftigung, in der Leiharbeit und in zunehmender Kleiner Selbstständigkeit macht ein Zukunftsproblem mit möglicher gesellschaftlicher Sprengkraft erkennbar: Die in den letzten Jahren mit dem Blick auf den Arbeitsmarkt und weniger auf andere, auch längerfristige Auswirkungen konzipierten Reformen und Veränderungen an „Stellschrauben“ ohne grundsätzlich erarbeitetes (gesellschaftliches, rechtliches, ökonomisches, ethisches) Konzept, die einen Ausbau des Niedriglohnsektors und neuer Beschäftigungsformen bezweckten und erreicht haben, führen zu Nebenwirkungen. Die längerfristigen Nachteile der *Ertragsschwäche von Arbeitsbeziehungen* allgemein und einiger neuer Beschäftigungsformen im Besonderen treten mehr und mehr hervor.

b) Die Empfehlungen des Gutachtens gehen in der Tendenz dahin, im Arbeitsrecht durch Ordnungspolitik den Rechtsrahmen für eine eigenverantwortliche und nachhaltige Existenzsicherung durch *Arbeit mit Qualität und Ertrag in gesicherten Arbeitsbeziehungen* zu erhalten und zu festigen. Das Normalarbeitsverhältnis hat dabei zentrale Bedeutung. Die Frage ist, ob nicht das auf Eigeninitiative und Perspektive gegründete bisherige Modell der Arbeitsbeziehungen in Verbindung mit einer (auf Erträge angewiesenen) sozialen Vorsorge durch Versicherung die Konkurrenzfähigkeit auch in der Zukunft und in einem globalen Wettbewerb mit gewährleisten könnte. Die bestehende Tendenz in der arbeitsrechtlichen und sozialrechtlichen *Gesetzgebung*, den geltenden Rechtsrahmen des Privatrechts und des Sozialrechts, der auf *Konzeption* beruht, zu verlassen und auf einem – ohne gründliche konzeptionelle Vorbereitung – bereits eingeschlagenen Weg in Richtung auf stärkere steuerfinanzierte Versorgung voranzuschreiten, sollte hinterfragt werden. Den Reformen der letzten Dekade in arbeitsrechtlichen und sozialrechtlichen Einzelpunkten fehlt in wichtigen Hinsichten die konzeptionelle Abstimmung mit den auf Freiheit und Eigenverantwortung gegründeten geltenden Systemen des Privatrechts und der sozialen Sicherheit. Sozialrechtliche Gegenmodelle wie insbesondere die Idee eines allgemeinen Grundeinkommens scheinen von einer Umset-

zungsreife derzeit weit entfernt. Gleichwohl findet bereits ein *stiller Wandel* zu steuerfinanzierter Lastentragung mit Versorgungscharakter statt. Das geltende Sozialversicherungssystem ist auf den Schutz des Normalarbeitsverhältnisses mit existenzsicherndem Ertrag angewiesen. Auch sonst verdient das Normalarbeitsverhältnis im Hinblick auf Ertragskraft und Perspektiven unter Einschluss der Bereitschaft zur Qualifizierung gesellschaftspolitisch den entschlossenen Vorzug.

2. Zunahme der atypischen Beschäftigung und der Kleinen Selbstständigkeit

In vielen Mitgliedstaaten der EU hat die Präsenz des Normalarbeitsverhältnisses seit den 1990er Jahren abgenommen, und der Anteil „neuer Beschäftigungsformen“ ist (unterschiedlich stark) angestiegen. In Deutschland liegt er heute bei etwa einem Drittel der Beschäftigten. Mit der Zunahme der allgemein so genannten „atypischen Beschäftigungsverhältnisse“ (das sind vor allem Teilzeitbeschäftigungsverhältnisse von 20 oder weniger Stunden, in Deutschland dabei sehr verbreitet abgabenprivilegierte geringfügige Beschäftigungsverhältnisse, ferner Leiharbeitsverhältnisse und befristete Arbeitsverhältnisse) verbindet sich die Frage, ob diese und die daneben zu beobachtende Zunahme „Kleiner Selbstständigkeit“ (meist Solo-Selbstständigkeit) sowie die Zunahme gering entlohnter Tätigkeiten zu einer problematischen Abkehr vom Normalarbeitsverhältnis im bisher prägenden Zuschnitt führen, die man aufhalten oder durch Gestaltung flankieren müsste. Die Frage hat nicht nur für die *Entwicklung der Arbeitsbeziehungen* Bedeutung. Weil in Deutschland die sozialversicherungsrechtliche Absicherung an die Beschäftigung in abhängiger Arbeit anknüpft, stellen sich Fragen automatisch auch im Hinblick auf die *Zukunft der sozialen Vorsorge*. Vor allem die gesetzliche Rentenversicherung vermittelt ihr Sicherungsniveau in Anknüpfung an Erwerbsbiographien, die in einem Normalarbeitsverhältnis zurückgelegt werden.

3. Diskontinuität von Erwerbsbiographien

Zugleich ist vor allem wegen der Arbeitsmarktlage eine zunehmend häufigere Diskontinuität der Erwerbsbiographien Realität. Welche Auswirkungen Brüche in der Erwerbsbiographie, von Beitragsausfällen in den Sicherungssystemen abgesehen, vor allem für die Absicherung im Rentenalter vieler Einzelner haben, wird sich in den nächsten Jahren vermehrt zeigen.

4. Ertragsschwäche als Zukunftsproblem

Die verdienten Entgelte atypisch Beschäftigter (insbesondere in geringfügiger Beschäftigung und in der Leiharbeit) liegen

* Der Autor ist Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit der Universität Bonn und Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht.

im Durchschnitt *deutlich* unter den Entgelten, die im Normalarbeitsverhältnis verdient werden¹. Fast die Hälfte der atypisch Beschäftigten bezieht ein Bruttoentgelt *unterhalb der Niedriglohngrenze* (diese liegt bei zwei Dritteln des so genannten Median-Verdienstes, im Jahr 2006 lag die Grenze bei einem Stundenlohn von 9,85 Euro). Das Phänomen hat eine *zunehmende Tendenz*.

Wer, unter heutigen Bedingungen mit den für das zweite Halbjahr 2009 gültigen Werten gerechnet, als alleinstehender Arbeitnehmer ohne Kinder in Westdeutschland vor dem Hintergrund des Durchschnittsentgelts aller Versicherten 45 Jahre lang bei einer 40-Stunden-Woche einen Stundenlohn von 7,50 Euro brutto bekommt, erzielt einen Monatsbruttolohn von rund 1300 Euro, also 0,5052 Entgelt-punkte pro Jahr, damit bei einem aktuellen Netto-Rentenwert von 27,20 Euro am Ende eine Monatsrente von rund 620 Euro. Die aus Steuermitteln kommende subsidiäre Grundsicherung als Fürsorgeleistung nach dem SGB II beläuft sich derzeit auf 676 Euro (359 Euro Regelleistung und gemittelte Unterkunftskosten von 317 Euro), ist also höher, wenn man bei dem Rentner mit seinen rund 620 Euro das Wohngeld (bei einer angenommenen Miete von 317 Euro: 99 Euro) unberücksichtigt lässt. Um 676 Euro Rente zu erreichen, müsste man *ceteris paribus* rund 8,20 Euro verdienen. Das Beispiel verdeutlicht, in welcher Größenordnung im Arbeitsverhältnis verdient werden muss, wenn Arbeitsentgelt (ohne Berücksichtigung der Situation der Familien²) annähernd existenzsichernd sein soll. Dauerhaft niedrige Erträge aus Arbeit führen im Alter in die steuerfinanzierte Grundsicherung.

5. Tatsächliche Veränderungen und Veränderungen der Rechtslage

Nicht nur eine *Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse*, insbesondere durch die Situation am Arbeitsmarkt, führt seit den neunziger Jahren zu einer Abnahme der den Lebensstandard sichernden Normalarbeitsverhältnisse und zum Aufbau atypischer Beschäftigungsformen, zu ertrags-schwachen Normalarbeitsverhältnissen und zu ertrags-schwacher Kleiner Selbstständigkeit. Auch *Veränderungen der Rechtslage* tragen hierzu bei. Seit den frühen neunziger Jahren zeigt sich eine Tendenz der Lockerung von Rechtsbestimmungen durch die Gesetzgeber auch anderer Mitgliedstaaten der EU. In Deutschland hat vor allem die rot-grüne Bundesregierung in der 15. Legislaturperiode im Rahmen ihrer „*Agenda 2010*“ das Arbeitsrecht und das Sozialrecht durch Lockerung von Regulierungen reformiert. Diese Reformen sind auch dadurch gekennzeichnet, dass man die Flexibilität „an den Rändern“ durch die Erleichterung atypischer Beschäftigungsformen mit geringerem Schutz durch Arbeitsrecht und Sozialrecht erhöht hat.

6. Zahlen

Die Zahl der atypischen Beschäftigungsverhältnisse stieg zwischen 1998 und 2008 um 46,2%, die Zahl der so genannten Solo-Selbstständigen um 27,8%. Der Anteil der Normalarbeitsverhältnisse ist in diesem Zeitraum um 3% (absolut 720 000 Arbeitsverhältnisse) zurückgegangen. Innerhalb der atypischen Beschäftigungsverhältnisse wuchs die Zahl der geringfügig Beschäftigten besonders stark (um rund 71,5%)³. Im Jahr 1998 waren noch 72,6% der Erwerbstätigen in einem Normalarbeitsverhältnis beschäftigt, im Jahr 2008 betrug dieser Anteil 66,0%⁴. Was die Personenkreise angeht, sind Frauen sehr viel häufiger in atypischer Beschäftigung tätig als Männer (2008 waren 34,4% der Frauen und 12,0% der Männer atypisch beschäftigt). Festzuhalten ist ferner, dass atypische Beschäftigung vor allem unter jungen Erwerbstätigen zu finden ist⁵.

II. Grundlagen und Herausforderungen – Problem-darstellung

1. Teilzeitbeschäftigung, insbesondere geringfügige Beschäftigung

a) Was Einzelheiten angeht, besteht in Bezug auf die *sozial-versicherungspflichtige Teilzeitbeschäftigung* von allen neuen Beschäftigungsformen derzeit der geringste Anlass, den geltenden Rechtsrahmen zu verändern.

b) Diskussionsbedarf besteht im Hinblick auf die *Abgaben-privilegierung geringfügiger (Teilzeit-)Beschäftigungsverhältnisse*. Man sollte prüfen, ob nicht die Abgabenprivilegierung, die in Europa ein Sonderweg ist, beseitigt werden sollte, wie es in den letzten Jahren vielfach vorgeschlagen worden ist, namentlich auch vom *Sachverständigenrat* zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung⁶. Die beschäftigungspolitischen Ziele und die Vorteile der Abgabenprivilegierung für Arbeitgeber und Arbeitnehmer (die bei einer Abschaffung der Privilegierung natürlich beträchtliche Akzeptanzprobleme erwarten lassen) werden durch erhebliche *Nachteile für die Gesellschaft* erkauft, zu denen insbesondere auch eine Verlagerung von Gegenwartsproblemen in das Steueraufkommen der Zukunft gehört:

aa) Ein beträchtlicher Nachteil der abgabenprivilegierten geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse liegt auf die Dauer in der weit verbreiteten *Ertragsschwäche der geringfügigen Beschäftigung* und in den damit verbundenen Nachteilen für die sozialrechtliche Vorsorge (in Gestalt ausbleibender Absicherungsvorteile und ausbleibender Beiträge), welche gegenwärtig und vor allem zukünftig steuerfinanzierte Aufstockung erfordern. Die geringfügig entlohnte Beschäftigung ist typischerweise *Niedriglohnbeschäftigung*; hiervon ist beim Ausbau dieser Beschäftigungsform im Jahr 2003 auch der Gesetzgeber ausgegangen⁷, und auch gegenwärtig geht die Bundesregierung hiervon aus⁸. Dass Niedriglohnbeschäftigung eine existenzsichernde Altersvorsorge nicht gewährleistet, macht das dargelegte Berechnungsbeispiel (s. o. I 4) anschaulich.

bb) Der geringfügigen Beschäftigung fehlt eine Perspektive: Sie setzt keinen Anreiz zur Aufnahme einer Vollzeittätigkeit mit existenzsicherndem Ertrag und weist nicht den Weg in die sozialrechtlich in erster Linie angestrebte sozialversicherte Beschäftigung. Die mit dem Aufbau der geringfügigen Beschäftigung im Jahr 2003 verbundene Erwartung einer *Brückenfunktion* in Richtung Vollzeitbeschäftigung (mit hinreichenden Erträgen), wie sie auch die derzeitige Bundes-

1 Siehe Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Niedrigeinkommen und Erwerbstätigkeit, abrufbar unter www.destatis.de, S. 13 ff.

2 Das mit der im Gutachten zu untersuchenden Entwicklung verbundene wachsende Problem der Existenzsicherung in Familien lässt sich auf der Ebene der Lohnfindung allein nicht beheben. S. auch *BVerfG*, NJW 2010, 505.

3 Statistisches Bundesamt (o. Fußn. 1), S. 26.

4 Statistisches Bundesamt (o. Fußn. 1), S. 26.

5 Zu allen Zahlen s. Statistisches Bundesamt (o. Fußn. 1), S. 7–9, 10 ff.

6 S. Sachverständigenrat, in: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2008/2009, 2008, S. 266, 310, 311.

7 Vgl. Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des Gesetzes zur Neuregelung der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse auf den Arbeitsmarkt, die Sozialversicherung und die öffentlichen Finanzen vom 31. 3. 2003, BT-Dr 15/758, S. 2. Vgl. ferner Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Arbeitnehmer-Verdienste im produzierenden Gewerbe und im Dienstleistungsbereich, Fachserie 16, Reihe 2.1, 3. Quartal 2008; Statistisches Bundesamt (o. Fußn. 1), S. 13 ff., insb. S. 18.

8 Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, S. 22.

regierung erkennt⁹, ist – darüber dürfte in der Wissenschaft Einigkeit bestehen – nicht verifizierbar¹⁰. Das ist auch nicht verwunderlich, denn die geringfügige Beschäftigung hat besondere Bedeutung im Dienstleistungssektor und dort vornehmlich in Branchen, in denen Vollzeitbeschäftigung selten vorkommt oder in denen die Vollzeitbeschäftigung gegenüber der Teilzeitbeschäftigung, namentlich unter den Gesichtspunkten der Qualifikation und der Arbeitsorganisation, jedenfalls heute keine Präferenz mehr genießt. Es erscheint eher plausibel, wenn Untersuchungen *Verdrängungseffekte* diagnostizieren.

cc) Mit dem *Rechtsrahmen des Privatrechts* kommt die Abgabenprivilegierung insofern in Konflikt, als sie die Marktmechanismen bei Abschluss des Arbeitsvertrags teilweise aushebelt. Es ist in hohem Maß plausibel und naheliegende Praxis, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei Vertragsabschluss zu einer Entgeltvereinbarung kommen, bei der für die geringfügige Beschäftigung ein *Nettobetrag* herauskommt, welcher die sozialversicherungsrechtliche Abgabenprivilegierung und eine eventuelle Aufstockung des Entgelts mit steuerfinanzierten Transferleistungen berücksichtigt. Unter dem Strich bleibt die subventionsbedingte Veränderung der Marktsituation für Arbeitnehmer und Arbeitgeber aufkommensneutral, der Verlust wird an die Sozialversicherung und an das Steueraufkommen weitergeschoben.

dd) Mit dem *Rechtsrahmen des Sozialrechts* steht die Abgabenprivilegierung der geringfügigen Beschäftigung nicht in Übereinstimmung, weil sie wegen ihrer Dimension inzwischen die *Sozialversicherung als das primäre Modell* der sozialen Sicherheit nachhaltig schwächt. Vor dem Hintergrund des nach wie vor primär auf der Vorsorge durch Versicherung beruhenden sozialrechtlichen Rechtsrahmens besteht ein Interesse der Gesellschaft daran, auf der einen Seite die Beitragsbasis der Sozialversicherung zu erhalten und so auf der anderen Seite Leistungskürzungen, welche die Dignität des Sozialversicherungssystems angreifen, nach Möglichkeit zu verhindern.

ee) Beachtliche Auswirkungen hat die geringfügige Beschäftigung im Hinblick auf die *Risikovorsorge* der Beschäftigten: Auch wenn die Arbeitgeber (vor dem sozialrechtlichen Hintergrund in unterschiedlicher Höhe, einschließlich der pauschalen Steuer von 2% zwischen 30,77% und 9,27% des Brutto-Einkommens) pauschalierte Beiträge zu Zweigen der Sozialversicherung entrichten, erwachsen aus der geringfügigen Beschäftigung den Arbeitnehmern keine Ansprüche in der gesetzlichen Krankenversicherung, in der gesetzlichen Pflegeversicherung und in der Arbeitslosenversicherung (Versicherungsfreiheit gem. § 7 I 1 SGB V, § 20 I SGB XI i. V. mit § 7 I 1 SGB V und § 27 II 1 SGB III). In der gesetzlichen Rentenversicherung können nur geringe Vorteile erworben werden; wenn man 45 Beitragsjahre ansetzt (was in der Realität so gut wie nicht vorkommt), würde ein Entgelt von 400 Euro im Monat eine Rente von 143,45 Euro (West) bzw. 127,26 Euro (Ost) einbringen, bei Verzicht auf die Versicherungsfreiheit (§ 5 II 2 SGB VI) und zusätzlicher Beitragsleistung würde eine Rente in Höhe von 190,27 Euro (West) bzw. 168,79 Euro (Ost) erreicht; nur 4,4% der geringfügig Beschäftigten nutzen letztere Möglichkeit.

ff) Die geringfügige Beschäftigung ist in den letzten Jahren in nicht geringem Umfang zu einem *Hinzuverdienstmodell* während des Bezugs von Arbeitslosengeld II geworden. Es wird nicht das Arbeitsentgelt aus dem Steueraufkommen aufgestockt, vielmehr wird angesichts der aus §§ 11, 30 S. 2 Nr. 1 SGB II folgenden Hinzuverdienstmöglichkeiten die

steuerfinanzierte Transferleistung durch eine „geringfügige Hinzuverdienstbeschäftigung“ aufgebossert.

gg) In hohem Maß plausibel ist schließlich, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei geringfügig entlohnter Beschäftigung, die typischerweise nicht mit Aufstiegsmöglichkeiten verbunden ist, ein geringes Interesse an der *Qualifizierung* entwickeln, so dass sich in dem für die Zukunftsfähigkeit der Arbeitsbeziehungen sehr wesentlichen Punkt der Ausbildung und Fortbildung keine Perspektiven ergeben. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die mit der geringfügigen Beschäftigung verbundenen Nachteile *Frauen* signifikant stärker betreffen als Männer.

2. Leiharbeit

a) Die Leiharbeit ist auf der Grundlage des mit dem Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt im Jahr 2002 vollzogenen Paradigmenwechsels *heute beschäftigungspolitisch ausgerichtet*. Die Zahl der Leiharbeitsverhältnisse stieg bis zu den Entlassungen in der Folge der Finanzmarktkrise beständig an, im Juli 2008 auf rund 823 000 Leiharbeitsverhältnisse (im Oktober 2009 waren es dann 580 000)¹¹. Insgesamt gesehen ist die Zahl der Leiharbeitsverhältnisse bisher jedoch begrenzt geblieben.

b) Die in Leiharbeitsverhältnissen der gewerblichen Wirtschaft und der nicht besonders spezialisierten Dienstleistungstätigkeit *erzielten Arbeitsentgelte* liegen, zum Teil beträchtlich, unter den Arbeitsentgelten der vergleichbaren Normalarbeitsverhältnisse. Die Vergütung erfolgt in Anlehnung an Tarifverträge. Dabei gelten die Tariflöhne vor dem Hintergrund des sehr geringen Organisationsgrads in der Leiharbeit aber *nur ganz ausnahmsweise normativ* gem. §§ 1 I, 4 I TVG. Sie gelten nicht auf Grund einer *Tarifbindung*, sondern, möglich gemacht durch §§ 3 I Nr. 3 S. 3, 9 Nr. 2 Halbs. 4 AÜG, zu über 95% *arbeitsvertraglich*: Es wird in den (Formular-)Arbeitsverträgen auf geschlossene Tarifverträge Bezug genommen. Die Tarifverträge in der Leiharbeit liegen dabei im Vergleich mit den im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer gültigen Entgelten in aller Regel erheblich niedriger. Einige Gewerkschaften im Bereich der Leiharbeit sind zum Abschluss von Tarifverträgen bereit, die von dem gesetzlich gewährleisteten Schutz zu Ungunsten der Arbeitnehmer (zum Teil beträchtlich) abweichen. Das Tarifwesen in der Leiharbeit ist nicht ohne Grund in die Kritik geraten. Daneben birgt eine in der Tendenz zunehmende Arbeitnehmerüberlassung durch konzerneigene Verleihfirmen die Gefahr der Verdrängung regulärer Arbeitsverhältnisse.

c) In der gegenwärtigen, von früheren Restriktionen befreiten gesetzlichen Ausgestaltung der Leiharbeit hat rechtlich der *Gleichbehandlungsgrundsatz zentrale Bedeutung*. Die (auch auf der Ebene der EU) verfolgten Ziele, den Bedarf der Unternehmen an Flexibilität ihres Personaleinsatzes zu decken und mit Leiharbeit die beschäftigungspolitische Lage zu verbessern, verbinden sich mit Anforderungen an die Qualität des Arbeitsplatzes von Leiharbeitnehmern¹². Im Zusammenhang mit der Leiharbeit bekommt der von der Europäischen Gemeinschaft verfolgte Gedanke der „*Flexicurity*“, der allgemein bisher wenig Konturen aufweist, eine konkrete

⁹ Siehe Koalitionsvertrag (o. Fußn. 8), S. 22.

¹⁰ Sehr kritisch in diesem Sinn der Sachverständigenrat (o. Fußn. 6), S. 310, 324.

¹¹ Vgl. Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Der Arbeits- und Ausbildungsmarkt in Deutschland, Monatsbericht Oktober 2009, S. 58, und Monatsbericht Dezember 2009, S. 74.

¹² Im Sinn der Erwägungsgründe 1, 2, 9 und 14 der Richtlinie 2008/104/EG. Vgl. auch Gesetzesbegr. BT-Dr 15/25, S. 24.

Gestalt: Der mit Leiharbeit unverkennbar verbundenen Flexibilisierung von Arbeitsbeziehungen wird mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz, insbesondere mit dem Gebot des *Equal Pay*, ein Schutzgebot gegenübergestellt. Das Gleichbehandlungsgebot ist ordnungspolitisch die *sachlich gebotene Kompensation*, welche angesichts der Aufhebung der Restriktionen, denen die Arbeitnehmerüberlassung früher unterworfen war, den rechtlich gebotenen Schutz der einzelnen Arbeitnehmer und der Gesellschaft allgemein vor Arbeitsverhältnissen mit unzureichenden Erträgen, unzureichendem Schutz und mit unzureichender Risikoabsicherung gewährleistet.

d) Die gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung der *Leiharbeit* führt im Prinzip zwar nicht zu einer Abkehr vom Normalarbeitsverhältnis, sondern zu einer begründeten Ausnahme vom Normalarbeitsverhältnis. Unmittelbarer Regelungsbedarf besteht gleichwohl, und zwar im Hinblick auf die *Verwirklichung* des gesetzlich und gemeinschaftsrechtlich zum Grundsatz erhobenen und den beschäftigungspolitisch motivierten Deregulierungen der Leiharbeit als Schutzgebot gegenübergestellten Gleichbehandlungsgrundsatzes¹³. Dieser läuft in Deutschland, insbesondere hinsichtlich der Leiharbeitnehmern gezahlten Entgelte, praktisch weitgehend ins Leere. An dieser Stelle ist die Leiharbeit in Deutschland anfällig für Missbrauch. Das Gleichbehandlungsgebot sollte zwar für abweichende Regelungen durch Tarifverträge geöffnet bleiben, die gem. § 9 Nr. 2 Halbs. 4 AÜG vorgesehene Möglichkeit der arbeitsvertraglichen Bezugnahme sollte jedoch gestrichen werden. Gewiss könnte man die Möglichkeit arbeitsvertraglicher Bezugnahme beibehalten, wenn die Tariföffnung so vorstrukturiert würde, dass der gesetzliche Schutz richtlinienkonform gesichert bleibt. Die Tarifautonomie für die Relativierung gesetzlichen Schutzes durch (Formular-)Arbeitsvertrag im Zusammenhang mit *Mindestarbeitsbedingungen* in Dienst zu nehmen, bliebe jedoch im Hinblick auf deren Funktion und Dignität ein Danaergeschenk. Um die Flexibilität der Leiharbeit zu gewährleisten, könnte der Gesetzgeber von den durch Art. 5 II der Richtlinie 2008/104/EG eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten bezüglich des Arbeitsentgelts Gebrauch machen; danach kann gesetzlich eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz vorgesehen werden, wenn Leiharbeiter einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit dem Verleiher geschlossen haben und auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden; dann bestünde Bedarf für die Feinjustierung.

3. Befristetes Arbeitsverhältnis

Kündigungsschutz und Befristungsrecht stehen in einem Wechselbezug. Der Sache nach lässt sich die Beschäftigungsform des befristeten Arbeitsverhältnisses aus dem größeren Zusammenhang der (im Gutachten nicht zu untersuchenden) *Thematik des Bestandsschutzes* des Arbeitsverhältnisses nicht lösen. Wegen dieses Wechselbezugs würde eine erschöpfende Behandlung der atypischen Beschäftigungsform der Befristung über das Thema hinausgreifen. Auf der Grundlage der in dem Gutachten insgesamt gewonnenen Erkenntnisse ist aber die Frage zu stellen, ob nicht der Gesetzgeber von einer *Befristung ohne den Nachweis eines Sachgrundes* nur mit großer Zurückhaltung Gebrauch machen sollte; Ausnahmen vom Bestandsschutz sollten am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientiert sein. Beschäftigungsförderung für bestimmte Personengruppen durch den Abbau von allgemein gewährtem Schutz zu verfolgen, ist im Ansatzpunkt gründlich zu hinterfragen und in der Ausgestaltung anspruchsvoll.

4. Ertragsschwache Arbeitsverhältnisse

a) Ertragsschwache Normalarbeitsverhältnisse nehmen in der Tendenz zu. Darin liegt eine Form der Abkehr vom Normalarbeitsverhältnis in seiner bisher prägenden Gestalt insofern, als der Ertrag des Normalarbeitsverhältnisses nach dem geltenden Rechtsrahmen des Privatrechts und des Sozialrechts die Existenz sichern und zugleich die Absicherung durch Vorsorge in den Sozialversicherungssystemen gewährleisten soll. Diesem Rechtsrahmen steht, insbesondere was die auf Versicherung gegründete sozialrechtliche Vorsorge angeht, eine (auch nur in Ansätzen) erarbeitete alternative *Konzeption* bisher nicht gegenüber.

b) Der Befund, dass ertragsschwache Normalarbeitsverhältnisse in der Tendenz zunehmen, führt zu der Frage, ob nicht auch in Deutschland ein *allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn* eingeführt werden sollte. Ein alternativer Vorschlag geht dahin, ein *steuerfinanziertes „Mindesteinkommen“* zu garantieren, wenn im Niedriglohnsektor der Ertrag der Arbeit zur Existenzsicherung nicht ausreicht. Dem entspricht in der Fortsetzung der Gedanke, denen, die ein Leben lang Vollzeit gearbeitet haben, ein bedarfsabhängiges steuerfinanziertes Alterseinkommen oberhalb der Grundversicherung zu geben¹⁴. Der Gesetzgeber hat im April 2009 ein Modell *branchenbezogener Mindestlöhne* eingeführt. Dieses ermöglicht ein Geflecht „relativer Mindestlöhne“. Es ist jedoch wahrscheinlich, dass die durch Reformen des AEntG und MiArbG eingeführten branchenbezogenen Mindestlöhne nicht alle Branchen und nicht alle betreffenden Arbeitsverhältnisse erreichen werden, so dass die Auswahl, wer durch einen Mindestlohn geschützt sein wird und wer nicht, am Ende ohne sachliche Rechtfertigung bleiben könnte.

c) Das Gutachten spricht sich für einen *allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn* aus, der flächendeckend eine Untergrenze bildet, unterhalb derer eine legale Vergütung von Arbeitsleistungen nicht möglich wäre. Die tragenden Begründungselemente sind kurz zusammengefasst¹⁵:

aa) Bei der Frage, ob nicht ein flächendeckender allgemeiner Mindestlohn eingeführt werden sollte, wird bisher aus rechtswissenschaftlicher Perspektive der Zusammenhang zwischen sozialrechtlichen Transferleistungen (namentlich Grundsicherung nach dem SGB II, Kinderzuschlag gem. § 6 a BKGG, Wohngeld) und dem privatautonom vereinbarten Arbeitsentgelt zu wenig in den Blick genommen. Dieser Zusammenhang von Sozialrecht und Privatrecht, der die Grundsicherung und andere Transferleistungen zu einem *Kombilohnmodell* macht, beeinflusst die Marktsituation am Arbeitsmarkt im Niedriglohnbereich, weil dies den Vertragsparteien die Möglichkeit eröffnet, die Transferleistungen mit Auswirkung auf den Bruttolohn bei Vertragsschluss einzukalkulieren. Dem kann durch einen allgemeinen Mindestlohn entgegengewirkt werden.

bb) Es entsteht in Verbindung mit diesem Zusammenhang eine verfehlte Abstimmung auch mit dem Rechtsrahmen des Sozialrechts, weil den zur notwendigen Bekämpfung der Arbeitslosigkeit gewählten Mitteln (der sozialrechtlich begründeten steuerfinanzierten Aufstockung in einem arbeitsrechtlich von Einschränkungen befreiten Niedriglohnbereich) die konzeptionelle Abstimmung mit dem auf Vorsorge durch

13 Ausführlich Waltermann, NZA 2010, 482. Auf diese Darlegungen wird Bezug genommen.

14 Vorgesehen im Koalitionsvertrag (o. Fußn. 8), S. 84.

15 Ausführlich Waltermann, NJW 2010, 801. Auf diese Darlegungen wird Bezug genommen.

Versicherung beruhenden geltenden System der sozialen Sicherheit fehlt. Der Gesetzgeber verstärkt so die (wegen der Lage am Arbeitsmarkt unter Bedingungen der Globalisierung ohnehin voranschreitende) Erosion der versicherungspflichtigen Beschäftigung.

cc) Das hauptsächliche und sehr verbreitete Argument gegen Mindestlöhne geht dahin, Mindestlöhne seien *Gift für den Arbeitsmarkt*. Aus dem Blickwinkel der Rechtswissenschaft ist demgegenüber anzumerken, dass eventuelle (unsicher erscheinende¹⁶) negative Arbeitsmarktwirkungen von Mindestlöhnen *einen Aspekt* neben einer ganzen Reihe von weiteren Gesichtspunkten abgeben: Es geht, über eventuelle Arbeitsmarktwirkungen hinaus, darum, ob nicht Mindestlöhne ratsam oder sogar notwendig sind,

- (1) um ein in Deutschland entstandenes Funktionsdefizit der Tarifautonomie aufzuwiegen;
- (2) um einem durch Transferleistungen gestörten Marktmechanismus etwas entgegenzusetzen;
- (3) um das Notwendige in der Gewissheit zu gestalten, dass die Rechtsordnung für benötigte Arbeit mehr als eine lediglich nicht sittenwidrige Bezahlung gebietet;
- (4) um einem in der Zukunft voraussichtlich zu Lasten der Jüngeren ansteigenden Grundsicherungsbedarf wegen nicht existenzsichernder Entgelte entgegenzuwirken;
- (5) um einen sich vom 1. 5. 2011 an verstärkenden Druck aus Arbeitsmigration abzumildern.

5. Neue Selbstständigkeit

a) Das Gutachten¹⁷ kommt – im Hinblick auf das gestellte Thema abseits eventueller grundsätzlicher politischer Präferenzen für eine zukünftige Gestaltung der Alterssicherung im Grundsätzlichen – zu der Empfehlung, Kleine Selbstständigkeit, die bisher nicht von verpflichtender Altersvorsorge erfasst ist, *kurzfristig in die gesetzliche Rentenversicherung einzubeziehen*. Ein einfacher und für die zeitnahe Umsetzung geeigneter Weg liegt darin, das Tatbestandsmerkmal der im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber ausgeübten Tätigkeit in § 2 S. 1 Nr. 9 b SGB VI zu streichen. Damit wäre die Solo-Selbstständigkeit, die nicht anderweitig, namentlich in berufsständischen Versorgungswerken, abgesichert ist, von der gesetzlichen Rentenversicherung erfasst. Die grundsätzliche Aufarbeitung der Gestaltung der Altersvorsorge ist vom Thema nicht erfasst.

b) Die Versicherungspflicht sollte so lange bestehen, bis die Versicherten Rentenanwartschaften oberhalb des Niveaus der Grundsicherung erlangt haben; dabei sollte ein Abstand als „Puffer“ eingeplant werden. Die Beitragstragung sollte, dem bisherigen Modell folgend, allein den Selbstständigen auferlegt sein; es erscheint gesellschaftspolitisch sinnvoll, die Trennlinie zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbstständigkeit aufrechtzuerhalten und nicht durch Beitragsanteile aus anderen Quellen die Bedeutung der Nachhaltigkeit jeder Selbstständigkeit zu verdecken. Nur Selbstständigkeit, die sich für die Selbstständigen rechnet, bleibt am Ende ohne nachteilige Folgen auch für die Gesellschaft. Für Exis-

tenzgründer sollten vorübergehend ermäßigte Beiträge gelten.

III. Perspektiven

1. In Bezug auf alle im Gutachten kritisch gewürdigten Wege der Abkehr vom Normalarbeitsverhältnis (abgabenprivilegierte geringfügige Beschäftigung, Leiharbeit, ertragsschwaches Arbeitsverhältnis) und in Bezug auf die Kleine Selbstständigkeit zeigen sich im geltenden Rechtszustand *zwei ungünstige Gemeinsamkeiten*. Kennzeichen der beschriebenen Phänomene ist zum einen die regelmäßig geringe Prosperität der betreffenden Arbeitsbeziehungen (mit ihren vielfältigen unerwünschten Auswirkungen), zum anderen werden Lasten in die Zukunft weitergeschoben, die aus dem Steueraufkommen der Zukunft eines Tages ausgeglichen werden müssen. Beides hat auch Bedeutung für die Frage, ob der Rechtsrahmen des Arbeitsrechts und des Sozialrechts im Zusammenhang mit dem Ziel, das seit vielen Jahren große gesellschaftliche Probleme der Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, richtig weiterentwickelt worden ist.

2. Der historisch gewachsene Ist-Zustand des Privatrechts und des Sozialrechts setzt vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen und grundsätzlicher Wertmaßstäbe auf die Leistungskraft und nicht auf den Versorgungsstaat. Dem laufen die im Zusammenhang mit den untersuchten Phänomenen stehenden arbeitsrechtlichen und sozialrechtlichen Reformen der letzten Dekade zuwider: Die Verfolgung des Gedankens, dass es für die von Arbeitslosigkeit Betroffenen ebenso wie für die Gesellschaft besser sei, wenn es überhaupt zu einer Beschäftigung (mit eventuell aus Steuermitteln aufzustockendem Ertrag) kommt als wenn eine Einstellung unterbleibt, hilft den Betroffenen und vermag im Hinblick auf die Gesellschaft eine Sonderlage zu überbrücken. Als Modell wäre eine solche Lösung jedoch nicht geeignet, weil arbeitslose Armut durch arbeitende Armut (*working poor*) ersetzt würde. Die atypische Beschäftigung vor allem in den Bereichen der geringfügigen Beschäftigung und der Leiharbeit ist neben ihrer durch den Rechtsrahmen begünstigten signifikanten Ertragsschwäche anfällig für Missbrauch (auch durch Missachtung gesetzlicher Pflichten, illegale Beschäftigung). Dass benötigte Arbeit einen auskömmlichen Ertrag hat und in vernünftig abgesicherten Verhältnissen erfolgt, ist in Demokratien unerlässlich. Dem muss der Rechtsrahmen entsprechen.

3. Solange nicht der geltende Rechtsrahmen, insbesondere des Sozialrechts, der wesentlich auf die Versicherung gegründet ist, durch eine (derzeit nicht annähernd entwickelte) neue Konzeption ersetzt ist, müssen sich im Einzelnen verfolgte sozialpolitische Maßnahmen zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit konzeptionell in den vorhandenen Rechtsrahmen einfügen, sie dürfen ihm nicht zuwiderlaufen. ■

¹⁶ Näher *Waltermann*, NJW 2010, 801 (805 ff.) m. Nachw.

¹⁷ Dieser Teil des Gutachtens ist ausgegliedert und veröffentlicht in RdA 2010, Heft 3.

Abteilung Strafrecht

Professor Dr. Hans Kudlich, Erlangen*

Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens?

Verständigung im Strafverfahren – Fristsetzung für Beweisanträge – Beschränkung der Geltendmachung von Verfahrensgarantien

I. Problemstellung und Gutachtenauftrag

„Die moderne Gesellschaft kann (...) mit Fug und Recht als Beschleunigungsgesellschaft bezeichnet werden. Sie ist nicht nur durch (...) Beschleunigungsfortschritte (...) gekennzeichnet, sondern auch durch extrem hohe Raten des (...) Wandels – und der (...) Unsicherheit: Nichts bleibt so, wie es ist, die Handlungsbedingungen ändern sich in steter Regelmäßigkeit“¹. Diese durchaus negativ konnotierte Beschreibung unseres Alltags auf einer Website über psycho-soziale Erkrankungen („Eilkrankheit“) scheint gut auf bestimmte Aspekte der Diskussion in Gesetzgebung wie Rechtsanwendung über den Beschleunigungstopos und die aus ihm abzuleitenden Konsequenzen zu passen („nichts bleibt so, wie es ist...“).

Aktuell sind hier etwa die Diskussion über bzw. die Regelung der Absprachen im Strafverfahren (welche zumindest auf den ersten Blick grundlegenden Prozessmaximen widersprechen könnten), die richterliche Befristung des Beweisanspruchs² als – zumindest teilweise so empfundene – Erosion prozessualen Urgesteins sowie die durch den *Großen Strafsenat*³ und auch durch das *BVerfG*⁴ abgesegnete „Rügekümmern“ (welche einen Schlusstrich unter eine über 100-jährige liberale Rechtsprechungstradition gezogen hat) zu nennen. All dies sind Erscheinungen, die möglicherweise als Symptome eines von der „Eilkrankheit“ befallenen Strafprozesses gedeutet werden könnten.

Aber hier (gesellschaftliche Entwicklung) wie dort (Strafrechtssystem) gilt auch: Die Situationsbeschreibung ist ambivalent. Ebenso wie „technische Beschleunigungsfortschritte, insbesondere bei der elektronischen Informationsbearbeitung und -übertragung“⁵ *per se* kaum nur als negativ empfunden werden dürften, können beschleunigte Verfahrensdurchführung und -erledigung in bestimmten Konstellationen von allen Beteiligten als positiv empfunden werden bzw. sind zumindest erforderlich, wenn in zunehmend komplexeren Verfahren von einer personell vielfach unterausgestatteten Justiz steigende Fallzahlen bewältigt werden sollen. Moderne und Beschleunigung gehören zusammen⁶.

In diesem Kontext werden im strafrechtlichen Gutachten drei besonders bedeutsame Felder aus der aktuellen Diskussion näher beleuchtet⁷: Die Verständigung im Strafverfahren, die Fristsetzung für Beweisanträge sowie die Beschränkung der Geltendmachung von Verfahrensgarantien. Dieser Gutachtenauftrag führt dazu, dass die Überlegungen nicht vorrangig auf Lösungsvorschläge de lege ferenda fixiert sind, zumal insbesondere die beiden ersten Unterthemen gerade in jüngerer Zeit bereits erfolgte „Umgestaltungen des Strafverfahrens“ betreffen.

II. Rahmenbedingungen

1. Das Beschleunigungsgebot wird in der StPO nicht explizit ausformuliert. Gleichwohl geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass es eine strafprozessuale Verfahrensmaxime darstellt⁸. Dabei ist es freilich wichtig, zwei ganz

unterschiedliche (und keinesfalls in ihrer Wirkung immer deckungsgleiche) Dimensionen des Beschleunigungsgebots auseinanderzuhalten: Vorrangig dient das Beschleunigungsgebot dem *Schutz des Beschuldigten*⁹, und richtigerweise wird man auch nur bei dieser Dimension Art. 6 I 1 EMRK als Grundlage heranziehen können. Die klassischen Überlegungen zur beschuldigtenschützenden Dimension (etwa Bemessung der überlangen Verfahrensdauer, Kompensationsmöglichkeiten) spielen für die im Gutachten aufgeworfenen Fragen allerdings keine nennenswerte Rolle. Daneben liegt das Beschleunigungsgebot aber auch *im öffentlichen Interesse*. Ihm kommt zum einen auf Grund der größeren zeitlichen Nähe zwischen Tat und Verfahren eine wahrheitssichernde Funktion zu; vor allem aber ist es „wirtschaftlichkeitsdienlich“¹⁰ bzw. ressourcenschonend. Änderungen des Strafverfahrens, die vorrangig dieser verfahrensökonomischen Dimension geschuldet sind, zwingen zu einer Abwägung mit den Beschuldigtenrechten, die zur Verfahrensökonomie in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden müssen.

2. Soweit über das Erfordernis einer Beschleunigung des Strafverfahrens – und zwar insbesondere in seiner verfahrensökonomischen Dimension – nachgedacht wird, ist für die Legitimation derartiger Überlegungen von Interesse, inwieweit rechtstatsächlich überhaupt ein Bedarf hierfür besteht bzw. welches die Gründe dafür sind. Hierbei fällt zunächst der – letztlich vorrangig fiskalischen Gründen geschuldete – gestiegene Erledigungsdruck ins Auge. Ohne insoweit eine valide empirische Untersuchung leisten zu können, verrät schon ein kurzer Blick in die amtlichen Statistiken¹¹ etwa für den Zeitraum 1994/1995 bis 2007 folgende Steigerungen des „Belastungsquotienten“ (d. h. des Quotien-

* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Erlangen-Nürnberg.

1 Vgl. www.eilkrankheit.de/Hintergrund.html, zuletzt abgerufen am 27. 4. 2010.

2 Vgl. *BGHSt* 52, 355 = NJW 2009, 605.

3 Vgl. *BGHSt* 51, 298 = NJW 2007, 2419.

4 Vgl. *BVerfGE* 122, 248 = NJW 2009, 1469 m. Besprechung von *Bertheau*, NJW 2010, 973; *Kudlich/Christensen*, JZ 2009, 943.

5 Vgl. nochmals www.eilkrankheit.de/Hintergrund.html, zuletzt abgerufen am 27. 4. 2010.

6 Vgl. hierzu auch aus soziologischer Sicht eingehend *Rosa*, Beschleunigung. Die Veränderung der Temporalstrukturen in der Moderne, 2005.

7 Vgl. zur Verortung der beiden erstgenannten Punkte beim Problem des Beschleunigungsgrundsatzes *Tepperwien*, *NSz* 2009, 1 (5 ff.).

8 Vgl. nur *LR-Kühne*, 26. Aufl. (2006), Einl. B Rdnr. 41, Einl. E Rdnrn. 67 f.; *Kindhäuser*, *StrafprozessR*, 2006, § 18 Rdnrn. 1, 6 ff., 24; *Volk*, *Grundkurs StPO*, 6. Aufl. (2008), § 18 Rdnrn. 11, 13; aus der Rechtsprechung des *BVerfG* zum Beschleunigungsgebot etwa *BVerfG*, NJW 2005, 3485; NJW 2006, 672; NJW 2006, 1336.

9 Vgl. etwa *Hannich*, in: *Karlsruher Komm. z. StPO*, 6. Aufl. (2008), Einl. Rdnr. 11; *Meyer-Goßner*, *StPO*, 52. Aufl. (2009), Einl. Rdnr. 160.

10 Zur Frage nach dem Erfordernis einer „Wirtschaftlichkeit des Strafverfahrens“ vgl. *Kühne*, *StrafprozessR*, 8. Aufl. (2010), Rdnrn. 279 ff.

11 Vgl. Bundesamt für Justiz (Referat III 3), Dokumente 3004/2b-B 728/2008 v. 19. 11. 2008 (Gerichte) und 3004/2e-B7 704/2008 v. 5. 11. 2008 (Staatsanwaltschaften).

ten aus der Zahl der Neuzugänge dividiert durch die Personalverwendung):

- für die Amtsgerichte 9%,
- für die erstinstanzliche Zuständigkeit der Landgerichte 12,7%,
- für die zweitinstanzliche Tätigkeit der Landgerichte 5,8%,
- für die Revisionsfähigkeit der Oberlandesgerichte 12%,
- für die Eingangsinstanzen im Bußgeldverfahren 19,8% sowie
- für die Staatsanwaltschaften 25,7%.

Anstatt auf diese Situation (und insbesondere auf die geänderten personellen Ressourcen) mit einer Beschränkung bzw. Vereinfachung des zu bewältigenden Arbeitsgebiets zu reagieren (oder vielleicht auch nur: reagieren zu können), weist die materiell-strafrechtliche Entwicklung der vergangenen Jahrzehnte als Arbeitsfeld der Strafverfolgungsbehörden bekanntlich gerade in die entgegengesetzte Richtung: Schon im Kernstrafrecht nehmen Straftatbestände eher zu als ab, und Änderungen im Nebenstrafrecht wie etwa die an Komplexität schwer zu überbietenden Strafvorschriften gegen die Marktpreismanipulation in §§ 20 a, 38, 39 WpHG können in ihrer Ausgestaltung kaum als ressourcenschonend erachtet werden.

3. Der Schwerpunkt denkbarer beschleunigender und zugleich beschuldigtenrechtsverkürzender Änderungen liegt für das tatgerichtliche Verfahren im Hauptverfahren. Mit Einschränkungen prozessualer Teilhaberrechte (Fragerecht, Erklärungsrecht und Beweisantragsrecht) würde freilich – mehr oder weniger intensiv – in zentrale Verfahrensgrundrechte eingegriffen, die vielfach auch in Art. 6 EMRK oder Art. 103 GG verankert sind. Ebenfalls in Art. 6 EMRK, möglicherweise auch in Art. 19 IV GG, könnten Verkürzungen des Rechtsmittelrechts eingreifen.

III. Verständigung im Strafverfahren

Die „Verständigung“ im Strafverfahren ist seit mehr als einem Vierteljahrhundert – und seit rund 20 Jahren nicht zuletzt wegen des grundlegenden Juristentagsgutachtens von *Schünemann* – Gegenstand kontroverser Diskussionen, die in jüngster Vergangenheit durch das Inkrafttreten des „Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“¹² nochmals angeheizt wurden. Eine tatsächlich beschleunigende Wirkung und auch die auf eine Beschleunigung gerichtete Intention von (vor allem verfahrensbeendenden) Absprachen¹³ sind evident. Darüber darf jedoch nicht aus den Augen verloren werden, dass dem Angeklagten unbeschadet seiner Zustimmung im Einzelfall Rechtsverluste drohen können¹⁴ und dass eine Verständigung je nach Ausgestaltung mit zentralen Strukturprinzipien des Strafverfahrensrechts kollidieren kann. Die zahlreichen hierzu diskutierten Fragen können schon im Gutachten nur sehr selektiv behandelt werden; an dieser Stelle muss eine noch größere Skizze genügen:

1. Anwendungsbereich und Voraussetzungen einer Verständigung

a) Die neue gesetzliche Regelung wirft die Frage auf, ob diese abschließenden Charakter hat und damit andere informelle Gespräche außerhalb dieses Rahmens notwendigerweise „rechtswidrig“ sind¹⁵. Zu ihrer Beantwortung ist zu differenzieren: Wer eine Absprache mit der in § 257 c StPO vorgesehene Verbindlichkeit treffen möchte, muss sich an die vorgegebenen Formen halten. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass informelle (und beispielsweise nicht in die öffentliche Hauptverhandlung transportierte) Gespräche tatsächlich ohne Weiteres „rechtswidrig“ sein (und z. B. für den Richter *per se* zu einer Strafbarkeit nach § 339 StGB führen¹⁶) müssen. Vielmehr wird man auch jetzt noch ein infor-

melles „Abtasten“ nicht *a priori* für unzulässig halten können, solange keine ernsthaften Schritte einer Verständigung gelungen sind. Ist es allerdings außerhalb der Hauptverhandlung zu einer „Einigung“ gekommen, die dann unrichtig bestritten wird (etwa weil unzulässigerweise ein Rechtsmittelverzicht vereinbart worden ist), dürfte in der Tat die Grenze des § 339 StGB überschritten sein.

b) Soll-Bestandteil jeder Verständigung ist nach § 257 II 2 StPO ein Geständnis. Gesetzesformulierung und auch Gesetzgebungsgeschichte¹⁷ sprechen somit dafür, dass es auch bei verfahrensbeendenden Absprachen Fälle geben kann, in denen ein Verständnis verzichtbar ist. Ist dies aber – wie regelmäßig – nicht der Fall, stellt sich die Folgefrage, welche Anforderungen zu stellen sind. Tendenziell werden diese nicht zu hoch sein, wobei es im praktischen Ergebnis oft keinen Unterschied machen wird, ob mit der Schilderung in einem schlanken Geständnis der „der Anklage gegenständliche Sachverhalt für Gericht und Staatsanwaltschaft nachvollziehbar eingeräumt wird“¹⁸, ob ein „schlankes und mit dem übrigen Erkenntnisstand vereinbares, in jedem Fall aber glaubhaftes Geständnis“ verlangt wird¹⁹ oder ob ein glaubhaftes, qualifiziertes Geständnis“ verlangt wird, bei dem die Glaubhaftigkeit dann nur anhand der Akten und – wie mitunter sonst auch (ohne Verständigung) bei einem in der Hauptverhandlung abgelegten Geständnis – nicht durch eine weitere Beweisaufnahme überprüft wird²⁰.

c) Zu den Rechtsfolgen, die Gegenstand der Verständigung sein können, enthält § 257 c II 1, 3 StPO zunächst einige eindeutige Regelungen. Nicht geregelt und entsprechend unterschiedlich beurteilt wird die Möglichkeit, eine Verständigung auch über Nebenstrafen oder andere Nebenfolgen sowie über Verfall und Einziehung zu treffen. Man wird dabei letztlich differenzierend davon auszugehen haben, dass die Verständigung (in den Worten *Bittmanns*) „nur auf einem schnelleren Weg zu einem dem materiellen Recht entsprechenden Ergebnis“ gelangen soll²¹, nicht dagegen ein vom materiellen Recht abweichendes Ergebnis legitimieren kann. Zwingende Rechtsfolgen sind insoweit also nicht „verhandelbar“. Nach diesen Maßstäben ist auch die wichtige Frage zu entscheiden, ob die Strafaussetzung zur Bewährung Gegenstand der Verständigung sein kann: Die zeitliche Obergrenze bewährungsfähiger Haftstrafe in Höhe von zwei Jahren nach § 56 II StGB bleibt unverhandelbar; dagegen dürfte die positive Sozialprognose auf Grund der damit verbundenen Ermessenselemente in legitimer Weise durch die Verständigung beeinflussbar sein²².

12 Siehe BGBl I 2009, 2353; vgl. hierzu an dieser Stelle als Überblicksbeiträge nur *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625; *Bittmann*, wistra 2009, 414; ausf. *Niemöller/Schlothauer/Weider*, VerständigungsG, 2010; krit. Würdigung bei *Fezer*, NStZ 2010, 177, sowie bei *Altenhain/Haimler*, JZ 2010, 327.

13 Die Überlegungen hier wie im Gutachten bleiben auf Absprachen in der Hauptverhandlung beschränkt, auf denen auch der Schwerpunkt des Verständigungsgesetzes liegt. Dabei wird nicht verkannt, dass die praktische Bedeutung anderer (zumindest semi-)konsensualer Institute wie der Einstellung nach Opportunitätsvorschriften sowie des Strafbefehlsverfahrens noch größer ist.

14 Vgl. zusammenfassend zu solchen (zur Rechtslage vor dem Verständigungsgesetz) plastisch *Fahl*, ZStW 117 (2005), 605.

15 Dafür etwa *Schlothauer/Weider*, StV 2009, 600 (601).

16 Vgl. *Schlothauer/Weider*, StV 2009, 600 (606).

17 Vgl. BR-Dr 582/1/09 v. 25. 6. 2009, S. 1 f.

18 So die Formulierung bei *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625 (2628).

19 So die Formulierung bei *Bittmann*, wistra 2009, 414 (415).

20 So die Formulierung bei *Meyer-Goßner* (o. Fußn. 9), Erg.-Heft, § 257 c Rdnr. 17.

21 Vgl. *Bittmann*, wistra 2009, 414 (415).

22 Im Erg. ebenso *Niemöller*, in: *ders./Schlothauer/Weider* (o. Fußn. 12), § 257 c Rdnr. 57.

2. Konsequenzen einer getroffenen Verständigung

Wird eine Verständigung i. S. des § 257 c StPO getroffen, so entfaltet dies Bindungswirkungen. Im trichterlichen Verfahren ist im Gegenschluss zu § 257 c IV 2, 3 StPO von einer grundsätzlichen Bindung des Gerichts an die Verständigung auszugehen, welche jedoch nicht „instanzenfest“ ist. Hinsichtlich der Anforderungen an das Entfalten der Bindung im trichterlichen Verfahren selbst geht § 257 c IV 1, 2 StPO teilweise wieder hinter die Rechtslage vor dem Verständigungsgesetz zurück, was dem vorleistungspflichtigen Angeklagten ein schwer überschaubares Risiko aufbürdet. Insofern ist eine restriktive Auslegung der Vorschrift insbesondere mit Blick auf den unbestimmten Rechtsbegriff der Bedeutsamkeit sowie auch mit Blick auf die Tat- bzw. Schuldangemessenheit vorzunehmen. Mit dem Entfallen der Bindungswirkung wird das Geständnis des Angeklagten nach § 257 c IV 3 StPO unverwertbar. Die in der Literatur aufgeworfene Frage nach einer Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots dürfte insofern nur eingeschränkt praktische Bedeutung haben, als die meisten in Betracht kommenden Beweismittel regelmäßig schon vor dem (in der Hauptverhandlung abgegebenen) Geständnis bekannt gewesen sein dürften.

Kommt es zu einem der Verständigung entsprechenden Urteil in der Tatsacheninstanz, hat der Gesetzgeber die generelle Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts angeordnet, § 302 S. 2 StPO. Ob dies systematisch konsequent bzw. der Interessenlage des Angeklagten tatsächlich zwingend geschuldet ist, darf durchaus bezweifelt werden; darüber hinaus dürfte gerade dieses „Rechtsmittelverzichts-Verbot“ dazu führen, dass in der Praxis vielfach nicht der offizielle Weg des § 257 c StPO beschritten wird, sondern weiterhin informelle Absprachen getroffen werden. Dem lässt sich (zumindest theoretisch, vorbehaltlich der Nachweisschwierigkeiten) nur dadurch gegensteuern, dass auch nach solchen Absprachen ein etwaiger Rechtsmittelverzicht unwirksam ist, was sich freilich dogmatisch und systematisch nicht leicht begründen lässt.

3. Konsensuale Neuausrichtung des Strafverfahrens?

Schon die Gesetzesbegründung, aber auch die neue Rechtslage selbst zeichnet ein in hohem Maße divergentes Bild²³: Insbesondere der Regelungsmechanismus des § 257 c StPO scheint auf den ersten Blick mehr oder weniger deutlich konsensual geprägt zu sein, postuliert aber in Absatz 1 Satz 2 der Vorschrift ausdrücklich, dass die Amtsaufklärungspflicht des § 244 II StPO „unberührt“ bleibe. Dieser Verweis wird teilweise als wesentliches Bollwerk gegen ein Konsensprinzip interpretiert, teils ist – durchaus resignativ – von einem bloßen Lippenbekenntnis die Rede²⁴, teils wird offensiv konstatiert, der Hinweis auf § 244 II StPO sei „angesichts der Zielrichtung beinahe jeder Urteilsabsprache nichts weniger als unrealistisch und in sich widersprüchlich“²⁵.

Dieser Konflikt lässt sich wohl auch nicht (mit *Jahn*²⁶) durch eine konsequent konsenstheoretische Deutung des Amtsermittlungsgrundsatzes auflösen, da trotz des antagonistischen Charakters gerade das Handeln von Staatsanwaltschaft und Verteidigung, das grundsätzlich durchaus wahrheitsfördernd wirken kann, die Beteiligten im konkreten Fall ein – und zwar nach traditionellem Verständnis vom Zweck des Strafverfahrens dysfunktionales – gemeinsames Interesse an einem raschen und unkomplizierten Ausgang haben können. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass der strukturelle Unterschied im Ablauf „Äußerungsmöglichkeit der Beteiligten“ – „Berücksichtigung der schuldbezüglichen Tatsachen und der strafzumessungsrelevanten Umstände“ –

„Möglichkeit der Hinnahme der gerichtlichen Einschätzung oder Angriff derselben“ jedenfalls bei einer strengen Orientierung an § 257 c StPO so weit weg vom Verfahren ohne Verständigung überhaupt nicht ist. Hält man sich dieses Szenario vor Augen, lässt sich § 244 II StPO – vielleicht weniger in seinem grundsätzlichen Verständnis als vielmehr in seiner Anwendung im Einzelfall – durchaus in das Gefüge einpassen: Auch im nicht abgesprochenen Verfahren wird dem Aufklärungsauftrag im Fall eines Geständnisses insgesamt weniger intensiv nachgegangen; und auch im nicht abgesprochenen Verfahren ist der Umfang der Aufklärungspflicht durchaus vom Prozessverhalten insbesondere des Angeklagten abhängig.

Dies alles ändert zwar nichts daran, dass das Verständigungsgesetz eine systematisch nicht immer befriedigende Vermischung zweier Verfahrenssysteme geschaffen hat. Einseitige Kritik am Gesetzgeber ist jedoch nicht angebracht. Dies gilt nicht zuletzt auch für die Hinweise auf eine etwaige „Missbrauchsanfälligkeit“ der Vorschriften durch unwillige Richter; denn wer einen solchen Missbrauch unterstellt, hat eigentlich keinen Grund zu der Hoffnung, dieser Missbrauch wäre zukünftig unterblieben, wenn die Absprachen keine gesetzliche Regelung erfahren hätten.

IV. Fristsetzung für Beweisanträge

1. Das Unterthema „Fristsetzung für Beweisanträge“ orientiert sich leicht ersichtlich an der Leitentscheidung des *BGH*²⁷. Hier fokussiert brennglasartig die schwierige Ausöhnung eines starken Beweisantragsrechts mit dem Beschleunigungsgebot. Ganz allgemein kann man dabei davon ausgehen, dass signifikantes Beschleunigungspotenzial (und zwar im einzelnen Verfahren, noch mehr aber gemessen an der Gesamtheit der Verfahren) nur besteht, wenn die Einschränkungen des Beweisantragsrechts relativ weit gehen bzw. relativ voraussetzungsarm sind. Gerade dies führt aber zu einem schwerer wiegenden Eingriff in das durch den Grundsatz des rechtlichen Gehörs auch verfassungsrechtlich abgesicherte Beweisantragsrecht.

2. Zeitlich schon vor und inhaltlich auch jenseits der Fristsetzung für Beweisanträge beschäftigt der Konflikt zwischen Beweisantragsrecht und Verfahrensbeschleunigung in verschiedenen Kontexten die Rechtsprechung. Dies gilt zunächst für den Ablehnungsgrund in §§ 244 III 2 Alt. 6, 245 II 3 Alt. 5 StPO, der traditionell eng gefasst wird²⁸, für den aber Auflockerungstendenzen zu beobachten sind²⁹. Andere Ablehnungsgründe, bei denen das Beschleunigungsgebot als auslegungsleitendes Kriterium eine Rolle spielt, sind die Unerreichbarkeit eines Beweismittels³⁰ oder der Um-

23 Krit. auch *Fezer*, NStZ 2010, 177 (180 f.).

24 Vgl. *Meyer-Gößner* (o. Fußn. 9), Erg.-Heft, § 257 c Rdnr. 3.

25 So *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625 (2631).

26 Zu den Grundlagen *Jahn*, GA 2004, 272 (281 ff.); zu Deutung des § 244 II StPO *ders.*, ZStW 118 (2006), 427 (insb. 437 ff.).

27 *BGHSt* 52, 355 = NJW 2009, 605.

28 Vgl. bereits *RGSt* 12, 355; *RGSt* 20, 206 (207); für die Rspr. des *BGH*, NJW 1958, 1789; *BGHSt* 21, 118 = NJW 1966, 2174; *BGHSt* 29, 149 (151) = NJW 2004, 865 = NStZ 1992, 551.

29 Vgl. *BGHSt* 52, 355 (360 f.) = NJW 2009, 605, sowie auch schon *BGHSt* 51, 333 (342) = NJW 2007, 2501, und *BGH*, StV 2008, 9 (10) = BeckRS 2007, 17094; ferner die Kommentierung von Bundesrichter *Fischer*, in *Karlsruher Komm. z. StPO* (o. Fußn. 9), § 244 Rdnrn. 175 ff., wo ostentativ betont wird, dass die vergleichsweise strengen Anforderungen nur „bisher“ von der Rechtsprechung gestellt wurden.

30 Vgl. *BGH*, NStZ 2005, 44; *OLG München*, NStZ-RR 2007, 50; wengleich vom umgekehrten Ergebnis her in die gleiche Richtung weist auch *OLG Hamburg*, StV 2009, 9, wenn eine vom Tatgericht angenommene Unerreichbarkeit des Beweismittels als „trotz Berücksichtigung des Beschleunigungsgrundsatzes“ rechtsfehlerhaft erachtet wird.

fang der Aufklärungspflicht in Fällen des § 244 V 2 StPO (Auslandszeugen)³¹. Noch weiter reichen Eingriffe in das Beweisantragsrecht, durch welche das zukünftige Stellen von Beweisanträgen eingeschränkt bzw. von besonderen Bedingungen abhängig gemacht wird. Leitentscheidung ist hier das bekannte Judikat *BGHSt* 38, 111³². Der 2. *Strafsenat* schließlich billigte in einer relativ jungen Entscheidung³³ den Austausch eines vom Beweisantrag erfassten Beweismittels gegen ein anderes, ohne dass der Beweisantrag auch nur beschieden wurde. Insgesamt ist also auch jenseits der Verschleppungsabsicht der Beschleunigungsgrundsatz von großer (und von steigender) Bedeutung für das Beweisantragsrecht und wird hier als Abwägungstopos der Wahrheitsermittlung gegenüber gestellt³⁴.

3. Die Rechtsprechung des 1. *Strafsenats*³⁵ stellt sich mithin nur als Ausschnitt aus dem Gesamtkomplex „Beweisantragsrecht und Beschleunigungsgebot“ dar und bildet auch nur einen Ausschnitt aus einer längeren Entwicklungslinie³⁶. Die heftige Kritik in der Literatur an der Entscheidung knüpft im Wesentlichen am Verständnis der drei hauptsächlich betroffenen Vorschriften (§§ 238, 244 III 2 Alt. 6, 246 I StPO) an. Kern des Anstoßes ist, dass mit dem Konstrukt, „verspätete“ Beweisanträge zwar nicht „nicht entgegenzunehmen“, die „Verspätung“ aber als gewichtiges Indiz einer Verschleppungsabsicht zu betrachten, § 246 StPO nur formal berücksichtigt werde³⁷. An diese im Grundsatz überzeugende Kritik schließt sich dann an, dass § 246 StPO bzw. das Beweisantragsrecht insgesamt auch nicht aus der Sachleitungsbefugnis nach § 238 I StPO gleichsam neu gedeutet werden könne³⁸.

Eine abweichende Beurteilung ergibt sich vorliegend auch nicht aus einer etwaigen „allgemeinen Missbrauchsdogmatik“³⁹. Denn auch wenn man den verbreiteten (wenn gleich keinesfalls einhelligen) Konsens darüber teilt, dass ein ungeschriebenes Missbrauchsverbot im Strafprozessrecht nicht von vornherein ausgeschlossen ist⁴⁰, würde die Billigung als Missbrauchsreaktion voraussetzen, dass im Vorfeld Anknüpfungspunkte für einen solchen – und zwar massiven und anderweitig nicht bewältigbaren – Missbrauch bestehen; eine Legitimation für gleichsam präventive Fristsetzungen in allen länger angelegten Verfahren liegt darin keinesfalls.

V. Beschränkung der Geltendmachung von Verfahrensgarantien

Das dritte Unterthema bildet die „sonstige“ Beschränkung der Geltendmachung von Verfahrensgarantien, die schon im Gutachten noch selektiver behandelt werden muss als andere Fragen und für die hier aus Platzgründen *colorandi causa* Stichworte wie allgemeines Missbrauchsverbot, Präklusionsregelungen, Erfordernis eines Zwischenrechtsbehelfs nach § 238 II StPO für eine zulässige Rüge, Widerspruchslösung oder Rügeverkümmern genügen soll. Ohne dass dies hier näher ausgeführt werden könnte⁴¹, seien drei Aspekte hervorgehoben:

1. Eine Reihe der genannten Rechtsfiguren leiden formell darunter, dass sie in der StPO keine hinreichende Verankerung haben, und sind dem inhaltlichen Einwand ausgesetzt, dass letztlich die Abwägungsleitlinien zu den Verantwortlichkeitsbereichen unangemessen zu Lasten der Verteidigung verschoben werden.

2. Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Einschränkung der Geltendmachung von Verfahrensgarantien zeigt (ebenso wie die oben skizzierte Entwicklung beim Beweisantragsrecht) zunehmend die Tendenz weg von einer Missbrauchskontrolle hin zur Durchsetzung des Beschleunigungsgebots im Sinne einer allgemeinen Verfahrensverschleppung. Der Beschleunigungsgrundsatz wird also nicht mehr nur herangezogen, um dysfunktionalen Verzögerungen entgegenzutreten, sondern entfaltet seine Wirkung auch gegenüber solchen, einem Rechtsstaat durchaus gut zu Gesicht stehenden „Entschleunigungen“, die ihren guten Grund haben.

3. Obwohl die rechtsstaatlichen Standards im deutschen Strafverfahrensrecht manchen Unkenrufen zum Trotz insgesamt noch als gut zu erachten sind, zeigt die Entwicklung, dass diesen Standards unter dem Stichwort des Beschleunigungsgebots durchaus Gefahr droht, die dadurch eher vergrößert als verringert wird, dass die Entwicklung im soeben beschriebenen Sinne allmählich und durch eine langsame Ausweitung von an sich konsentierten Ausgangsfällen her erfolgt. Dass die Entwicklung hierbei vorrangig nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch die Rechtsprechung vorangetrieben wird, ist insoweit verwunderlich, als auf Grund der starken Normgeprägtheit der einschlägigen grundrechtlichen Garantien keinesfalls automatisch jeder neue gesetzliche Zustand in die Verfahrensgrundrechte eingreift, nur weil er nicht die bisherige Gewährleistungstiefe erreicht, während umgekehrt Verkürzungen eines durch die gesetzliche Regelung gewährten Umfangs durch den Rechtsanwender als Grundrechtseingriffe legitimierungsbedürftig sind (und regelmäßig eine gesetzliche Grundlage erfordern würden). ■

31 Vgl. *BGH*, NJW 2001, 695 (696).

32 *BGH*, NJW 1992, 1245.

33 Vgl. *BGH*, NStZ 2008, 529.

34 Vgl. auch *Fischer*, in: *Karlsruher Komm. z. StPO* (o. Fußn. 9), § 244 Rdnr. 160.

35 *BGHSt* 52, 355 = NJW 2009, 605 = NStZ 2009, 169.

36 *BGH*, NJW 2005, 2466 = StV 2006, 113; NJW 2007, 2501 = NStZ 2007, 659, m. Anm. *Beulke/Rubmannseder*, NStZ 2008, 300; *BVerfG*, NJW 2010, 592, m. Anm. *Leipold/Beukelmann*, NJW-Spezial 2009, 744.

37 Vgl. *Eidam*, JZ 2009, 318 (319); *Fezer*, HRRS 2009, 17; *Gaede*, NJW 2009, 608; *Jahn*, JuS 2009, 372 (373); vgl. auch *Beulke/Rubmannseder*, NStZ 2008, 300 (302 [„verkappte Präklusion“]) zur Vorläuferentscheidung.

38 Vgl. *Gaede*, NJW 2009, 608.

39 Vgl. hierzu etwa *Abdallah*, Die Problematik des Rechtsmissbrauchs im Strafverfahren, 2002; *Fahl*, Rechtsmissbrauch im Strafprozess, 2003; *Kudlich*, Strafprozess und allgemeines Mißbrauchsverbot, 1998.

40 Zur jüngsten Diskussion vgl. etwa *Beulke*, StV 2009, 554; *Pfister*, StV 2009, 550.

41 Vgl. exemplarisch zum Standpunkt des Verfassers etwa zur Rügeverkümmern *Kudlich*, BLJ (www.law-journal.de) 2007, 125, sowie *ders.*, HRRS 2007, 9, sowie zu Grund und Grenzen eines allgemeinen Missbrauchsverbots *ders.* (o. Fußn. 39).

Abteilung Öffentliches Recht

Professor Dr. Christian Waldhoff, Bonn*

Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität – Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?

I. Fragestellung

Hintergrund des Gutachtens für den Deutschen Juristentag sind die Veränderungen in der religiösen Zusammensetzung, in der religiösen Aktivität und daraus resultierender Konfliktsituationen in der deutschen Gesellschaft. Das Gutachten überprüft auf dieser Folie die Zeitgemäßheit und Angemessenheit der religionsrechtlichen Bestimmungen der deutschen Rechtsordnung unter einer primär rechtspolitischen Fragestellung. Religiöse Pluralität, Popularisierung und Individualisierung verschärfen die Problematik staatlicher Neutralität¹.

Die religiöse Zusammensetzung der deutschen Gesellschaft hat sich verändert und wird sich weiter verändern². Die konfessionelle Zweiteilung, die seit der Reformation die religiöse Wirklichkeit im deutschen Bereich spiegelte, wird durch religiöse Pluralisierungen in Bezug auf Religionszugehörigkeit wie Religionspraxis überlagert. Religiöse Homogenität ist heute der Ausnahmefall³, ohne dass bei allen Veränderungen die Dominanz des Christentums als quantitativ weit überwiegender Religion verloren geht⁴. Zugleich ist die Säkularisierung der Gesellschaft weiter vorangeschritten. Die vielbeschworene „Renaissance der Religion“ wirkt sich in Deutschland kaum zu Gunsten der christlichen Großkirchen aus. Insbesondere mit dem Islam ist nicht nur eine „kulturfremde“ Religion in der deutsche Gesellschaft dauerhaft präsent; es handelt sich auch um eine Religion, die durch grundsätzlich andere Strukturen gekennzeichnet ist und die einer den christlichen Kirchen vergleichbare „Verfasstheit“ ermangelt⁵. Der Islam wird zwar auch mittel- und langfristig nicht zur Mehrheitsreligion, hat jedoch bereits heute eine Stärke erreicht, die seine religionsrechtliche Ignorierung unzulässig erscheinen lässt⁶.

Die Regelungen der deutschen Rechtsordnung, das Verhältnis zwischen Staat und Religion betreffend, befinden sich zum überwiegenden Teil auf dem Stand einer Zeit, in der die christlichen Großkirchen die einzig relevanten Religionsgemeinschaften waren. Die Vorschriften sind vielfach auf diese zugeschnitten⁷. Insbesondere das institutionelle Staatskirchenrecht wurde über Art. 140 durch das Grundgesetz aus der Weimarer Reichsverfassung von 1919 als „doppelter Kompromiss“⁸ übernommen. Angesichts des schleichenden gesellschaftlichen Bedeutungsverlustes der christlichen Kirchen und der zunehmenden Bedeutung des Islam sowie der Individualisierung und damit Entinstitutionalisierung von Religion stellt sich die Frage nach der Zeitgemäßheit dieser einfachen und verfassungsrechtlichen Regelungen⁹. In zahlreichen Einzelfragen handelt es sich beim Religionsrecht ohnehin um ein ausgesprochen dynamisches Rechtsgebiet¹⁰. Mit der Fragestellung ist auch der Zusammenhang zwischen Religionspolitik und innerem Frieden angesprochen¹¹.

II. Das Grundverhältnis von Staat bzw. Recht und Religion

1. System des Religionsrechts

Der moderne Staat ist säkularer Staat, die Herrschaftsgewalt wird weltimmanent gedeutet und gerechtfertigt¹². Daraus folgt ein Äquidistanz des Staates zu religiösen und welt-

anschaulichen Fragen. Auch der Staat des Grundgesetzes identifiziert sich nicht mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung – mögen auch die gesellschaftlichen Verhältnisse zu Religion und Kirche 1948/49 vergleichsweise eindeutig gewesen sein¹³. Religion und Weltanschauung gehören vielmehr zu den nicht selbst Bestandteil des Verfassungsrechts werdenden Verfassungsvoraussetzungen. Die Verfassungsordnung erwartet und billigt religiöse oder weltanschauliche Betätigung, ohne diese selbst vorzunehmen oder auch nur vornehmen zu wollen oder zu können¹⁴. Vor diesem Hintergrund besteht das Religionsrecht der deutschen Rechtsordnung aus dem Grundrecht der Religionsfreiheit – Art. 4 I, II GG (sowie einzelnen Diskriminierungsverbote aus religiösen Gründen) –, aus den institutionellen staatskirchenrechtlichen Bestimmungen, die über Art. 140 GG aus der WRV von 1919 rezipiert wurden und aus einfachrechtlichen Normen, die über die gesamte Rechtsordnung verstreut sind. Diese Vorschriften auf unterschiedlichen normhierarchischen Ebenen und mit teilweise einander ergänzenden Intentionen fügen sich zu einem wohltaustarieren, die Erfahrungen von Jahrhunderten aufnehmenden¹⁵ System: Es ist ein Konzept der „Arbeitsteilung“ zwischen

* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für öffentliches Recht an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn und Direktor des kirchenrechtlichen Instituts dieser Fakultät.

- 1 Zur Bedeutung der Neutralitätsproblematik als „Ewigkeitsfrage“ des Staatskirchenrechts *Heinig*, JZ 2009, 1136; implizit zur Zusammenführung der grundsätzlichen Fragestellung mit den „religionsrelevanten kasuistischen Lösungen“ der „Instanzgerichtsbarkeit“ *Heckel*, AöR 134 (2009), 309 (315).
- 2 REMID-Statistik „Kirchenmitgliedschaft in Deutschland“. Zur religionssoziologischen Diskussion insgesamt *Pollack*, Säkularisierung – ein moderner Mythos?, 2003; *ders.*, Rückkehr des Religiösen?, 2009; *Rottleuthner*, in: *Mahlmann/Iders.*, Ein neuer Kampf der Religionen?, 2006, S. 13 ff.
- 3 *Graf*, Die Wiederkehr der Götter, 2004, S. 18.
- 4 *Nolte*, Religion und Bürgergesellschaft, 2009.
- 5 *Wunn*, Muslimische Gruppierungen in Deutschland, 2008; Religionsmonitor 2008: Muslimische Religiosität in Deutschland, 2008; *Brettfeld/Wetzels*, Muslime in Deutschland, 2007.
- 6 *Loschelder*, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 20 (1986), S. 149 (151); *Muckel*, Der Islam unter dem Grundgesetz, 2000; *Bielefeldt*, Muslime im säkularen Rechtsstaat, 2003; *Kloepfer*, DÖV 2006, 45 (48); *Schäuble*, in: *ders.*, Braucht unsere Gesellschaft Religion?, 2009, S. 29 ff.
- 7 *Waldhoff*, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 42 (2008), S. 55 (56 ff.); *Ipsen*, Der Staat der Mitte, 2009, S. 196.
- 8 *Smend*, ZevKR 1 (1951), 4 (11); *Hollerbach*, in: *Blumenwitz*, Konrad Adenauer und seine Zeit, Bd. 2, 1976, S. 367 ff.
- 9 *Heckel*, AöR 134 (2009), 309: „Die Zukunftsfähigkeit des Staatskirchenrechts hängt ab von der Einsicht in seine Legitimität.“
- 10 Vgl. nur *Müller-Volbehr*, ZRP 1991, 345 (348); *Czermak/Hilgendorf*, Religions- und Weltanschauungsrecht, 2008, Rdnr. 34 und öfter; *Waldhoff*, in: Essener Gespräche (o. Fußn. 7), S. 98 ff., jew. m. w. Nachw.
- 11 *Reichert*, in: *Liber amicorum Gaertner*, 2003, S. 563; *Hilgendorf*, in: *Wissenschaft, Religion und Recht*, 2006, S. 359 ff.; zum „Gefahrenpotenzial“ *Schieder*, Sind Religionen gefährlich?, 2008; *Möllers*, VVDStRL 68 (2009), 47.
- 12 *Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, 1999.
- 13 *Waldhoff*, in: *Hillgruber/Iders.*, 60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine glückliche Verfassung?, erscheint 2010.
- 14 *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: *ders.*, Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 92 (112).
- 15 Zur Genese *Waldhoff*, in: Essener Gespräche (o. Fußn. 7), S. 60 ff.

dem primär Minderheitenschutz gewährleistenden Grundrecht der Glaubens- und Religionsfreiheit aus Art. 4 I, II GG, das Religion um ihrer selbst willen schützt, und dem institutionellen Staatskirchenrecht des Art. 140 GG, das auch staatliches Zweckkalkül, insbesondere Nützlichkeits-erwägungen verfolgt. Einfachrechtlich werden diese verfassungsrechtlichen Vorprägungen dann konkretisiert. Dieses Grundsystem des Staatskirchen- und des Religionsrechts hat sich bewährt und ist zukunftsfähig¹⁶. Von dieser Basis aus können die aktuellen Probleme bewältigt werden: „Jenseits von Neutralisierung und Identifikation liegt die Stärke des deutschen Religionsrechts in einem offensiven, Öffentlichkeit vertrauenden Umgang mit Religion.“¹⁷

Das institutionelle Staatskirchenrecht (Art. 140 GG i. V. mit Art. 136 ff. WRV) besitzt gegenüber bisher nicht heimischen Religionsgemeinschaften Angebotscharakter: Es obliegt der freien Entscheidung der Religionsgemeinschaften, ob sie davon Gebrauch machen und einerseits damit staatliche Vergünstigungen in Anspruch nehmen, sich andererseits aber auch mit dem Staat koordinieren, oder ob sie in der staatsfreien Sphäre verharren wollen. Bei Inanspruchnahme dieser Angebote verändern sich sowohl die Religionsgemeinschaften, die sich etwa neu organisieren müssen, als auch die staatliche Seite, die unter Umständen Kompromisse hinsichtlich der Voraussetzungen für die Inanspruchnahme bestimmter Institute eingeht. Staatlicherseits sind hier in schonender Weise jegliche kulturkämpferische Positionen zu vermeiden – der Staat darf sich nicht, will er seine Neutralität wahren, „seine Religionen“, insbesondere „seinen Islam“ formen.

2. Religiös-weltanschauliche Neutralität

Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates stützt und leitet dieses Grundsystem, sofern Neutralität in dem richtigen und auch vom *BVerfG* in inzwischen ständiger Rechtsprechung¹⁸ verwendeten Sinn verstanden wird: Neutralität nicht als Auswirkungsneutralität, sondern als fördernde („positive“) Neutralität, die in ihren Prämissen – nicht notwendig in ihren Ergebnissen – alle Religionen gleich behandelt¹⁹. Die vielbeschworene „Trennung zwischen Staat und Kirche“, die in Art. 137 I WRV i. V. mit Art. 140 GG zum Ausdruck kommt, ist eine spezifische, von der Verfassungsordnung näher konkretisierte Trennung mit möglichen Berührungspunkten zwischen weltlicher und geistlicher Sphäre, die damit gerade nicht dem radikal laizistischen Verhältnis von Staat und Religion wie in Frankreich, erst recht allerdings nicht dem Staatskirchentum wie etwa in England, Dänemark oder Norwegen folgt²⁰. Recht ist seinem Inhalt nach niemals „neutral“, handelt es sich doch um in Rechtsnormen gegossene politische Entscheidungen. Durch die Anwendung von Rechtsnormen nach juristischer Methodik werden die in Recht gegossenen Inhalte jedoch neutralisiert. Gegebenenfalls auf der Stufe der Verfassung vorkommende Unterscheidungen stellen kein Rechtsproblem dar: Der Sonntagsschutz privilegiert Religionen, denen der Sonntag heilig ist; sofern die Verfassung dies anordnet, stellt dies kein rechtliches Neutralitätsproblem dar²¹. Das vom *BVerfG* entwickelte Konzept der fördernden, positiven Neutralität gilt es weiter zu entwickeln. Die religiös-weltanschaulich neutrale Anwendung des Religionsrechts macht die historisch auf die beiden christlichen Großkirchen zugeschnittenen Regelungen des Staatskirchenrechts auf andere Religionsgemeinschaften anwendbar und damit zukunftsfähig.

3. Keine Kulturvorbehalte im Religionsrecht

So genannte Kulturvorbehalte²² bleiben ausgeschlossen: Eine Religionsgemeinschaft darf nicht diskriminierend behandelt

werden, weil sie „kulturfremd“, nicht „kulturaräquivalent“ ist; als nicht-kulturfremd – da autochthon – könnten nur das Christentum und die jüdische Religion angesehen werden. Auch Weltanschauungsgemeinschaften wären nicht „kulturfremd“, da sie zum Teil Ergebnis der (abendländischen) Aufklärung bzw. bestimmter Welt- und Wissenschaftssichten vor allem des 19. Jahrhunderts sind. Vergleichsmaßstab für religionsverfassungsrechtliche Fragen sind jedoch ausschließlich Rechtsnormen *als Rechtsnormen*. Das ändert freilich nichts daran, dass „kulturfremde“ Religionen im Ausgangspunkt regelmäßig weniger kompatibel mit dem staatskirchenrechtlichen System und der gesamten Verfassungsordnung des Grundgesetzes sind. Dies liegt schlicht daran, dass die Rechtsordnung in ihren Inhalten zahlreiche religiöse Prägungen erfahren hat, ohne dadurch selbst religiösen Charakter anzunehmen²³. So stellt der Körperschaftsstatus nach Art. 140 GG i. V. mit Art. 137 V WRV historisch einen Reflex von überkommenen Organisationsformen der christlichen Kirchen dar; allein dadurch werden andere Religionsgemeinschaften, die dessen Anforderungen (noch) nicht erfüllen, nicht diskriminiert. Es ist ihnen überlassen, sich körperschaftlich zu verfassung oder dies zu lassen – staatlicher Druck ist in solchen Fragen aus Gründen der Neutralität zu vermeiden.

4. Die bundesstaatliche Seite

Die religiös-weltanschauliche Pluralisierung sollte die föderalen Differenzierungsmöglichkeiten stärker als bisher ausschöpfen. Das *BVerfG* hat in seiner vieldiskutierten Kopftuchentscheidung auf föderale Unterscheidungsmöglichkeiten hingewiesen²⁴: Die Verhältnisse an einer Schule in Berliner Problemvierteln mögen mit Relevanz zu den hier diskutierten Fragen anders sein als an einem oberbayerischen Gymnasium. Zwar sind die staatskirchenrechtlichen bzw. religionsverfassungsrechtlichen Grundnormen seit 1919 auf Bundesebene geregelt, die Gesetzgebungskompetenz im Kultusbereich stand jedoch schon immer den Ländern zu. Es gehört zur Weiterentwicklung des Religionsrechts, diese föderalen Differenzierungen – die freilich in Einzelfällen wiederum grundrechtliche Überlagerungen erfahren – weiter zu entfalten.

III. Religionskonflikte

Aktuell relevante Religionskonflikte sind weniger solche *zwischen* Religionsgemeinschaften als vielmehr zwischen dem Staat und Religionen, vor allem aber inzwischen auch *innerhalb* von Religionen²⁵. Hier wird die religiöse Neutralität des Staates in besonderer Weise auf die Probe gestellt, muss sich der Staat doch strikt jeder intrareligiösen Streitentscheidung enthalten. Viele die Rechtspraxis bewegende und in der Öffentlichkeit diskutierte Konflikte erweisen sich eher als

16 Heckel, AöR 134 (2009), 309 (315); Waldhoff, in: Essener Gespräche (o. Fußn. 7), S. 55 (56 ff.).

17 Möllers, VVDStRL 68 (2009), 87.

18 *BVerfGE* 41, 29 (64) = NJW 1976, 947; *BVerfGE* 93, 1 (22) = NJW 1976, 947; zuletzt *BVerfG*, NVwZ 2009, 1217 (1219).

19 Stefan Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, insb. S. 47 ff.

20 Mückl, Europäisierung des Staatskirchenrechts, 2005; Robbers, Staat und Kirche in der Europäischen Union, 1995.

21 *BVerfG*, NVwZ 2010, 570 = JZ 2010, 137 Rdnr. 149 m. Anm. Clasen.

22 *BVerfGE* 12, 1 (4) = NJW 1961, 211 zu Art. 4 I GG.

23 Dreier, JZ 2002, 1.

24 *BVerfGE* 108, 282 (303) = NJW 2003, 3111; *BVerfGE* 41, 29 = NJW 1976, 947; *BVerfGE* 41, 65 = NJW 1976, 950; Waldhoff, in: Essener Gespräche (o. Fußn. 7), S. 94 ff.

25 Zuletzt *BVerfG*, NVwZ 2009, 1217; dazu Robbert, NVwZ 2009, 1211; Sydow, JZ 2009, 1141.

Kultur- bzw. Integrations- denn als Religionskonflikte im engeren Sinne²⁶. Auf kulturelle Besonderheiten muss die Rechtsordnung, anders als bei religiösen Fragen, grundsätzlich keine Rücksicht nehmen²⁷; dies gilt für sämtliche Bereiche des *ordre public* im weiteren Sinne, insbesondere für das Strafrecht²⁸. Die Ausblendung kultureller Besonderheiten bei der Anwendung zwingenden Rechts stellt sich als konsequente Folge der Verneinung jeglichen Kulturvorbehalts bei der Bestimmung der religiös-weltanschaulichen Neutralität dar.

1. Jugendreligion/Psychogruppen

Im Grundsatz gilt die Einschätzung der Mehrheitsmeinung der Enquête-Kommission „So genannte Sekten und Psychogruppen“ zu den Neuen religiösen Bewegungen von 1998²⁹ heute noch: Das Problem ist zahlenmäßig eher gering einzuschätzen und scheint seinen Höhepunkt bereits überschritten zu haben. Die verbleibenden Konflikte in Ehe und Familie, im Eltern-Kind-Verhältnis, hinsichtlich körperlicher und psychischer Gesundheit sowie finanzieller Verpflichtungen sind konsequent mit den Instrumentarien des Straf- und des Verbraucherschutzrechts anzugehen. Religionsrechtliche Veränderungen im engeren Sinne sind nicht angezeigt. Mittel der Wahl ist nach wie vor eine entsprechende Aufklärung seitens des Staates³⁰.

2. Weltanschauungsgemeinschaften

Hinsichtlich von Weltanschauungsgemeinschaften³¹ besteht kein Regelungsbedarf. Ihre prinzipielle Gleichstellung mit den Religionsgemeinschaften ist als Element des religionspolitischen Verfassungskompromisses von 1919/1949³² beizubehalten. Die Gleichstellung bei der Inanspruchnahme staatskirchenrechtlicher Institutionen setzt freilich eine vor allem quantitative Vergleichbarkeit voraus; diese dürfte regelmäßig nicht gegeben sein, da die ganz überwiegende Zahl der Religionslosen nicht einer Weltanschauungsgemeinschaft angehören. Insbesondere ist nicht dem Anliegen mancher Weltanschauungsgemeinschaften nachzukommen, wie die Kirchen Religionsunterricht erteilen zu wollen. Art. 7 III GG spricht grundsätzlich nur Religions-, nicht hingegen Weltanschauungsgemeinschaften an (sofern nicht das Landes-[Verfassungs]-recht Besonderheiten normiert³³).

IV. Einzelne Diskussionsfelder

Nur stichwortartig kann an dieser Stelle auf konkrete Reformanliegen eingegangen werden. Das DJT-Gutachten widmet sich darüber hinaus weiteren Problemfeldern.

1. Das Grundrecht der Glaubens- und Religionsfreiheit

Das Grundrecht der Glaubens- und Religionsfreiheit des Art. 4 I, II GG sollte weiterhin vorbehaltlos gewährleistet bleiben. Weder ist hier eine Verfassungsänderung in Form der Einfügung eines Gesetzesvorbehalts angezeigt, noch überzeugt wegen des eindeutigen Willens des historischen Verfassungsgebers der Versuch einer Übertragung von Schranken aus Art. 136 I WRV i. V. mit Art. 140 GG³⁴. Die – historisch und rechtsvergleichend ebenfalls Vorbildlose – weite Auslegung des Schutzbereichs, die diesen Schutz auch jedem äußerlich neutralen, innerlich jedoch religiös angeleiteten Handeln gewährt³⁵, hat sich nicht bewährt und sollte angesichts der religiösen Pluralisierung aufgegeben werden.

2. Reformvorschläge zu den Organisationsmöglichkeiten von Religionsgemeinschaften

Neben dem Körperschaftsstatus³⁶, dessen strenge Anforderungen wegen der partiellen Übertragung von Hoheitsgewalt keine Aufweichung ermöglichen³⁷, sollte als Zwischenstufe eine neue Organisationsform angeboten werden, um die – zumindest symbolischen – Nachteile und Diskriminierungen aus der Anwendung der vereins- und gesellschaftsrechtlichen Rechtsformen³⁸ zu minimieren. Diese Rechtsform könnte Anknüpfungspunkt für zahlreiche religionsrechtliche Vergünstigungen und Besonderheiten – wiederum unterhalb der Ebene des Körperschaftsstatus – sein. Voraussetzung wäre stets das Vorliegen einer „Religionsgemeinschaft“ im Sinne des Grundgesetzes³⁹. Der verfassungsunmittelbare Charakter jeglichen Religionszusammenschlusses würde durch derartige Reformen nicht angetastet⁴⁰.

3. Herausforderungen an den Religionsunterricht

Das grundgesetzliche Konzept des Religionsunterrichts in konfessioneller Bindung gem. Art. 7 III GG hat sich bewährt; gerade dadurch wird die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates gewahrt bei gleichzeitiger Nutzung derjenigen moralischen, ethischen und auch intellektuellen Ressourcen, die Religion bietet⁴¹. Art. 7 III GG knüpft nicht an den Körperschaftsstatus des Art. 137 V WRV an, Voraussetzung ist jedoch das Vorliegen einer Religionsgemeinschaft; Weltanschauungsgemeinschaften haben grundsätzlich kein Recht auf Erteilung von „Weltanschauungsunterricht“. Voraussetzung auf Seiten der Religionsgemeinschaft ist eine hinreichende Verfasstheit und die Fähigkeit, in Lerninhalte umsetzbare Glaubensinhalte benennen zu können. Hieran fehlt es häufig bei nicht-christlichen Religionsgemeinschaften mangels körperschaftlicher Verfasstheit und mangels eines religiösen Lehramts. Religions- und rechtspolitisch ist gleichwohl vor allem ein islamischer Religionsunterricht erstrebenswert. Für eine Übergangsphase – in der sich die Rechtspraxis zurzeit befindet – kann mit Vor- oder Zwischenfor-

26 *Rohe*, Islamisches Recht, 2. Aufl. (2009), S. 390.

27 Teilweise abweichend *Britz*, Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000; allg. zu interkulturellen Rechtsproblemen *Hilgendorf*, JZ 2009, 139.

28 *Rohe* (o. Fußn. 26), S. 342 f.; *Erbil*, Toleranz für Ehrenmörder?, 2008, vor allem S. 82 ff.

29 BT-Dr 13/10950.

30 *BVerfGE* 106, 279.

31 *Obermayer*, DVBl 1981, 615; *Mertesdorf*, Weltanschauungsgemeinschaften, 2008.

32 *Heun*, ZRG Kan. 117 (2000), 334 (348 ff.).

33 Vgl. etwa Art. 57 II HessVerf.; einfachgesetzlich § 9 VIII BbgSchulG; vgl. ferner *BbgVerfG*, NVwZ 2006, 1952; *Janz*, LKV 2006, 208.

34 Dafür freilich etwa *Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 224 ff.; *Schoch*, in: Festschr. f. Hollerbach, 2001, S. 149 (163 ff.); wie hier *BVerfGE* 19, 206 (219 f.) = NJW 1966, 147; *BVerfGE* 24, 236 (246) = NJW 1969, 1342; *BVerfGE* 33, 23 (31) = NJW 1972, 1183; *BVerfGE* 93, 1 (21) = NJW 1995, 2477.

35 *BVerfGE* 24, 236 = NJW 1969, 1342.

36 Mit unterschiedlichen Akzenten *BVerfGE* 102, 370 = NJW 2001, 429; *P. Kirchhof*, in: *Listl/Pirson*; HdbStKirchR Bd. 1, 2. Aufl. (1994), S. 651 ff.; *Jeand'Heur/Korioth*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rdnrn. 217 ff.; *Magen*, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit, 2004.

37 Die ganz überwiegende Meinung verneint das Vorliegen der Voraussetzungen des Körperschaftsstatus für den Islam in Deutschland, vgl. nur *v. Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. (2006), S. 86 f.; *Heun*, in: *Heimig/Walter*, Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007, S. 339 (341 f.).

38 Vgl. nur *v. Campenhausen*, NJW 1990, 887; *ders.*, Rpfleger 1989, 349.

39 *Pieroth/Goerisch*, JuS 2002, 937.

40 Grundsätzlich zu den rechtlichen Organisationsmöglichkeiten von Religion *BVerfGE* 83, 341 = NJW 1991, 2623; zum Vorbild in Österreich *Kupke*, KuR 2000, 11; *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht, 2003, S. 115.

41 *Link*, in: *Listl/Pirson*, HdbStKirchR Bd. 2, 2. Aufl. (1995), S. 439 ff.

men wirklichen Religionsunterrichts experimentiert werden, um auszuloten, ob sich verlässliche Ansprechpartner auf islamischer Seite bilden.

4. Weitere Konfliktzonen im Bereich der Schule

Das Problem des religiös motivierten Fernbleibens vom Unterricht, im Extremfall der totalen Schulverweigerung (sog. Homeschooling), berührt einen Kernbereich staatlicher Bildungs- und Integrationspolitik⁴². Befreiungen sollten nur für den Einzelfall und nur unter strengen Anforderungen restriktiv gewährt werden, wie dies die neuere instanzgerichtliche Rechtsprechung in Verschärfung der Judikatur des *BVerwG* bereits überzeugend praktiziert⁴³. Dem Verhältnismäßigkeitsgebot wird durch an strenge Voraussetzungen gebundene Ausnahmen in Einzelfällen genüge getan. Die Totalverweigerung der Schulpflicht ist nicht anzuerkennen – ihr wird die argumentative Basis endgültig durch die verhältnismäßigen Ausgleichsmaßnahmen bei Schulkonflikten entzogen.

5. Religionskonflikte im Bereich von Ehe und Familie

Das System der obligatorischen Zivilehe⁴⁴ sollte beibehalten werden. Konsequenz war die Abschaffung der – zuletzt ohnehin symbolischen – Pönalisierung der religiösen vor der zivilen Eheschließung⁴⁵. Die rechtstechnisch und verfassungsrechtlich mögliche Anknüpfung der zivilrechtlichen Ehefolgen an die religiöse Eheschließung wirft gerade in Zeiten religiöser Pluralisierung mit zum Teil von der deutschen Tradition abweichenden Ehevorstellungen so viele Probleme auf, dass dieser eigentlich naheliegende Schritt nicht empfohlen werden kann.

Das deutsche Internationale Privatrecht stellt mit seinem ordre public-Vorbehalt ein ausreichendes Instrumentarium zur Verfügung, gesellschaftspolitisch unerwünschte und verfassungsrechtlich unerlaubte familienrechtliche Ergebnisse zu vermeiden⁴⁶. Der im wirtschaftlichen Bereich angesichts zunehmender Globalisierung zu beobachtende Trend in Richtung eines Bedeutungsverlustes des ordre public-Vorbehalts ist in familienrechtlichen Fällen bedenklich und sollte nicht gefördert werden. Sofern über das Internationale Privatrecht auf religiöses Recht verwiesen wird, hat sich das deutsche Gericht – notfalls über Gutachten – sachkundig zu machen⁴⁷. Ein Vorbehalt, dass religiöses Recht nur von Religionsdienern angewendet werden kann, akzeptiert das deutsche Internationale Privatrecht nicht. Eine religiös-personale Rechtsspaltung, wie sie vereinzelt in Europa (Griechenland, Spanien, Großbritannien) vorkommt und etwa in Großbritannien rechtspolitisch verstärkt gefordert wird, widerspricht grundsätzlichen Annahmen der deutschen Rechts- und Verfassungsordnung und ist daher kategorisch abzulehnen⁴⁸. Die ohnehin nicht von der Hand zu weisenden Gefahren einer rechtlichen Segregation – Behandlung von Familienverhältnissen ausschließlich nach heimatlichem, wo-

möglich religiösem Recht, nicht nach der deutschen staatlichen Rechtsordnung; Einrichtung so genannter (privater) Schariagerichte – würden noch gefördert.

Integrationspolitisch sprechen gute Argumente für eine Abkehr von der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit zu Gunsten der Ansässigkeit im Internationalen Privatrecht in familienrechtlichen Fällen⁴⁹.

6. Theologie an staatlichen Hochschulen

Islamisch-theologische Studiengänge sind zur Ausbildung islamischer Religionslehrer an staatlichen Universitäten bzw. Hochschulen einzurichten. Solche Studiengänge stellen eine notwendige Vorbedingung der Einführung islamischen Religionsunterrichts bzw. seiner Vorformen dar („Grundrechtsvoraussetzungsschutz“). Nur so kann eine heimischen Standards entsprechende wissenschaftliche Vorbildung der Religionslehrer gesichert und der Rückgriff auf nicht im Inland ausgebildete Lehrkräfte ausgeschaltet werden⁵⁰. Wie beim islamischen Religionsunterricht ist freilich auch hier das Problem des Ansprechpartners ungelöst; zwar ist der Körperschaftsstatus auch hier nicht Voraussetzung, für eine Übergangs- und Experimentierphase ist hinsichtlich islamischer Theologie an Universitäten mit den vorhandenen Gruppierungen in Form von Beiräten zu kooperieren. Während die wissenschaftliche Qualifikation das zentrale Auswahlkriterium für die Personalentscheidung der Universität darstellt, ist – entsprechend den theologischen Fakultäten – der Glaubensgemeinschaft ein Vetorecht einzuräumen, das sich auf bekenntnisrelevante Lehre und Lebenswandel der Hochschullehrer beziehen darf. Eine völlige Gleichstellung mit den theologischen Fakultäten ist aus Gründen der unterschiedlichen Religionsstruktur und der Größenverhältnisse abzulehnen; die institutionalisierte christliche Theologie besitzt somit allenfalls beschränkt Vorbildfunktion. ■

42 Insgesamt Anger, Islam in der Schule, 2003, S. 34 ff., 150 ff.; Tangermann, ZevKR 2006, 393.

43 *BVerwG*, NVwZ 2010, 525; *VGH München*, NVwZ-RR 2007, 763; NVwZ 1992, 1224; *OVG Hamburg*, NVwZ-RR 2005, 183 (185); *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2003, 561; *BVerfG*, NVwZ 2008, 72 (73 f.); BayVBl 2006, 633 (634) = BeckRS 2009, 38783.

44 Vgl. zu den prinzipiellen Möglichkeiten des Verhältnisses zwischen staatlicher und religiöser Eheschließung Coing, in: *Dilcher/Staff*, Christentum und modernes Recht, 1984, S. 360 ff.; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 5. Aufl. (2006), § 11 Rdnrn. 4 ff.

45 PersonenstandsrechtsreformG v. 19. 2. 2007, BGBl I, 122; zum Problem etwa Schwab, FamRZ 2008, 1121.

46 *Kegel/Schurig*, Intern. PrivatR, 9. Aufl. (2004), S. 4; *Rohe*, JZ 2007, 801.

47 Zum Problem etwa *Stumpf*, ZRP 1999, 205; *Menhofer*, Religiöses Recht und intern. PrivatR, 1995.

48 *Rohe*, in: Festschr. f. Link, 2003, 409 (414 und passim); *ders.* (o. Fußn. 26), S. 375 ff.

49 *Rohe* (o. Fußn. 46), S. 803; *ders.* (o. Fußn. 26), S. 350.

50 Vgl. insgesamt jüngst *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur Weiterentwicklung von Theologien und religionsbezogenen Wissenschaften an deutschen Hochschulen, 2010.

Abteilung Öffentliches und Privates Wirtschaftsrecht

Professor Dr. h. c. mult. Martin F. Hellwig, Bonn*

Finanzkrise und Reformbedarf

I. Einführung

Als im Oktober 2008 Finanzmärkte und Finanzinstitutionen weltweit zusammenzubrechen drohten, waren zunächst staatliche Hilfen erforderlich, um das Schlimmste zu verhindern. Mittelfristig bedarf es auch einer Reform, die eine Wiederholung der Krise verhindert. Die Reformdiskussion darf nicht nur auf die Krise der Hypothekenverbriefungen in den USA abstellen. Es geht auch um ein Übermaß an Fristentransformation und an Verschuldung bei Finanzinstitutionen weltweit. Und es geht um Fehler in der Architektur des Finanzsystems, auf Grund derer das System von August 2007 an eine implusive Eigendynamik entwickelte, die erst durch den Einsatz von Staatsgarantien gestoppt wurde.

II. Analyse der Krise: Immobilien, Hypotheken und Hypothekenverbriefungen in den USA

1. Immobilienblase und Verbriefungsgeschäft

Von 1999 bis 2006 wuchsen die Immobilienpreise in den USA rasant, mit Wachstumsraten zwischen 10 und 15% pro Jahr. 2006 kehrte sich die Entwicklung um. Von 2007 auf 2008 sanken die Preise um 14%, von 2008 auf 2009 um 19%. Seit dem zweiten Quartal 2009 sind die Immobilienpreise wieder stabil. Ihr Niveau entspricht wieder dem von 2003.

Eine solches „Boom and Bust“ in Immobilienmärkten kommt immer wieder vor. In den USA gab es in den Jahren vor 2006 einen großen Mittelzustrom durch die Verbriefung von Hypotheken und den Verkauf der Verbriefungen bei Dritten. Der Anstieg der Preissteigerungsraten fällt zusammen mit dem Vordringen der privaten Investment-Banken in das Verbriefungsgeschäft. Die in diesen Jahren von der Zentralbank betriebene Politik des billigen Geldes besserte die Finanzierungsbedingungen in allen Märkten, in keinem freilich so ausgeprägt wie bei Hypotheken für Schuldner minderer Qualität („subprime“). Hier sanken nicht nur die Zinssätze, sondern auch die Risikoaufschläge, und dies, obwohl die Qualität der Hypothekenschuldner in dieser Zeit stetig zurückging.

Bis 2006 wurden die Qualitätsprobleme durch den Anstieg der Immobilienpreise verdeckt. Als aber die Immobilienpreisentwicklung sich im Sommer 2006 umkehrte, stieg die *Delinquency Rate*, der Anteil der Hypotheken mit mehr als 90 Tage dauernden Zahlungsrückständen, rasch an. Bald darauf, um die Jahreswende 2006/2007, kam es zu Kurseinbrüchen bei Hypothekenverbriefungen mit niedrigen Ratings. Im Juli und August 2007 brachen auch die Kurse bei Verbriefungen mit AAA-Ratings ein, zunächst um durchschnittlich 20%, bis Ende 2008 um 60% der Nennwerte.

2. Hypothekenverbriefungen und Haftung

Immobilienfinanzierung hat schon immer Finanzkrisen verursacht. Immobilien sind heikel, weil sie eine sehr große Lebensdauer haben und weil die Werte im Aggregat der Volkswirtschaft sehr groß sind. Die Diskrepanz zwischen den Anlagehorizonten der Sparer und der Lebensdauer der

Immobilien ist eine Quelle von Risiken – Risiken bezüglich der Refinanzierung, wenn die Immobilie durch kurzfristige Titel finanziert wird, Risiken bezüglich der Veräußerungsmöglichkeiten, wenn die Immobilie durch langfristige Titel finanziert wird und der Sparer diese Titel bei Bedarf zwischenzeitlich liquidieren will.

Die Erfahrung zeigt, dass die wichtigsten Risiken, vor allem Zinsänderungsrisiken, weder von den initiiierenden Hypothekenbanken noch von den Schuldnern getragen werden können, sondern an Dritte weitergegeben werden sollten. Die Verbriefung der Immobilienfinanzierung kann dazu dienen, ähnlich wie der Pfandbrief. Anders als beim Pfandbrief gab es allerdings bei den Hypothekenverbriefungen in den USA keine Haftung der Hypothekenbanken für die eingegangenen Verbindlichkeiten.

Die Auswirkungen der fehlenden Haftung hielten sich solange in Grenzen, wie die ursprünglich staatlichen Hypothekenbanken Federal National Home Mortgage Association („Fannie“) und Federal Home Loan Mortgage Corporation („Freddie“) fast allein als Verbriefungsinstitutionen tätig waren. Sie stellten gewisse Mindestanforderungen an die Qualität der Hypotheken („prime“) und gaben selbst Garantien über den Schuldendienst der hypothekengesicherten Papiere ab. Dagegen konzentrierten sich die privaten Investment-Banken, die ab 2000 in das Verbriefungsgeschäft eindrangten, auf *Subprime Mortgages*, Hypotheken, die die Qualitätsanforderungen von Fannie und Freddie nicht erfüllten, und übernahmen auch keine Garantien für den Schuldendienst der verbrieften Papiere.

Die für die Verbriefung typischen Operationen der Paketbildung und der Tranchenbildung sind ökonomisch sinnvoll. Die Paketbildung ermöglicht eine gewisse Standardisierung und erleichtert die Organisation eines funktionsfähigen Marktes. Die *Tranchenbildung* trennt Titel mit geringem Ausfallrisiko und geringer Haftungsrelevanz („Senior“) von Titeln mit hohem Ausfallrisiko und hoher Haftungsrelevanz („Equity“ und „Mezzanine“). Im Normalfall betreffen Zinsänderungsrisiken alle Titel gleichermaßen, Kreditrisiken der zu Grunde liegenden Hypotheken jedoch nur die Erwerber der nachrangigen Tranchen.

3. Fehlen von „Marktdisziplin“

Jedoch wurden die Fehlentwicklungen nicht durch eine von den Erwerbern der nachrangigen Tranchen oktroyierte „Marktdisziplin“ oder durch die Rating-Agenturen als Institutionen der Selbstregulierung des Finanzsektors verhindert. Marktdisziplin hätte vor allem von den Käufern von *Equity* kommen müssen. Diese sind vor allen anderen auf Sorgfalt bei der Kreditwürdigkeitsprüfung und der Kreditüberwachung angewiesen. Jedoch ließen sie sich von den hohen

* Der Autor ist Direktor des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn.

Ertragsraten verführen, die diese Tranchen zu bieten schie-
nen. Die Haftungsfunktion von *Equity* wurde vergessen.

Auch bei *Mezzanine*, den nachrangigen Verbindlichkeiten, gab es keinen Qualitätsdruck der Käufer. Diese Papiere wurden zu Zwecken der Zweitverbriefung gekauft, der Schaffung von MBS CDOs, *collateralized debt obligations* mit Paketen von *mortgage backed securities* als Sicherheiten. Die Zweitverbriefung bot europäischen Investment Banken die Möglichkeit, auch ins Verbriefungsgeschäft zu kommen. Die Risiken der Papiere, die sie verbrieften, waren ihnen dabei egal.

Der Theorie nach sollten Verbriefungen dazu dienen, dass langfristige Titel weitergegeben werden an Lebensversicherer oder Pensionsfonds, die selbst langfristige Anlagehorizonte haben. Tatsächlich gingen die Papiere an Institutionen mit kurzen Anlagehorizonten, Banken und Hedge Funds. Alle Beteiligten waren auf Ertragsraten fixiert und vernachlässigten Risiken und Haftungsprobleme. Die Bewertungen der Rating-Agenturen wurden nicht hinterfragt.

Die Rating-Agenturen ihrerseits haben den Kreditrisiken der verbrieften Hypotheken kaum Aufmerksamkeit geschenkt. Bei steigenden Immobilienpreisen erschienen sie ihnen als irrelevant. Sie übersahen, dass die beobachteten hohen Preissteigerungen auf Einmal-Effekten beruhten, die sich nicht wiederholen würden.

III. Analyse der Krise: Systemfragilität und Systemimplosion August 2007 bis Oktober 2008

1. Von der Subprime-Krise zur Finanzkrise

Die Krise der Immobilien-, Hypotheken- und Verbriefungsmärkte begann im zweiten Halbjahr 2006. Der *Global Financial Stability Report* des Internationalen Währungsfonds vom April 2007 enthält bereits eine umfassende Analyse, bemerkt aber, Rückwirkungen auf den Rest des Finanzsystems seien eher unwahrscheinlich. Im Juli und August 2007 stuften die Rating-Agenturen dann die *Ratings* vieler Verbriefungen und weiterer Derivate mit AAA-Ratings um mehrere Bewertungsstufen auf einmal zurück. Das Ausmaß der Rückstufung ließ die Unsicherheit ansteigen. Dies, ebenso wie die Verschlechterung der *Ratings* selbst, ließ die Kurse einbrechen. Viele Märkte hörten auf, zu funktionieren.

2. Systemfragilität durch übermäßige Fristentransformation

Nach den Einbrüchen in den Märkten zeigte sich, dass die Position vieler Banken in diesen Märkten sehr fragil war. Unter Umgehung oder Missbrauch von Regulierungsvorschriften hatten sie Fristentransformation und Verschuldung drastisch in die Höhe getrieben. So dienten Zweckgesellschaften, *conduits* und *structured investment vehicles* (SIVs), dazu, in Hypothekenverbriefungen zu investieren, ohne dies mit Eigenkapital zu unterlegen. Diese Zweckgesellschaften selbst hatten kein Eigenkapital und finanzierten sich revolving im Geldmarkt. Die Geldgeber wurden abgesichert durch Garantien der jeweiligen Mütter.

Als im August 2007 die Refinanzierung der Zweckgesellschaften zusammenbrach, wurden die Garantien fällig. In glimpflichen Fällen mussten die jeweiligen Mütter nur Maßnahmen ergreifen, um die Verbriefungen mit Eigenkapital zu unterlegen. In weniger glimpflichen Fällen bewirkten die Verluste der Zweckgesellschaften alsbald die Insolvenz der Bank.

Die von den Zweckgesellschaften gehaltenen Papiere machten einen erheblichen Teil des Gesamtmarktes aus. Das Weg-

brechen ihrer Refinanzierung erklärt, warum die Preiseinbrüche im Sommer 2007 so drastisch ausfielen.

3. Implosive Systemdynamik: August 2007 bis Oktober 2008

Von August 2007 bis Oktober 2007 befand sich das globale Finanzsystem in einer Abwärtsspirale. Die Dynamik dieser Spirale wurde durch folgende Elemente bestimmt:

Märkte funktionierten schlecht: Die Preise der Wertpapiere sind vielfach sogar unter die Gegenwartswerte der zu erwartenden Schuldendienstleistungen gesunken.

Fair Value Accounting erforderte, dass die Bewertungen von Hypothekenverbriefungen im Handelsbuch laufend an die Kursentwicklungen in den Märkten angepasst wurden. Dass die Kurse zum Teil deutlich unter den Ertragswerten der Papiere lagen, spielte bei Titeln im Handelsbuch keine Rolle.

Unzureichende Eigenkapitalausstattungen der Banken bewirkten, dass die nach *Fair Value Accounting* erforderlichen Wertberichtigungen unmittelbar Korrekturmaßnahmen erzwangen. Da Rekapitalisierungen kaum möglich waren, wurden vor allem Wertpapiere veräußert. Dieses so genannte *Deleveraging* belastete wieder die Märkte und Preise.

Die Spirale von Preissenkungen, *Fair Value Accounting*, Eigenkapitalmangel, *Deleveraging* und weiteren Preissenkungen prägte die Entwicklung, bis im Oktober 2008 die Steuerzahler zu Garanten der Banken erklärt wurden.

4. „Prozyklizität“ der Eigenkapitalregulierung

Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet das Wort „Eigenkapitalmangel“ zunächst, dass die Banken keinen Überschuss über das hinaus hatten, was die Eigenkapitalregulierung oder die Gläubiger forderten. Auf Kursverluste mussten viele von ihnen mit *Deleveraging* reagieren. *Deleveraging* ist problematisch, wenn alle Institute gleichermaßen in Schwierigkeiten sind und versuchen, ihre Bilanzen zu verkürzen. Da der Korrekturbedarf die Bestandsgrößen in der Bankbilanz betrifft, lässt er sich nicht durch Änderungen der Neukreditvergabe beheben. Eine Korrektur auf der Ebene der Bestandsgrößen ist aber für das Banksystem als Ganzes nur möglich, wenn gänzlich andere Marktteilnehmer zum Kauf der Papiere bewogen werden können. Ansonsten führt der Versuch eines simultanen *Deleveraging* nur dazu, dass die Kurse der Wertpapiere sinken, was weiteren Korrekturbedarf erzeugt.

5. Systemfragilität durch übermäßige Verschuldung

„Eigenkapitalmangel“ bedeutet auch, dass viele Banken überhaupt zu wenig Eigenkapital hatten. Sie hatten ein sehr großes Rad gedreht, nicht nur durch Umgehung der Eigenkapitalregulierung über Zweckgesellschaften, sondern auch durch die Nutzung des modellbasierten Ansatzes der Eigenkapitalregulierung. Wenn gesagt wird, eine Bank habe 10% „Kernkapital“, so bezieht sich das auf die risikogewichteten Anlagen, nicht auf die Bilanzsumme insgesamt. Die Risikogewichtung ergibt sich aus dem quantitativen Modell, das die Bank selbst zur Analyse und Steuerung ihrer Risiken verwendet. Institutionen wie UBS oder Deutsche Bank haben diesen Ansatz benutzt, um ihre Bilanzsumme auf das 40- oder 50-Fache ihres Eigenkapitals aufzublähen. Bei einem Eigenkapital von 2 – 2,5% der Bilanzsumme aber genügen relativ kleine Verluste, um die Bank insolvent werden zu lassen oder die Refinanzierung der Bank zu gefährden, weil die Anleger in den *Wholesale*-Märkten eine Involvenz befürchten.

Bei Bilanzsummen in Höhe des 40- oder 50-Fachen des Eigenkapitals ist der Multiplikator für *Deleveraging* entspre-

chend hoch. Ein Abschreibungsbedarf von 1 Mio. Euro zwingt zur Veräußerung von Papieren im Wert von 40 oder 50 Mio. Euro. Dementsprechend groß sind die systemischen Rückwirkungen auf die Märkte und auf die anderen Banken.

IV. Ursachen und Verantwortung

Bei der beschriebenen Entwicklung ist zwischen *Fehlverhalten* und *Systemfehlern* zu unterscheiden. *Fehlverhalten* ist ein Verhalten, das sich letztlich gegen den Urheber selbst richtet. *Systemfehler* sind institutionelle Regelungen, die bei regelkonformem Verhalten der Beteiligten zu Fehlentwicklungen für die betreffenden Institutionen, wenn nicht gar das Finanzsystem insgesamt führen.

1. Governance-Probleme der Hypothekenverbriefung

Das Fehlen jeglicher Haftung bei den initiierenden Hypothekenbanken ist ein maßgeblicher Systemfehler der Hypothekenverbriefung. Die Wirkungen dieses Systemfehlers wurden gesteigert, als die privaten Investment Banken in das Verbriefungsgeschäft eindringen, sich auf *Subprime* Hypotheken konzentrierten und selbst keine Haftung übernahmen.

Diese Fehlentwicklung wurde weder von der Aufsicht noch von den Rating-Agenturen noch von den Käufern der Hypothekenverbriefungen in Frage gestellt oder korrigiert. Eine Aufsicht gab es nicht. Die Rating-Agenturen sahen keine Probleme. Bei ihnen gab es einen Interessenkonflikt zwischen Bewertungsgeschäft und Beratungsgeschäft. Im Übrigen tragen sie nach US-amerikanischer Rechtsprechung so gut wie kein Haftungsrisiko hinsichtlich der Inhalte ihrer Bewertungen.

2. Fokussierung auf Renditen – Vernachlässigen von Risiken

Das Fehlen jeglicher Haftung bei der Initiierung und Verbriefung der Hypotheken wurde bestärkt durch das mangelnde Risikobewusstsein der Anleger. Viele Personen und Institutionen achteten nur auf Renditen.

Auf Seiten der Investment-Banker hat die Fokussierung auf Umsatzwachstum und Marktanteile im Verbriefungsgeschäft das mit diesem Geschäft verbundene Risiko vergessen lassen.

Der Vorwurf der Fokussierung auf Ertragsraten bei Vernachlässigung der damit verbundenen Risiken betrifft auch das Übermaß an Fristentransformation und Verschuldung.

Diese Mängel fallen durchweg in die Kategorie *Fehlverhalten*. Die Frage ist, warum es zu diesem Fehlverhalten kam und warum nicht rechtzeitig gegengesteuert wurde.

3. Geldpolitik und Fristentransformation

Die extrem niedrigen Geldmarktzinssätze der Jahre 2002 bis 2004 ließen die Fristentransformation in diesen Jahren vordringlich erscheinen. Jedoch hat die Geldpolitik die Marktteilnehmer nicht gezwungen, ihre Augen vor den Risiken ihrer Strategien zu verschließen.

4. Governance-Probleme bei Banken

Letztlich haben Steuerungs- und Kontrollmechanismen versagt. Im Bericht der UBS über die Verluste dieser Bank in der Krise wird das Verhalten der UBS Investment-Bank teilweise mit dem Entlohnungssystem für die Investment Banker erklärt. Deren Boni orientierten sich am kurzfristigen Geschäftserfolg. Risiken spielten keine Rolle. Auch versäumte es die Konzernleitung, die mit dem Geschäftsmodell der Hypothekenverbriefung und mit dem Verhalten der UBS Investment-Bank verbundenen Risiken angemessen zu prüfen.

Vermutlich trug UBS Investment-Bank selbst aktiv dazu bei, dass eine solche Prüfung nicht stattfand. Auch hat die Konzernleitung wohl nicht sehr insistiert. Muss man wirklich so genau prüfen, wenn alles gut zu laufen scheint? Die hohen Überschüsse der UBS Investment-Bank waren ja auch ein Legitimitätsausweis innerhalb des Konzerns.

Auch ein Versagen der an „*Shareholder Value*“ orientierten „Marktdisziplin“ ist zu konstatieren. „Marktdisziplin“ heißt, dass die für die Bank Verantwortlichen auf den Börsenkurs achten und auf die Beurteilung der Bank durch Investoren, Analysen und Medien, die den Börsenkurs beeinflusst. Im Diskurs der Konzernleitung mit dem Börsenumfeld spielen Renditen eine ungleich größere Rolle als Risiken, schon gar die Risiken zu Lasten Dritter, für die Steuerzahler und das Finanzsystem.

5. Defizite der Aufsicht

Auch von Seiten der Aufsicht wurde nicht eingegriffen. Dazu wird gesagt, in der Phase des Übergangs von Basel I zu Basel II habe keine Verpflichtung bestanden, die Positionen von Zweckgesellschaften mit Eigenkapital zu unterlegen. Auch habe der unterjährige Charakter der Garantien für diese Gesellschaften eine Anwendung des Verbots von Klumpenrisiken ausgeschlossen.

Jedoch hätte die Aufsicht die exorbitante Fristentransformation bei den Zweckgesellschaften und die exorbitanten Garantien der Mutterbanken als unprofessionelle Geschäftspraktiken untersagen können. Im Rahmen der zweiten Säule von „Basel II“ hat die Aufsicht auf die Qualität des Bankmanagements zu achten. Die Aufsicht war nicht bereit, das dazu erforderliche Ermessen auszuüben.

6. Defizite der Eigenkapitalregulierung

Regulierung und Aufsicht sind fixiert auf die Solvenz der einzelnen Institution und realisieren nicht, dass das Überleben der Institution von ihrer systemischen Umgebung abhängt. Sie realisieren auch nicht, dass ein von der Eigenkapitalregulierung gebotenes *Deleveraging* das System schädigen kann – mit negativen Rückwirkungen auf andere Institutionen. Dieser Effekt war in der Krise besonders groß, weil die Eigenkapitalausstattungen so niedrig waren und die Multiplikatoren für *Deleveraging* so groß.

Dass Banken zu wenig Eigenkapital hatten, ist der seit 1996 praktizierten risikokalibrierten Eigenkapitalregulierung zuzuschreiben, vor allem der Möglichkeit, die eigenen Risikomodelle zu benutzen, um die regulatorisch erforderliche Eigenkapitalunterlegung zu bestimmen. Viele Banken haben diese Möglichkeit genutzt, um das Geschäftsvolumen relativ zum Eigenkapital drastisch zu erhöhen.

Hinter dieser Entwicklung steht ein innerer Widerspruch des Regulierungsansatzes: Einerseits soll die Bankenregulierung verhindern, dass die Risiken einer Bank das Finanzsystem oder den Steuerzahler belasten. Andererseits stützt sich die Risikokalibrierung der Eigenkapitalregulierung auf die Risikomodellierung der Banken selbst. Der Konflikt zwischen den Interessen des Bankmanagements und den Interessen von Finanzsystem und Steuerzahler, der den Regulierungsbedarf begründet, wird dabei ausgeklammert.

7. Die Illusion der Messbarkeit von Risiken

Viele der zu Tage getretenen Risiken sind in den Risikomodellen der Banken nicht angemessen berücksichtigt worden: Risiken auf Grund von Korrelationen zwischen den Kreditrisiken der verschiedenen Hypothekenverbriefungen, Risiken

auf Grund von Korrelationen zwischen den Kreditrisiken der Gegenparteien und den zu Grunde liegenden Risiken in Derivaten, schließlich auch die Systemrisiken auf Grund des *Deleveraging* anderer Marktteilnehmer.

Hinter diesem Versagen stehen grundsätzliche Probleme: Die empirische Basis der Risikomodellierung der Banken ist ungenügend. Die verwandten Zeitreihen sind sehr kurz. In diesen Zeitreihen gibt es erhebliche Nichtstationaritäten, die verlässliche ökonomische Schätzungen ausschließen.

Zudem sind Kreditrisiken endogen. Sie hängen vom Verhalten der Beteiligten und von der Entwicklung der Märkte ab. Die Vorstellung, dass diese Risiken und ihre Korrelationen mit anderen Risiken objektiv gegeben sind, ist eine Illusion. Dies war vor der Einführung der risikokalibrierten Eigenkapitalregulierung weitgehend anerkannt. Seither hat die Regulierung den Banken ein handfestes Interesse gegeben, diese Erkenntnis zu vergessen.

8. Das Fehlen funktionsfähiger Interventionsmechanismen in der Krise

Eigenkapital soll als Puffer gegen Verluste dienen. Regulatorisch gefordertes Eigenkapital aber steht als Puffer nicht zur Verfügung. Schließlich braucht man es, um die Anforderungen der Aufsicht zu erfüllen.

Neuerdings denkt man darüber nach, die Eigenkapitalregulierung flexibler zu gestalten, je nach Lage des Finanzsystems. Jedoch wird auch hier die Diskussion wieder durch die Illusion der Messbarkeit geprägt, nunmehr der Messbarkeit der Zyklichkeit der Entwicklung.

Letztlich bedarf der Umgang mit Verlusten eines gewissen Ermessens der Aufsicht. Dabei dürfen allerdings Solvenzprobleme nicht verdrängt werden. Mangels *Fair Value Accounting* wurde in den USA Anfang der achtziger Jahre die Insolvenz vieler *Savings and Loans Institutions* nicht offengelegt und bereinigt. Stattdessen kam es zur Deregulierung und zum *Gambling for Resurrection*. Zehn Jahre später war die Bereinigung der Krise um ein Vielfaches teurer. *Fair Value Accounting* und Eigenkapitalregulierung sollten auch dafür sorgen, dass dies sich nicht wiederholen würde. Jedoch fehlt jegliche Vorstellung, wie man zwischen der Szylla der Insolvenzverschleppung und der Charybdis der Systemimplosion durchkommen soll.

V. Reformbedarf

Die folgenden Reformvorschläge zielen auf Korrekturen, die mittelfristig anzustreben sind, um eine Wiederholung einer solchen Krise zu verhindern. Sie befassen sich nicht mit der Frage, wie man vom jetzigen Krisenregime wieder zur Normalität zurückkommen kann.

1. Grundlegende Neuausrichtung der Eigenkapitalregulierung

Die Reform der Eigenkapitalregulierung von Banken darf sich nicht auf Detailverbesserungen beschränken. Zu fordern ist ein grundlegend neuer Ansatz. Dabei ist wegzukommen von der Illusion einer Feinsteuerung durch Eingehen auf immer neue Detailspekte der Risikomessung und des Risikomanagements. Ferner ist dafür zu sorgen, dass die Eigenkapitalausstattung der Banken insgesamt deutlich erhöht wird.

Bei deutlich höheren Eigenkapitalanforderungen wäre der für *Deleveraging* maßgebliche Multiplikator deutlich kleiner. Auch die Risiken für die Solvenz der Banken würden verringert. Das würde die Funktionsfähigkeit der Interbankmärkte

stärken. Beide Effekte würden die Systemrisiken deutlich verringern.

Der Einwand, Eigenkapital sei teuer, ist fragwürdig. Hohe einzelwirtschaftliche Kosten, etwa in Form einer Senkung der Eigenkapitalrendite und der von den Verantwortlichen zu erwartenden Boni, sind unmaßgeblich, wenn die einzelwirtschaftlichen Vorteile niedriger Eigenkapitalanforderungen mit hohen Risiken für Gläubiger, Steuerzahler und das Finanzsystem erkauft werden.

2. Governance der Banken und der Aufsicht

Die Haftung von Vorständen und Aufsichtsgremien muss verstärkt werden. Alle Verantwortlichen, einschließlich der Regierungsvertreter in den Aufsichtsgremien der öffentlich-rechtlichen Banken, müssen ein materielles Interesse daran haben, dass Risiken gründlich dargelegt und analysiert werden.

Auch sollten Entlohnungssysteme für Vorstände und Angestellte der Bank den Risiken der Geschäftsmodelle und der verfolgten Strategien Rechnung tragen, sei es, dass Risikokosten von Anfang an veranschlagt werden, sei es, dass eine Nachhaltigkeit der Geschäftserfolge über mehrere Jahre verlangt wird; in diesem Zusammenhang ist auch an die Einführung von Mali zu denken. Aufsichtsrechtlich sollten gewisse Grundprinzipien fixiert werden; die Aufsicht müsste jeweils prüfen, ob die Entlohnungssysteme diesen Prinzipien genügen.

Schließlich ist Sorge zu tragen, dass die Frage nach den Risiken der verfolgten Strategien stärker als bisher im Diskurs der Bank institutionalisiert wird. Eine Möglichkeit könnte sein, dass die Vertreter der für die Einlagenversicherung zuständigen Institution an Sitzungen der Aufsichtsgremien der Banken teilnehmen und die Prämien für die Einlagenversicherung von den verfolgten Geschäftsstrategien abhängig gemacht werden können.

3. Entwicklung eines speziellen Restrukturierungsrechts für Banken

Die Rechtsgrundlagen für den Umgang mit Banken in Schieflagen sind derzeit geprägt durch das dem Insolvenzrecht zu Grunde liegende Ziel des Gläubigerschutzes. Das gilt auch für Eingriffsmaßnahmen nach dem KWG. Systemische Rückwirkungen spielen bestenfalls eine untergeordnete Rolle. Dies erklärt, warum der Bund sich bei HRE nicht auf die Möglichkeiten des KWG verließ, sondern zur Kontrollübernahme eine eigene Lex HRE schuf.

Eine Reform der gesetzlichen Grundlagen für den Umgang mit Banken in Schieflagen ist geboten. Einen Ansatz bietet das 2009 im Vereinigten Königreich eingeführte *Special Resolution Regime for Banks*. Danach kann ein Restrukturierungsverfahren für eine Bank schon im Vorfeld einer Insolvenz ausgelöst werden. Die Restrukturierungsinstanz hat eine Vielzahl von Optionen; die marode Bank wird nicht automatisch in die starre Mechanik des Insolvenzrechts gespannt. Zu den Zielen gehört ausdrücklich auch die Sicherung des Finanzsystems.

Eine der wichtigsten Reformaufgaben überhaupt ist die Entwicklung einer international anerkannten Rechtsordnung für den Umgang mit Finanzinstitutionen in der Krise. 1998 traute man sich nicht, den an sich unbedeutenden Hedge Fund Long Term Capital Management einfach in die Insolvenz gehen zu lassen, da man die Unwägbarkeiten einer Abwicklung mit vielen Vertragspartnern, vielen Gerichtsständen und neuartigen Finanzinstrumenten scheute. Bei diesem Thema hat es seither keinen Fortschritt gegeben. ■

Professor Dr. Wolfram Höfling, M. A., Köln*

Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?

I. Finanzmarktregulierung als elementare Staatsaufgabe im Mehrebenensystem: Grundlagen

Die Funktionsfähigkeit des Finanzmarkts ist angesichts der elementaren volkswirtschaftlichen Bedeutung für hochgradig geldbasierte und global vernetzte Gesellschaften ein zentrales öffentliches Interesse. Die Gewährleistung von Finanzmarktstabilität im Sinne von institutionellem Systemfunktionsschutz und individuellem Anlegerschutz als konnexen Zentralzielen ist eine elementare Staatsaufgabe im Mehrebenensystem. Finanzmarkt und Finanzmarktregulierungsrecht stehen dabei in einem komplexen Verhältnis zueinander. Allerdings ist das Finanzmarktregulierungsrecht weder darauf beschränkt, die Eigengesetzlichkeit des Finanzmarkts zu stützen, noch ist es gar bloßes Abbild ordnungsbildender Sachgesetzlichkeit des Finanzmarkts. Vielmehr gilt: *Korrelat der staatlichen Gewährleistungsverantwortung* für die Stabilität des Finanzmarkts ist aus verfassungstheoretischer Perspektive eine *angemessene regulatorische Kontrolle*.

Dem Staat als Verpflichtungssubjekt regulatorischer Finanzmarktverantwortung kommt eine *triadische Funktion* zu:

1. Zunächst erfüllt der Staat in Gestalt der Zentralbank mit ihren elementaren geld- und währungspolitischen Funktionen eine den Finanzmarkt mitkonstituierende und zugleich permanent beeinflussende Infrastrukturleistung von zentraler Bedeutung.
2. Zum Zweiten agiert der Staat als unmittelbarer Finanzmarktakteur, wenn und soweit er maßgeblich an privaten Finanzdienstleistungsunternehmen beteiligt ist oder gar selbst Kreditinstitute unterhält.
3. Schließlich nimmt der Staat über ein breitgefächertes Arsenal marktsteuernd, marktbeaufsichtigend und marktintervenierend Einfluss¹.

Im Finanzmarktrecht kumulieren die beiden wichtigsten Entwicklungsstränge des Öffentlichen Rechts der Gegenwart: Die Europäisierung bzw. Internationalisierung einerseits und die Öffnung des Staats hin zum regulierten Sachbereich. Darin liegt eine große Herausforderung für die konzeptionelle Entwicklung eines Finanzmarktregulierungsrechts ebenso wie für dessen rechtspraktische Umsetzung. Die Finanzmarktrechtsordnung ist – wie alle Teilrechtsordnungen – eingebettet in die europäische und deutsche Verfassungsordnung; von ihr erhält sie Maß und Orientierung. Der Staat bzw. die supranationale Gemeinschaft und seine/ihre Organe sind verpflichtet, die *Verfassungsstrukturkompatibilität* der Teilrechtsordnungen sicherzustellen, mit anderen Worten: dafür zu sorgen, dass die Akteure und Handlungen „rationalitäten“ des Finanzmarkts nicht die zentralen Bauelemente der Verfassungsordnung unterminieren. Das finanzmarktregulatorische Gesamtkonzept ist deshalb auszurichten auf eine strukturelle Homogenität mit der deutschen und europäischen Verfassungsrechtsordnung. Einige zentrale Aspekte seien angedeutet:

1. Das Haushalts- und Finanzverfassungsrecht zielt auf die Sicherung nachhaltiger Staatsfinanzierung und verpflichtet den finanzmarktregulierenden Staat, Vorsorge gegen die pri-

vate „Ausbeutung“ der staatlichen Gewährleistungsverantwortung zu treffen.

2. Wichtige Bauelemente des Ordnungsrahmens für die Finanzmarktregulierung liefert das Prinzip rechtsstaatlicher Demokratie. Dieses hat Bedeutung sowohl für die Kreation und Durchsetzung von Spielregeln als auch für die aufsichtsrelevante Organisationsstruktur im Mehrebenenverbund.
3. Finanzmarktregulierung bleibt ferner den Vorgaben der bundesstaatlichen Kompetenzordnung verpflichtet.
4. Schließlich sind grundrechtliche Direktiven zu beachten. Nichtstaatliche Finanzmarktakteure sind – auch dann, wenn sie „systemrelevant“ sind – Grundrechtssubjekte. Freiheitsverkürzende Interventionen des Staates bedürfen deshalb der Rechtfertigung².

II. Zentralbanken und ihre finanzmarktregulatorischen Funktionen

Die Zentralbanken verwirklichen – vor allem im europäischen System der Zentralbanken (ESZB) – Gemeinwohlbelange für den und auf dem Finanzmarkt. Die Stabilität des Bankensystems ihrerseits ist wichtige Bedingung der Funktionsfähigkeit von Zentralbanken. Geldpolitische Maßnahmen greifen erst über den bankengestützten Transmissionsmechanismus. Art. 127 V AEUV (Art. 105 V EGV) weist vor diesem Hintergrund dem ESZB die Aufgabe zu, zur Sicherung der Stabilität des Finanzsystems beizutragen. Zwei Aspekte notenbankgestützter Effektivierung der Finanzmarktstabilisierung sind von besonderer Bedeutung:

1. Neuartige Techniken des Kreditrisikotransfers, die wachsende Bedeutung wenig regulierter Akteure und die damit verbundene zunehmende Nutzung des Leverage-Effekts haben bewirkt, dass in den vergangenen Jahren der Einfluss der kurzfristigen Zinsen auf die Finanzmärkte deutlich zugenommen hat. Vor diesem Problemhintergrund sollten die Zentralbanken international neben Risiken für die Preisstabilität auch Gefährdungen der Finanzmarktstabilität stärker berücksichtigen.

2. Die Finanzkrise hat drastisch vor Augen geführt, dass den Zentralbanken bzw. dem ESZB eine wichtige kriseninterventionistische Stabilisierungsaufgabe zukommt. Sie betrifft die *Lender of Last Resort-Funktion* der Zentralbanken. Diese wirft allerdings – abgesehen von der beihilferechtlichen Problematik – einige Fragen auf. Klärungsbedarf besteht zum einen im Blick auf die kompetenziellen Grundlagen im europäischen Mehrebenenverbund und zum anderen hinsichtlich des Kriseninstrumentariums. Hier ist unter anderem problematisch, wie weit die Liquiditätsversorgung für einzelne Banken gehen darf. Insgesamt scheint das Krisenmanagement im ESZB-System bislang weitgehend dezentral ausgestaltet zu sein. Eine restriktive Informationspolitik als Aus-

* Der Autor ist Direktor des Instituts für Staatsrecht und Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Finanzrecht sowie Gesundheitsrecht der Universität zu Köln. – Der Fußnotenapparat ist auf wenige Angaben und Verweise auf das Gutachten beschränkt.

1 Zum Ganzen Gutachten Teil B I-III.

2 Dazu Gutachten Teil B IV.

druck einer Constructive-Ambiguity-Strategie führt allerdings zu Rechtsunsicherheit³.

III. Der öffentliche Bankensektor: Finanzmarktregulierung durch Finanzmarktteilnahme?

Eine nicht zuletzt rechtspolitisch motivierte Befassung mit dem Finanzmarkt und seiner Architektur muss jedenfalls in Deutschland auch den öffentlich-rechtlichen bzw. öffentlichen Sektor als ein Element des Drei-Säulen-Modells in den Blick nehmen. Wenn der Staat als unmittelbarer Finanzmarktakteur auftritt, wirft dies aus einer gewährleistungsstaatlichen Regelungsperspektive die prinzipielle Frage auf, ob sich eine derartige Finanzmarktteilnahme als Stabilisierungselement legitimieren lässt.

Während das europäische Recht sich prinzipiell nicht dafür interessiert, welche Zwecke dem Staat zurechenbare Marktakteure (öffentliche Unternehmen) verfolgen, markiert das deutsche Verfassungsrecht insoweit Grenzen. Der Staat als unmittelbarer Finanzmarktakteur unterliegt einer strikten Verpflichtung auf eine öffentliche Zweckerfüllung. Aus dieser Bindung folgt ein *doppeltes Legitimationserfordernis*: Dieses erfasst die institutionelle Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit der Marktpräsenz des Staats als auch diejenige nach der Rechtfertigungsfähigkeit der jeweiligen konkreten Marktaktivitäten. Auch wenn der Staat als „Mitspieler“ auftritt, bleibt er intervenient und muss diese Finanzmarktintervention aus seinem Bauprinzip heraus, der verfassungsrechtlich gebundenen Kompetenz zur Erfüllung von Staatsaufgaben, rechtfertigen. Eine erwerbswirtschaftliche Motivation bzw. eine Gewinnerzielungsabsicht des Staats als solche entfaltet keine legitimierende Wirkung.

Da die Hoffnung auf eine selbstkritische Reformulierung der rechtfertigenden öffentlichen Zwecksetzung durch die öffentlichen Finanzmarktinstitute in der Vergangenheit bitter enttäuscht worden ist und sich weiteres Abwarten schon im Blick auf die zum Teil realisierten massiven Haushaltsrisiken verbietet, steht der Gesetzgeber in der Pflicht. Er ist eindringlich aufgerufen, Rechenschaft über etwaige gewährleistungsstaatliche Funktionen des öffentlichen Bankensektors abzulegen und gegebenenfalls eine operationalisierbare finanzmarktförderliche bzw. finanzmarktstabilisierende Zwecksetzung in jeweiligen Errichtungsgesetz zu formulieren.

Vor diesem Hintergrund ergeben sich vor allem für die Landesbanken *weitreichende Restrukturierungszwänge*. Die grundsätzlich mögliche institutionelle Legitimation der Landesbanken lässt sich nicht – dynamisierend – auf bankmäßige Geschäfte aller Art ausweiten. Die Kompensationspolitik des letzten Jahrzehnts, durch eine zum Teil aggressive und unverantwortliche Expansion den Wegfall der Gewährträgerhaftung auszugleichen, war und ist in weiten Teilen illegitim. Kreditfinanzierte Risikotransaktionen auf ausländischen Märkten, die allein durch die Hoffnung auf höhere Rendite motiviert waren, erweisen sich nicht nur als Verletzung des essentiellen Legitimationserfordernisses der öffentlichen Zweckbindung, sondern missachten zudem die Begrenzungen des territorialen Aktionsradius. Der Einsatz von Steuererträgen als Wagniskapital mit der Konsequenz des Einsatzes weiterer Steuermittel zur Verlustdeckung ist eine extreme Variante von Gemeinwohldemontage. Auch die maßgebliche Beteiligung von Sparkassen an Landesbanken als mittelbare Involvierung in spekulative Finanzmarktaktivitäten ist kritisch zu betrachten.

Ob eine Finanzmarktregulierung durch Finanzmarktteilnahme bei Beachtung der rechtlichen Bindungen auch unter

Berücksichtigung von Kosten-Nutzen-Erwägungen sinnvoll ist, bleibt weitgehend dem demokratischen Entscheidungsprozess überantwortet. Für die Sparkassen mag der Abwägungsprozess positiv ausfallen, für die Landesbanken wohl kaum⁴.

IV. Baelemente einer Regulierungsordnung für den internationalen und europäischen Finanzraum

Versucht man, den finanzmarktregulatorischen Zugriff des Staates anhand von Parametern zu strukturieren und Charakteristika zu benennen, so rücken folgende Kriterien ins Blickfeld:

1. Zunächst beschränkt sich die Finanzmarktregulierung nicht auf gefährliche Geschäftsumstände oder risikoreiche Geschäftsgegenstände als Angriffspunkte, sondern erweist sich als ein die Marktaktionen und -entwicklungen ständig begleitender und moderierender Prozess und führt zu einer intensiven Präsenz der finanzmarktregulierenden Instanzen im Alltagsgeschäft der Finanzmarktakteure. Hinzu tritt eine in der Vergangenheit vernachlässigte systemische Perspektive.
2. Zwar bedient sich die finanzmarktregulierende Intervention auch der typischen Instrumente der Wirtschaftsaufsicht, verlagert aber gleichzeitig die klassischen Eingriffsschwellen weit in den Risikobereich vor („Risikoaufsicht“).
3. Die „Spielregeln“ und damit auch die Kontrollmaßstäbe sind überaus komplex und entstehen als hoheitlich-private Verbundprodukte durch weitgehend informale internationale Standardsetzung.
4. Der Komplexität des „Spiels“ und seiner „Spielregeln“ entspricht ein außergewöhnlich dichtes und ausdifferenziertes Instrumentenarsenal in der Finanzmarktaufsicht.

1. Legitimationsprobleme der internationalen Norm- und Standardsetzung

Die finanzmarktregulierende Standard- und Normsetzung ist heute weitgehend international und ein hoheitlich-privates „Verbundprodukt“. Charakteristisch ist zugleich ein hohes Maß an Informalität und die Prädominanz professioneller Standardsetter. Beispielhaft lässt sich dies an einem der wichtigsten Akteure im Bankenbereich, dem Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht, demonstrieren. Mit seinen Eigenkapitalregeln von 1988 (Basel I) und 2004 (Basel II) hat er sich faktisch zum zentralen weltweiten Standardsetter entwickelt. Zu den Gefahren einer so strukturierten Standardsetzung zählen effektivitätsbeeinträchtigende Komplexität, intransparente Verantwortungsdiversifizierung, Kontrolldefizite und selektive Interessenartikulation. Auf diese Weise läuft der Staat Gefahr, Gruppeninteressen unreflektiert zu seinen eigenen zu machen und seine Verpflichtung auf Neutralität und Objektivität zu relativieren. Ein kritischer Blick auf die Entstehung von „Basel II“ offenbart beispielhaft einen problematischen Fall von „strategischer Regulierungsarbitrage“, nämlich eine Vereinnahmung des Baseler Prozesses durch die Regulierten selbst⁵.

Die Prozesse der Entformalisierung, Privatisierung und Entparlamentarisierung sind auch unter den Bedingungen eines offenen Verfassungsstaats hochproblematisch, die Legitimationsdefizite unübersehbar. So stellt sich etwa im Blick auf die Mitgliedschaft der Deutschen Bundesbank und der BaFin

3 Zum Ganzen näher Gutachten Teil C.

4 Zum Ganzen Gutachten Teil D.

5 Dazu Gutachten Teil E II 1–2.

im Baseler Ausschuss die Frage nach dem Maß der Außenvertretungsbefugnis nachgeordneter Fachbehörden. Die Herauslösung aus dem demokratischen Legitimationskontext sowie die überaus große Diskrepanz zwischen intensiver inhaltlicher Bindungskraft der Standards einerseits und der nahezu vollständigen Formlosigkeit andererseits verlangen nach einer kompensatorischen Legitimation und einer angemessenen normativen Steuerung. Nachbesserungsbedarf besteht auch im Blick auf die Intransparenz wichtiger finanzmarktrelevanter Standardsetzung. Transparenz ist Voraussetzung von Vertrauen, Vertrauenssicherung aber eine elementare Infrastrukturleistung des Staats in Erfüllung seiner Gewährleistungsverantwortung für die Finanzmarktstabilität. Fachbehörden-Netzwerke sind völkerrechtlich einzuhegen und bedürfen einer intensiveren sachgesetzlichen Ausgestaltung. Zugleich bedarf es einer steuernden Rezeption von professionellen Standards, was primär auf Verfahrensebene durch prozedurale Mindestanforderungen zu realisieren ist⁶.

2. Exkurs: Zur Rolle der Rating-Agenturen und zur Haftung für unzureichende Aufsicht

Die Rating-Agenturen bewegen sich auf einer wichtigen Schnittstelle von externen Aufsichtsmaßstäben und Wahrnehmung der Aufsichtskompetenz. Ihnen ist faktisch ein Teil der Finanzaufsicht überlassen worden. Das Eingeständnis der BaFin, die Aufsichtsbehörde könne sich kein eigenes Urteil in Konkurrenz zu den Rating-Agenturen bilden⁷, wirkt in aller Schärfe die Frage auf, ob diese Form der *Selbstauslieferung der Finanzmarktaufsicht* Minimalanforderungen gewährleistungsstaatlicher Aufsicht noch gerecht wird⁸. Zugleich wird dadurch erneut die Frage provoziert, ob die vollständige Haftungsfreistellung der Finanzmarktaufsicht trotz Bestätigung durch den *EuGH* verfassungskompatibel ist⁹.

3. Zur Organisation der Finanzmarktaufsicht

Ein zentrales Thema der (inter)nationalen Diskussion nach dem Ausbruch der Finanzkrise betrifft die (Neu-)Organisation der Finanzmarktaufsicht. Der oftmals grenzüberschreitende Charakter der Finanzmarktaktivitäten begründet in diesem Zusammenhang verbreitet das Bedürfnis, die Finanzmarktaufsicht jedenfalls teilweise in Verbundstrukturen zu überführen. Das Resultat sind organisatorische Verklammerungen und verfahrensmäßige Verbindungen sowohl auf europäischer wie internationaler Ebene. Die Europäische Union hat mit einem Legislativpaket vom 23. 9. 2009 Vorschläge für eine stärkere Europäisierung unterbreitet¹⁰. Auch nach einer weiteren Überführung der finanzmarktregulatorischen Kontrolle in solche Verbundstrukturen wird allerdings in Zukunft der nationalen Finanzmarktaufsichtsorganisationen von Verfassungen wegen eine bedeutsame Funktion verbleiben. Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktregulierung betreffen nämlich Kernbereiche staatlicher Souveränität.

Die gegenwärtige Struktur der Finanzmarktaufsicht in Deutschland, gekennzeichnet durch die eigenartige Zwitterkonstruktion zwischen BaFin einerseits und mit der laufenden Institutsüberwachung betrauter Deutscher Bundesbank andererseits, ist Antwort auf komplexe verwaltungskompetentielle Vorgaben des Grundgesetzes. Sie sind bei den Reformüberlegungen ebenso zu beachten wie der Umstand, dass belastbare evidenzbasierte Erkenntnisse zum Vorrang eines bestimmten Grundmodells – zentralbankunabhängige Finanzmarktaufsicht durch eine einzige Aufsichtsbehörde; duales Modell einer Aufsichtsteilung zwischen Zentralbank und Aufsichtsbehörde; Konzentration der Finanzmarktaufsicht bei der Zentralbank – nicht existieren.

Die Überlegungen, die Bankenaufsicht bei der Bundesbank zu konzentrieren, sind verfassungsrechtlichen Zweifeln im Blick auf Art. 87 III 2 GG ausgesetzt. Vor diesem Hintergrund ist eine *Verfassungsänderung angedacht*, um die Übertragung der Bankenaufsicht auf die Bundesbank auf eine normativ sichere Grundlage zu stellen. Eine solche ist für Status, Kompetenz und Befugnis der Aufsichtsbehörde im hochsensiblen Finanzmarkt unverzichtbar. Die Option einer legislativen Übertragung der Bankenaufsicht auf die Deutsche Bundesbank steht zugleich vor der Herausforderung, einerseits den durch höherrangiges Recht gesicherten Unabhängigkeitsstatus im Kernbereich der Währungssicherung zu gewährleisten, andererseits aber gleichzeitig den Bereich der Bankenaufsicht in die hierarchischen Strukturen der Fach- und Rechtsaufsicht einzubinden. Die distanzwahrende Trennung muss organisatorisch abgesichert werden, was erneut effektivitätsmindernde Koordinierungs- und Kooperationslasten auslösen könnte¹¹.

4. Verfassungsrechtliche Aspekte „rigider“ system-schützender Finanzmarktregulierung

Die Existenz effektiver Zugriffsmechanismen ist Funktionsbedingung von Gewährleistungsstaatlichkeit. Dies gilt auch für den Finanzmarkt, für dessen Stabilisierung – gelegentlicher Tabuisierung zum Trotz – die Existenz auch rigider system-schützender Interventionsmöglichkeiten unabdingbar ist. Allerdings setzen rigide regulatorische Eingriffe operationalisierbare und rechtsstaatskonforme Eingriffstatbestände voraus, die zugleich den europarechtlichen Vorgaben gerecht werden¹².

a) *Verbot „gefährlicher Glücksspiele“*. Einen erheblichen Verursachungsbeitrag zur Finanzkrise hat die *verantwortungsmarginalisierende Risikodistribution durch Mehrfachverbriefung* geleistet. Die Illusion einer exakten Mathematisierung von Risikomodellen erweist sich dabei als eine Herausforderung des Finanzmarktregulierungsrechts in seiner Eigenschaft als spezifisches Risikoverwaltungsrecht. Da die Irrtumskosten unterlassener Regulierung immens groß sein können, darf der Staat nicht „blind“ bestimmte Risikomodelle adaptieren. Vor diesem Hintergrund begegnet es aus verfassungsrechtlicher Perspektive keinen Bedenken, komplexe Weiterverbriefungen rigide zu reglementieren – bis hin zu einem Verbot¹³.

b) *„Systemrelevanz“ als Eingriffstitel*. Besondere Herausforderungen ergeben sich im regulatorischen Umgang mit so genannten systemrelevanten Finanzmarktakteuren. Hier lassen sich zwei Instrumentenebenen unterscheiden:

1. Mit präventiven Interventionen kann versucht werden zu verhindern, dass die Stabilität des Finanzmarktsystems durch die „Pathologie“ eines oder mehrerer systemrelevanter Akteure bedroht wird. Denkbare Instrumente sind insoweit

– die Entflechtung bestehender systemrelevanter Institute und die Verhinderung des Entstehens neuer,

6 Hierzu Gutachten Teil E II 2–3.

7 S. Jahrespressekonferenz am 25. 5. 2008, abrufbar unter http://www.bafin.de/SharedDocs/Reden/DE/2008/re_080515_pk.html.

8 Dazu Gutachten Teil E II 4 a.

9 Dazu Gutachten Teil E II 4 b.

10 Dazu Gutachten Teil E III 1.

11 Hierzu eingehend Gutachten Teil E III 2.

12 Hierzu Gutachten Teil E IV 1.

13 Hierzu Gutachten Teil E IV 2.

- die schrittweise Rückführung systemrelevanter Risikostrukturen etwa durch systemrelevanzkorrelierende Eigenkapitalanforderungen,
- die Auflösung des Zusammenhangs von „too big to fail“-Eigenschaft und impliziter staatlicher Rettungspflicht durch Etablierung anderer (Pflicht-)Auffangsysteme.

2. Mit reaktiven und zugleich protektiven Interventionen soll im Krisenfall das Übergreifen auf die Stabilität des Gesamtsystems abgesichert werden. Der deutsche Gesetzgeber hat insoweit auf dem (ersten) Höhepunkt der Finanzkrise mit eigentumsbeschränkenden Eingriffstatbeständen reagiert.

Allen Interventionsinstrumenten gemeinsam ist der Eigentumszugriff und der Anknüpfungspunkt der stabilitätsgefährdenden Systemrelevanz der betroffenen Finanzmarktakteure. Für den finanzmarktregulatorischen Zugriff des Staates ergeben sich daraus unter anderem folgende Vorgaben:

1. Der eigentumsverfassungsrechtliche Ausgangsbefund lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass die vom Träger des Eigentumsgrundrechts geforderte „Solidarität“ (Art. 14 II GG) nicht umkehrbar in dem Sinne ist, dass der Staat zur Rettung von bedrohtem Eigentum verpflichtet wäre. Im Gegenteil: Der Konnex von freiheitlichem Wirtschaften und Verantwortungsübernahme für das Ergebnis dieser Freiheitsrealisierung verbietet eine „Risikozusozialisierung“. Der Gesetzgeber ist deshalb berechtigt und verpflichtet, „systemrelevantes“ Eigentum als eine spezifische Eigentumskategorie

auszugestalten und einer intensiven regulatorischen Einbindung zu unterwerfen.

2. Allerdings sind an die Fassung entsprechender Eingriffstatbestände der Eingriffsintensität korrespondierende Anforderungen zu stellen. Für eine rechtsstaatskompatible Operationalisierung des Begriffs der Systemrelevanz bietet sich eine Kombination von weitgefasster Generalklausel, konkretisierender Beispieltechnik sowie prozeduraler Sicherungsklauseln (Anhörung etwa der Deutschen Bundesbank sowie Dokumentationspflichten) an.

Elementar ist darüber hinaus eine rasche und effektive Zugriffsmöglichkeit auf das betreffende Institut. Das Risiko einer Kollision mit europarechtlichen Vorgaben, insbesondere der Zweiten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, ist dabei zu vermeiden.

V. Schlussbemerkung

Der freiheitlichen Wirtschaftsordnung droht – anderslautenden Kassandrarufern zum Trotz – nicht die Gefahr der Sozialisierung, sondern der Verantwortungsmarginalisierung. Das Finanzmarktregulierungsrecht muss deshalb insgesamt stärker auf seine Verfassungsstrukturkompatibilität hin ausgerichtet werden. Sinnvoll sind dabei komplexitätsreduzierende Regelungen, die der Gewährleistungsverantwortung des Staates für die Finanzmarktstabilität effektiv Geltung verschaffen. ■

Professor Dr. Daniel Zimmer, LL. M., Bonn*

Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?

I. Standortbestimmung und Themen des Gutachtens

1. Außerkräftsetzung von Marktmechanismen durch staatliche Einflussnahme auf und staatliche Beteiligung an Banken

Die jüngste Finanzkrise hat zu staatlichen Interventionen in der Bankwirtschaft in einem Ausmaß geführt, wie es noch vor wenigen Jahren kaum vorstellbar erschien. Dies- wie jenseits des atlantischen Ozeans kam es zur staatlichen Übernahme von Finanzinstituten und zu Stützungsmaßnahmen unterschiedlichster Art. In Deutschland erscheinen die „Rettung“ der Hypo Real Estate (HRE) mit Garantien des Bundes im Umfang von mehr als 100 Mrd. Euro und die Beteiligung des Bundes als Aktionär der Commerzbank als besonders weitreichende Interventionen. Stützungsmaßnahmen des Bundes schlossen darüber hinaus die Übernahme stiller Beteiligungen an Banken, die Besicherung von bankseitig begebenen Anleihen, die Ermöglichung der Auslagerung von Risikoaktiva an so genannte Bad Banks unter staatlicher Besicherung der hieraus zu Gunsten der Banken resultierenden Forderungen sowie anderweitige Sicherungen im Interbankengeschäft ein¹.

Die skizzierten Maßnahmen widersprechen Grundsätzen einer marktwirtschaftlich-wettbewerblichen Ordnung. Sie führen zu Wettbewerbsverzerrungen und schädigen, soweit sie einzelne Institute begünstigen, andere. Im Ganzen ergibt sich das Bild einer aus marktwirtschaftlich-wettbewerblicher Perspektive ungunstigen beiderseitigen Abhängigkeit: Zahlreiche Banken sind ohne staatliche Unterstützungsleistungen nicht

lebensfähig; umgekehrt haben sie, soweit sie als systemrelevant betrachtet werden, Zugriff auf Vorteile, die Unternehmen in funktionierenden Märkten nicht zukommen. Dass der Wettbewerb unter solchen Voraussetzungen seine Auslese- und Allokationsfunktionen nicht erbringen kann, ist offensichtlich: Unternehmen, die schlecht wirtschaften, werden durch Wettbewerbskräfte nicht mehr zum Marktaustritt bewegt, und wirtschaftliche Ressourcen werden nicht mehr durch Marktkräfte ihrer besten Verwendung zugeführt, wenn staatliche Stellen durch Hilfsbewilligungen über die Rentabilität von Unternehmen entscheiden. Der Markt vermag danach seine wohlfahrtfördernden Funktionen nicht mehr zu entfalten².

2. Bedrohung der Finanzmarktstabilität durch Mängel der Informationsverarbeitung und bestehende Fehlanreize auf Kapitalmärkten

Das Zustandekommen der Finanzkrise kann zu einem Teil mit Mängeln der Informationsverarbeitung und bestehenden Fehlanreizen auf Kapitalmärkten erklärt werden:

* Der Autor ist Direktor des Center for Advanced Studies in Law and Economics (CASTLE) an der Universität Bonn und Mitglied der Monopolkommission.

1 Die geschilderten Maßnahmen beruhen weitgehend auf dem Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG) v. 17. 10. 2008, BGBl I 2008, 1982; zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen v. 24. 9. 2009, BGBl I 2009, 3151.

2 Zum Vorstehenden s. Abschnitt A II 1 des Gutachtens.

Professionelle Anleger erwarben in großer Zahl verbrieft Kreditforderungen amerikanischer Provenienz, deren wirklicher Wert nicht leicht einzuschätzen war. Immerhin hatten Branchenkenner schon Jahre vor dem 2007 erfolgten Zusammenbruch des US-amerikanischen Immobilienmarkts eine zunehmende Überbewertung diagnostiziert und damit auf das Entstehen einer Spekulationsblase hingewiesen. Dass gleichwohl zahlreiche Banken – auch und gerade in Deutschland – Subprime-Kreditverbriefungen erwarben, wird vielfach mit der Koinzidenz zweier Umstände erklärt: Zum einen versprachen die Papiere eine höhere Rendite als Anlagen anderer Art, zum anderen waren sie von den führenden *Rating-Agenturen* mit dem Spitzenrating AAA ausgestattet worden. Dass beides bei einem funktionierenden Kapitalmarkt nicht zusammenpasste, musste professionellen Marktteilnehmern auffallen: Bei funktionierendem Markt werfen Anlagentitel gleicher Sicherheit vergleichbare Renditen ab; wenn bei den Subprime-Papieren deutlich höhere Renditen in Aussicht gestellt wurden, sprach dies für das Bestehen höherer Risiken. Die in den betroffenen Banken handelnden Personen standen aber unter dem Druck, hohe Renditen zu erwirtschaften; bei einigen deutschen Landesbanken auch vor dem Hintergrund, dass es an einem anderen renditeträchtigen Geschäftsmodell fehlte. Die Entscheidungsträger konnten zur Unterstützung ihrer Investitionsentscheidung darauf hinweisen, dass ihre Einschätzung der Kreditverbriefungen vom Markt, das heißt von konkurrierenden Instituten, geteilt wurde und dass die Papiere ein exzellentes Rating erhalten hatten. Die in diesen Banken handelnden Personen konnten somit einerseits eine renditeträchtige Anlagepolitik verfolgen und hatten andererseits für den Fall eines Fehlschlags gute Argumente zu ihrer eigenen Entlastung auf der Hand.

Die Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte ist auch bei dem Thema der so genannten *Leerverkäufe* berührt. Die Möglichkeit, durch Verkauf von Finanzinstrumenten, die der Verkäufer nicht in Eigentum hat, auf fallende Kurse zu spekulieren, kann zur Beschleunigung einer Abwärtsbewegung von Kursen führen; Leerverkäufe können sogar gezielt eingesetzt werden, um die Preise bestimmter Papiere unter Druck zu setzen³. Können Leerverkäufe in der zuletzt geschilderten Weise ganz allgemein zum Verfall von Kursen führen, so können sie im besonderen Bereich des Bankwesens eine Wirkung entfalten, die das Finanzsystem schließlich im Ganzen destabilisiert⁴.

3. Themen des Gutachtens

Der Verfasser versteht es als seine Aufgabe, zukunftsgerichtete Aussagen zum Verhältnis von Markt und Staat im Finanzwesen zu entwickeln. Das Gutachten macht die folgenden in den Abschnitten 1 und 2 identifizierten Themen zu seinem Gegenstand:

- Empfiehlt sich die Einführung einer besonderen Zusammenschlusskontrolle oder Entflechtungsregelung für Banken?
- Empfiehlt sich die Einführung einer anreizorientierten Sonderregulierung für Banken?
- Empfehlen sich Sonderregelungen zur Bankensanierung und -insolvenz?
- Empfiehlt sich – über die europäische Verordnung von 2009 und den deutschen Gesetzesentwurf von 2010 hinaus – eine Neuregelung des Rechts der Rating-Agenturen?
- Empfiehlt sich eine Neuregelung des Rechts der Leerverkäufe?

Das Thema der Corporate Governance bei Banken⁵ wird von *Bachmann* in einem Referat zu dem vorgelegten Gutachten vertieft. Für grundsätzliche Fragen der Regulierung und des Aufsichtsrechts wird – soweit sie nicht wegen eines Sach-

zusammenhangs mit Themen dieses Gutachtens hier angesprochen werden – auf die von *Hellwig* und *Höfling* vorgelegten Gutachten verwiesen.

II. Wesentliche Ergebnisse des Gutachtens

1. Empfiehlt sich die Einführung einer besonderen Zusammenschlusskontrolle oder Entflechtungsregelung für Banken?

a) Staatliche Rettungsmaßnahmen für „systemrelevante“ Banken können zwar in einer gegebenen Krisensituation unausweichlich erscheinen; eine solche Praxis kann aber weitreichende negative Folgen für Staatshaushalte und – wegen eines von ihr ausgehenden Anreizes zu risikoträchtigem Verhalten – mittelbar wiederum für die Stabilität der Finanzmärkte haben. Der Wettbewerb kann unter solchen Voraussetzungen seine Auslese- und Allokationsfunktionen nicht erfüllen. Besonders bedenklich muss anmuten, dass die staatliche Verfolgung einer derartigen „Too-big-to-fail“-Politik sogar *Anreize* für Banken setzt, *in die Kategorie der Systemrelevanz mit den damit einhergehenden Wettbewerbsvorteilen hineinzuwachsen*⁶.

b) Die bestehende wettbewerbsrechtliche Zusammenschlusskontrolle und das Vorhaben der Bundesregierung, eine gesetzliche Grundlage zur Entflechtung marktbeherrschender Unternehmen zu schaffen⁷, vermögen das hier behandelte Problem nicht zu adressieren: Auf dem deutschen Bankenmarkt haben auch Institute, die auf Grund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und bestehender Verflechtungen als systemrelevant gelten, nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien *keine marktbeherrschende Stellung*⁸. Die Entstehung systemrelevanter Strukturen im Wege des Zusammenschlusses könnte aber durch eine branchenspezifische Banken-Zusammenschlusskontrolle wirksam verhindert werden. Bereits bestehende systemrelevante Strukturen könnten durch eine branchenspezifische Entflechtungsregelung aufgelöst werden⁹.

c) In materieller Hinsicht könnten eine branchenspezifische Zusammenschlusskontrolle und eine Entflechtungsregelung an die Feststellung der *Systemrelevanz* eines Instituts anknüpfen, die bereits nach bestehendem Aufsichtsrecht zu prüfen ist¹⁰. Ein solches Abstellen auf die Systemrelevanz auf individueller Grundlage (an Stelle eines pauschalierenden Abstellens auf Kennziffern wie die Bilanzsumme) hätte den Vorteil, dass es für die Institute Anreize zur Offenlegung etwa von potenziellen Sanie-

3 Vgl. zum Zusammenbruch der US-amerikanischen Investmentbank Bear Stearns, der unter anderem auf die massenhafte Tötung ungedeckter Leerverkäufe zurückgeführt wird, „Bear Stearns war wohl das Opfer von Spekulanten“, FAZ v. 12. 8. 2008, S. 21.

4 Vgl. für die Analyse der vorstehend beschriebenen Informations- und Anreizprobleme Abschnitt A II 2 des Gutachtens.

5 Vgl. für eine eingehende Analyse des Themas aus rechtsökonomischer Sicht *Mülbart*, 10 *European Business Organization Review* (EBOR), 2009, S. 411 ff.

6 Abschnitt A II, B I des Gutachtens.

7 Hier der im BMWi erarbeitete Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Entflechtungsbefugnis und eines Stellungnahmerechts des BKartA in Gesetzgebungsverfahren in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

8 Selbst die größten Banken Deutschlands erreichen meist nur 10–12% Marktanteil; zudem ist vom Bestehen niedriger Marktzutrittschranken auszugehen. Vgl. BKartA, Fallbericht Großfusionen im Bankensektor, 2009, Rdnrn. 11, 17.

9 Abschnitt B II, III des Gutachtens.

10 Vgl. Art. 124 IV der Richtlinie 2006/48/EG (Bankenrichtlinie); s. auch Deutsche Bundesbank/BaFin, Bankaufsichtliches Risikoprofil, S. 4, abrufbar unter <http://www.bundesbank.de/download/bankenaufsicht/pdf/risikoprofil.pdf>.

rungsmöglichkeiten (vgl. zu „Bankentestamenten“ auch nachfolgend II 9) böte¹¹.

d) Eine umgestaltende Entflechtung, bei der die Anteilseigner der entflochtenen Gesellschaft *pro rata* an den aus der Entflechtung hervorgehenden Gesellschaften beteiligt werden, begegnet – falls keine milderen, gleich effektiven Mittel zur Verfügung stehen – *keinen verfassungsrechtlichen Bedenken*¹². Eine entziehende Entflechtung, bei der die Anteilseigner auf Grund einer Veräußerungsanordnung ihr Anteilsrecht oder die hierdurch vermittelte materielle Berechtigung bezüglich bestimmter Vermögensgegenstände einbüßen, erscheint demgegenüber als entschädigungspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung¹³. Auch hier *gebührt milderen Lösungen mit gleicher Wirksamkeit der Vorzug*¹⁴.

2. Empfiehlt sich die Einführung einer anreizorientierten Sonderregulierung für Banken?

a) Ein im Verhältnis zu einer Sonder-Zusammenschlusskontrolle und einer Entflechtung milderes Mittel könnte in der Schaffung einer anreizorientierten Sonderregulierung für Banken bestehen: Die Regulierung könnte eine Vermeidung systemrelevanter Strukturen prämiieren. Sie könnte so angelegt sein, dass sie die von „Too-big-to-fail“-Strukturen ausgehenden negativen externen Effekte¹⁵ (etwa: Belastung der Steuerzahler mit aus der Geschäftstätigkeit von Banken resultierenden Risiken) internalisiert, das heißt ihren Verursachern zuweist. Diese Internalisierung kann über die Festlegung eines Preises auf die mit externen Effekten einhergehenden Aktivitäten erfolgen. Am Finanzmarkt könnte der Staat danach *Aktivitäten, die systemische Risiken auslösen, mit einem Kosten dieser Risiken entsprechenden Preis belegen*, so dass der Anreiz entsteht, die Aktivitäten auf das volkswirtschaftlich optimale Ausmaß zu reduzieren¹⁶.

b) Die Gesamtkosten systemischer Risiken lassen sich durch eine *Erhöhung der Eigenkapitalanforderungen* und der *Beiträge zu Einlagensicherungssystemen für systemrelevante Institute* abbilden. Mit gesteigerten Eigenkapitalanforderungen geht zudem ein erhöhter Anreiz für Institute mit Systemrelevanz zu sorgfältigem Wirtschaften einher. Zur Umsetzung des Konzepts könnte wiederum der schon nach bestehendem Aufsichtsrecht erforderliche Systemrelevanz-Test fruchtbar gemacht werden. Der Risikopreis bestünde bei den an Ausfallrisiken bemessenen Eigenkapitalanforderungen in einer Erhöhung des Multiplikators jeweils für die Stufen mittlerer und hoher Systemrelevanz¹⁷. Bei der Einlagensicherung würde sich die an den „Verbindlichkeiten gegenüber Kunden“ bemessene Prämie für die mittlere und hohe Stufe erhöhen¹⁸. Ein im März 2010 von der Bundesregierung beschlossenes Eckpunktepapier sieht mittlerweile ein verwandtes Konzept einer an einen Stabilitäts-Fonds zu leistenden Bankabgabe vor.

c) Die hier befürwortete anreizorientierte Sonderregulierung wirkt weniger invasiv als eine Sonder-Zusammenschlusskontrolle oder -Entflechtung für Banken und ist, solange sie sich nicht als weniger wirksam erweist, diesen Instrumenten vorzuziehen. Die anreizorientierte Sonderregulierung erscheint *wettbewerbskonform*, weil sie eine Kompensation der für systemrelevante Institute anderenfalls bestehenden Vorteile bewirkt. Allerdings können im internationalen Wettbewerb Nachteile für die der Sonderregulierung unterliegenden systemrelevanten Institute entstehen, wenn andere Rechtsordnungen keine entsprechenden Vorschriften schaffen. Deshalb ist in dieser Hinsicht eine möglichst weitgehende internationale Abstimmung anzustreben, die unter anderem auf den Ebenen des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht und der

Europäischen Union (Revision der sog. Bankenrichtlinie) ansetzen sollte¹⁹.

3. Empfehlen sich Sonderregelungen zur Bankensanierung und -insolvenz?

a) Auch Sonderregeln für Sanierung und Insolvenz von Banken sollten am Ziel der *Vermeidung einer staatlichen „Too-big-to-fail“-Politik*, das heißt einer Vermeidung der Erforderlichkeit staatlicher Rettungsmaßnahmen für als systemrelevant geltende Banken orientiert sein (hierzu oben II 1). Dieses Ziel kann auf zweierlei Weise gefördert werden: zum einen dadurch, dass Bankinsolvenzen, die Systemrisiken begründen, von vornherein – etwa durch Förderung von Sanierungsmaßnahmen – vermieden werden. Zum zweiten könnten rechtliche Regelungen darauf zielen, Bankinsolvenzen ihre „systemische“ Wirkung zu nehmen, das heißt negative Auswirkungen auf die Stabilität des Finanzsystems zu unterbinden²⁰.

b) Ein Vorzug so genannter *Bankentestamente* besteht in einer von einer verbesserten Transparenz der Rechts- und Vermögensverhältnisse von Banken ausgehenden Optimierung der Aufsicht²¹. Während mit Blick auf das eigene Staatsgebiet Insolvenzrisiken besser verwaltet werden können, lassen sich durch transparentere Einsicht in die Unternehmensstruktur zugleich die zwischenstaatliche Zuständigkeit leichter klären und (nationale) Aufsichtsstandards besser durchsetzen. Volle Wirksamkeit wird dem Konzept der Bankentestamente (wie auch dem eines reformierten Bankensolvenzrechts) erst zukommen, wenn es sich in seiner Wirkung nicht auf die Europäische Union beschränkt, sondern auch darüber hinaus Realisierung erfährt. Die Vorschläge des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht zur Schaffung entsprechender Pflichten und Aufsichtsstrukturen verdienen daher Unterstützung²².

c) Vorschriften über besondere *Reorganisations-* und nötigenfalls *Restrukturierungsmaßnahmen* können dazu beitragen, die konkret drohende Insolvenz systemrelevanter Institute abzuwenden, ohne dass es hierfür in gleichem Maße wie bisher staatlicher Zuschüsse bedürfte. Der Entwurf eines Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes des Bundesjustizministeriums von 2009 sieht die Schaffung von Instrumenten

11 Abschnitt B III 2 des Gutachtens.

12 Engel, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als ultima ratio zur Beseitigung eines Wettbewerbsversagens, 2007, S. 29; ferner bereits Möschel, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1979, S. 137; Monopolkommission, Hauptgutachten III, 1980, Rdnr. 795; Schulte-Braucks, Die Auflösung marktbeherrschender Stellungen, 1980, S. 264; Scholz, Entflechtung und Verfassung, 1981, S. 143, 175 ff.

13 Engel (o. Fußn. 12), S. 56; Möschel (o. Fußn. 12), S. 137; Monopolkommission (o. Fußn. 12), Rdnr. 795; Scholz (o. Fußn. 12), S. 172.

14 Abschnitt B IV 2 des Gutachtens.

15 Von externen Effekten wird gesprochen, wenn Aktivitäten eines Wirtschaftssubjekts den Nutzen eines anderen Subjekts beeinflussen. Vgl. Donges/Freytag, Allgemeine Wirtschaftspolitik, 3. Aufl. (2009), S. 172 ff.

16 Abschnitt C I, II des Gutachtens.

17 Skeptisch gegenüber einer solchen Modifizierung der Eigenkapitalregeln Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2009/2010, Rdnr. 204.

18 Abschnitt C III des Gutachtens; vgl. auch Sachverständigenrat (o. Fußn. 17), Rdnr. 205, wo die Einrichtung eines Stabilitätsfonds auf europäischer Ebene vorgeschlagen wird, in den grenzüberschreitend tätige Institute eine vom Ausmaß ihrer Systemrelevanz abhängige Abgabe einzahlen.

19 Abschnitt C IV, V des Gutachtens.

20 Abschnitt D I des Gutachtens.

21 Hierzu eingehend Basler Ausschuss für Bankenaufsicht: Basel Committee on Banking Supervision (BCBS), Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group, 2009, S. 2, 30 ff.

22 Abschnitt D II 1 a, 2 des Gutachtens.

vor, die den gezielten Erhalt systemrelevanter Strukturen bei gleichzeitiger Durchführung eines Insolvenzverfahrens über nicht systemrelevante Teile einer Bank erlauben²³. Ein von der Bundesregierung im März 2010 beschlossenes Eckpunktpapier nimmt diese Vorschläge im Grundsatz auf. Die vorgeschlagenen Regelungen scheinen geeignet, die genannten Ziele zu erreichen. Mit den drei Stufen des Sanierungsplans, des Reorganisationsplans und der behördlich angeordneten Ausgliederung systemrelevanter Teile bieten sie die Möglichkeit, je nach Situation angemessen auf Krisensituationen bei Banken zu reagieren²⁴.

d) *Close-out-Netting* ist ein zweistufiges Verfahren, welches sich auf die Beendigung („close-out“) unerfüllter Verträge richtet und im Anschluss hieran zu einer Verrechnung („netting“) führt. Diese im Derivatehandel verbreitete Gestaltung kann systemgefährdende Wirkung entfalten, wenn schwebende Verträge im vorinsolvenzlichen Stadium aus Gründen wie Vermögensverschlechterung, Verzug oder Vertragsverletzung vorzeitig fällig gestellt werden. Unter diesem Aspekt erscheint es sachgerecht, nur dem Close-out-Netting für den Insolvenzfall rechtliche Anerkennung zukommen zu lassen, nicht aber einem solchen vor dem Insolvenzfall. Als Stichtzeitpunkt für die Abgrenzung beider Fälle – und damit für die Wirksamkeit des Close-out-Netting – ist auf die aufsichtsbehördliche Anordnung eines Moratoriums abzustellen. Eine Neuregelung dieses Inhalts erfordert die Änderung des bestehenden Richtlinienrechts²⁵. Zudem ist auf globaler Ebene ein internationales Konkordat anzustreben, das ein Close-out-Netting im Insolvenzfall (weiterhin) zulässt oder anordnet, während einem solchen vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (bzw. vor dem Erlass eines aufsichtsbehördlichen Moratoriums) die Wirkung versagt wird²⁶.

e) Auch außerhalb des besonderen Zusammenhangs des Close-out-Netting kann von vertraglichen Beendigungsklauseln eine systembedrohende Wirkung ausgehen. Deshalb erscheint es im Grundsatz zielführend, wenn etwa im Diskussionsentwurf eines Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes vorgesehen ist, dass die Anzeige der Sanierungsbedürftigkeit, der Antrag auf Einleitung eines Reorganisationsverfahrens und die Durchführung eines derartigen Verfahrens keinen wichtigen Grund zur Kündigung eines Schuldverhältnisses darstellen, nicht zu einer automatischen Beendigung von Schuldverhältnissen führen und dass entgegenstehende vertragliche Bestimmungen unwirksam seien²⁷. Allerdings wird die systemschützende Wirkung einer solchen auf die Zurückdrängung von Beendigungsklauseln gerichteten Politik nur dann erheblich sein, wenn sie in internationaler Abstimmung erfolgt²⁸.

4. Empfiehlt sich – über die europäische Verordnung von 2009 und den deutschen Gesetzentwurf von 2010 hinaus – eine Neuregelung des Rechts der Rating-Agenturen?

a) Die jüngste Finanzkrise lässt die auf Kapitalmärkten bestehenden Informationsprobleme in einem veränderten Licht erscheinen. An der Finanzkrise der Jahre 2007 ff. vermag zu verblüffen, dass es in erster Linie professionelle Anleger waren, die in großer Zahl Papiere erwarben, welche sich später als drastisch überbewertet erwiesen. Eine Betrachtung entlang der „Wertschöpfungskette“ derjenigen Finanzinstrumente, die die Krise maßgeblich ausgelöst haben, d. h. der Verbriefung von in den USA begründeten „Subprime“-Kreditforderungen, belegt das Ineinandergreifen von auf verschiedenen Ebenen bestehenden Informationsproblemen. Kreditinstitute vergaben Darlehen, ohne eine tragfähige Prüfung der Bonität

der Kreditnehmer vorzunehmen. Sie hatten keinen hinreichenden Anreiz zur Einholung entsprechender Informationen, weil sie die Kreditrisiken in verbriefter Form an Investoren weiterreichen konnten. Investoren erwarben die Kreditverbrieferungen auf der Grundlage von Ratings, die die am amerikanischen Immobilienmarkt bestehenden Risiken nicht realitätsnah in Rechnung stellten. Hinzu kam, dass im Verhältnis zahlreicher Banken zu ihren für die Anlagepolitik verantwortlichen Mitarbeitern Anreize mitunter so gesetzt waren, dass eine übermäßige Risikoneigung bestand²⁹.

b) Die Einführung eines zwingenden Selbstbehalts eines an der ursprünglichen Vereinbarung mit dem Schuldner oder an der Verbriefung beteiligten Kreditinstituts könnte das Problem des fehlenden Anreizes zu einer tragfähigen Bonitätsprüfung beheben. Eine in der Richtlinie 2009/111/EG enthaltene Neuregelung erscheint zur Erreichung dieses Ziels grundsätzlich geeignet³⁰. Allerdings weckt die Ausgestaltung der Regelung im Einzelnen Zweifel an ihrer Wirkung. Auch kann fraglich erscheinen, ob die Höhe des zwingenden Selbstbehalts von (nur) 5% für eine nachhaltige Anreizsetzung ausreicht. Hier sind ein höherer Selbstbehalt und eine strengere Ausgestaltung in Betracht zu ziehen³¹.

c) Das zweite der genannten Probleme – die mangelnde Qualität externer Bonitätsbewertungen (Ratings) – wird durch die europäische Rating-Verordnung von 2009³² und den Entwurf eines deutschen Ausführungsgesetzes von 2010³³ adressiert. Die neuen Regelungen wirken einem qualitätsmindernden *rating shopping* durch Schuldner und Emittenten entgegen. Das Problem spezifischer Interessenkonflikte bei Rating-Agenturen und ihren Mitarbeitern wird in grundsätzlich geeigneter Weise adressiert. Allerdings bereitet die Abgrenzung unzulässiger „Beratungsleistungen“ von zulässigen „Nebendienstleistungen“ für den Emittenten Schwierigkeiten. Ein Grundproblem wird indes von den Vorschriften der Verordnung nicht adressiert: Rating-Agenturen werden seit den 1970er Jahren ganz überwiegend von

23 Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Reorganisationsplanverfahrens für systemrelevante Kreditinstitute und zur Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems, abrufbar unter <http://www.bmj.de/files/-/3891/DiskEKredReorgG.pdf>.

24 Abschnitt D II 1 b, 2 des Gutachtens.

25 Insb. die Richtlinie 2002/47/EG (Finanzsicherheitsrichtlinie) wäre betroffen. Diese nimmt das Close-out-Netting explizit in Bezug und verlangt in Art. 7 von den Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass „die Aufrechnung in Folge Beendigung vereinbarungsgemäß wirksam werden kann“.

26 Abschnitt D III 1 des Gutachtens.

27 § 12 des Entwurfs eines Kreditinstitute-Reorganisationsgesetzes (o. Fußn. 23).

28 Abschnitt D III 2 des Gutachtens.

29 Abschnitt A II des Gutachtens.

30 Vgl. Art. 122 a I der Richtlinie 2006/48/EG i. d. F. der Richtlinie 2009/111/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG, 2006/49/EG und 2007/64/EG hinsichtlich Zentralorganisationen zugeordneter Banken, bestimmter Eigenmittelbestandteile, Großkredite, Aufsichtsregelungen und Krisenmanagement, ABIEU 2009 Nr. L 302, S. 97 ff. Hierzu jetzt Art. 1 Nr. 18 des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der geänderten Bankenrichtlinie und der geänderten Kapitaladäquanzrichtlinie, abrufbar unter http://www.bundesfinanzministerium.de/nm_82/DE/BMF_Startseite/Aktuelles/Aktuelle_Gesetze/Gesetzentwurfe_Arbeitsfassungen/20100324-Gesetzesentwurf-Kapitaladäquanzrichtlinie__anl,templateId=raw,property=publicationFile.pdf.

31 Abschnitt A III des Gutachtens.

32 Verordnung (EG) des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16. 9. 2009 über Rating-Agenturen, ABIEU 2009 Nr. L 302, S. 1 ff.

33 Entwurf für ein Ausführungsgesetz zur Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16. 9. 2009 über Rating-Agenturen (Ausführungsgesetz zur EU-Ratingverordnung), abrufbar unter http://www.bundesfinanzministerium.de/nm_82/DE/BMF_Startseite/Aktuelles/Aktuelle_Gesetze/Gesetzentwurfe_Arbeitsfassungen/Gesetzesentwurf_Ratingagenturen__anl,templateId=raw,property=publicationFile.pdf.

Schuldner bzw. Emittenten ausgewählt und bezahlt – und damit nicht von der Seite der Investoren, deren Information ihre Tätigkeit dienen soll und deren Interessen Rating-Agenturen dementsprechend zuvörderst zu wahren hätten³⁴.

d) Von der Errichtung einer *öffentlichen Rating-Agentur* ist *abzuraten*. Die Erstellung von Bonitätsbewertungen ist eine wirtschaftliche Dienstleistung, die von Unternehmen der Privatwirtschaft erbracht werden kann³⁵.

e) Aus dem im Gutachten eingenommenen Blickwinkel der Prinzipal-Agent-Theorie³⁶ erscheint das Modell des von Investoren beauftragten und vergüteten Ratings anderen Modellen funktional überlegen. Diesem – in den USA in jüngerer Zeit erneut aufgekommenen – investorenfinanzierten Rating wird aber durch die europäische Verordnung von 2009 faktisch die Grundlage entzogen, wenn auf Grund einer erst spät in das Normgebungsverfahren eingebrachten Bestimmung nun gefordert wird, dass auch Ratings, die „an Abonnenten weitergegeben werden“, öffentlich bekannt gemacht werden müssen³⁷. Damit Wettbewerb zwischen den Modellen des issuer-paid rating und des investor-paid rating entstehen kann, ist die *Streichung der Bekanntgabepflicht für gegenüber Abonnenten erbrachte Ratings* zu fordern³⁸.

5. Empfiehlt sich eine Neuregelung des Rechts der Leerverkäufe?

a) Transaktionen in Finanzinstrumenten, die der sich zur Lieferung Verpflichtende nicht in Eigentum hat, verdienen eine differenzierte Bewertung. Einerseits können so genannte Leerverkäufe die Einschätzung des Verkäufers zum Ausdruck bringen, dass das Finanzinstrument überbewertet sei, und damit zu einer effizienten Preisbildung am Kapitalmarkt beitragen. Andererseits können Leergeschäfte manipulativ eingesetzt werden und Märkte unter gewissen Voraussetzungen destabilisieren. Leerverkäufe in Wertpapieren von Finanzinstituten können, wenn ein durch sie ausgelöster Preisverfall die (Re-)Finanzierung des Emittenten gefährdet, sogar die *Stabilität des Finanzsystems gefährden*. Vor diesem Hintergrund ist ein Allgemeininteresse an einer Möglichkeit zur zumindest zeitweisen Beschränkung von Leerverkäufen nicht von der Hand zu weisen³⁹.

b) Die Tauglichkeit der Generalbefugnisnorm des § 4 I 2, 3 WpHG als Grundlage für die von der BaFin in den Jahren 2008 und 2009 erlassenen Verbote von ungedeckten Leerverkäufen in gewissen Wertpapieren⁴⁰ muss bezweifelt werden. Auch eine im März 2010 erlassene Allgemeinverfügung zur

Regelung von Transparenzpflichten betreffend Netto-Leerverkaufspositionen⁴¹ erscheint von der allgemeinen Missstandsaufsicht nicht gedeckt, da Leerverkäufe als solche in den Abschnitten 2–13 des WpHG nicht adressiert werden⁴².

c) De lege ferenda ist die *Herstellung einer eindeutigen Gesetzeslage* im deutschen Recht der Leerverkäufe zu fordern. Der im Jahr 2002 vorgelegte Gesetzentwurf⁴³ der Bundesregierung zum Vierten Finanzmarktförderungsgesetz erscheint hierbei als geeignetes Vorbild für eine Neuregelung: Mit einer Vorschrift nach Art des seinerzeit vorgeschlagenen § 4 a WpHG würden eine taugliche Grundlage, zugleich aber auch sachliche und zeitliche Grenzen für den Erlass eines *behördlichen* Leerverkaufsverbots geschaffen⁴⁴. Ob die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes demgegenüber – wie vom Bundesministerium der Finanzen jüngst in die Diskussion gebracht – sogar ein generelles *gesetzliches* Verbot von ungedeckten Leerverkäufen erfordert, ist nicht leicht zu ermesen. In jedem Fall wäre die Herstellung einer eindeutigen, auch Transparenzpflichten regelnden Gesetzeslage zu begrüßen, um Unsicherheiten bezüglich der Zulässigkeit von Maßnahmen der Aufsichtsbehörde, wie sie in der Vergangenheit aufgetreten sind, zu vermeiden⁴⁵.

34 Abschnitt E I, II, III des Gutachtens.

35 Abschnitt E IV des Gutachtens.

36 Mit Prinzipal-Agent-Problemen werden Schwierigkeiten bezeichnet, die aus der Einschaltung von Beauftragten (Agenten) resultieren. Vgl. für eine Einführung *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 3. Aufl. (2003), IV 4.1.

37 Art. 10 I der Verordnung über Rating-Agenturen (o. Fußn. 32).

38 Abschnitt E III, IV des Gutachtens.

39 Abschnitt F I, III des Gutachtens.

40 Allgemeinverfügungen der BaFin v. 19. und 21. 9. 2008; v. 17. 12. 2008; v. 30. 3. 2009 sowie v. 29. 5. 2009, alle abrufbar unter www.bafin.de. Mit der zuletzt genannten Allgemeinverfügung ist das Verbot bis zum 31. 1. 2010 verlängert worden.

41 Allgemeinverfügung zur Einführung einer Transparenzpflicht für Netto-Leerverkaufspositionen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Bundesanstalt) v. 4. 3. 2010, abrufbar unter www.bafin.de.

42 Abschnitt F II des Gutachtens.

43 Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz) der Bundesregierung vom 18. 1. 2002, BT-Dr 14/8017, S. 25, 85 f.

44 § 4 a WpHG-E sah eine Ermächtigung der BaFin vor, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen und nach Anhörung der Deutschen Bundesbank Leerverkäufe in Aktien von Unternehmen, die ihren Sitz im Inland haben und an einer inländischen Börse zur Teilnahme am Handel zugelassen sind, für höchstens zehn Tage zu untersagen, wenn eine erhebliche Marktstörung droht, die schwerwiegende Gefahren für die Gesamtwirtschaft oder das Finanzsystem erwarten lässt. Die Vorschrift wurde auf Intervention des Bundesrates und des Wirtschaftsausschusses im Vermittlungsverfahren aufgegeben.

45 Abschnitt F III des Gutachtens.

Abteilung Berufsrecht

Professor Dr. Jörn Axel Kämmerer, Hamburg*

Die Zukunft der Freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung

Berufsständischem Selbstbewusstsein und fester Verankerung in der gesellschaftlichen Ordnung ist zu danken, dass die Freien Berufe auch im Rechtsbewusstsein bis heute ihren Platz finden. Nach verbreiteter, auch höchstrichterlich bestätigter Ansicht nehmen sie auch innerhalb der berufsrechtlichen Strukturen nach wie vor eine Sonderstellung ein¹ – über deren Begründung, Tragweite und Folgen indes wenig Klarheit herrscht. Wenn eine solche Sonderstellung existiert und weiter

bestehen soll, kann sie nicht allein auf berufsständische Tradition gestützt werden, noch ist sie selbstgenerativ. Spätestens seit den „Bastille“-Entscheidungen, mit denen das *BVerfG* die

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg.

1 Vgl. nur *BVerfGE* 120, 1 (35 f.) = NVwZ 2008, 1102.

Autorität der alterwürdigen Standesrichtlinien brach und deren Inhalte als freiheitswidrig verwarf², ist offensichtlich, dass die Freien Berufe gegen Wandlungen in ihrem sozietären und verfassungsrechtlichen Kontext nicht immun sind. Die Europäisierung der Dienstleistungsmärkte, welche sich unter anderem in der EG-Berufsqualifikationsrichtlinie (BQRL) von 2005 und der EG-Dienstleistungsrichtlinie (DLRL) von 2006 manifestiert, gibt Anlass zu einer statischen Überprüfung des überkommenen, aber rechtlich keineswegs gefestigten, ja „amorphen“ Konzepts³ der Freien Berufe. Soll es nicht im 2000 proklamierten Binnenmarkt für Dienstleistungen vergehen, müssen sich die Freien Berufe terminologisch und konzeptionell neu finden, vielleicht sogar erfinden. Dies setzt voraus, dass Freiheitsverheißungen des Verfassungsrechts und des Europarechts nicht nur als Angriffe auf bewährte Ordnungsmodelle verstanden werden, sondern auch als Chance zur Profilsuche und Profilschärfung. Nur soweit die Rechtsvorschriften einem übergreifenden rechtserheblichen Berufsgruppenprofil Raum gewähren und dieser auch genutzt wird, kann das Diktum von der „Sonderstellung“ aus juristischer Sicht noch seine Berechtigung haben⁴. Spezifische Regulierungsvorgaben, verbindlich oder freiwillig, unionsweit oder mitgliedstaatlich, müssen an einem solchen Profil anknüpfen und es zugleich fortschreiben können.

I. Idee und Bild der Freien Berufe in der Metamorphose

Die aktuelle rechtspositive Essenz des Freiberuflichen ist blass⁵, im deutschen wie im Europarecht. Legaldefinitionen wie in § 1 II PartGG und – diffuser – § 18 I EStG sind weder aufeinander noch auf die fachgesetzlichen Konzeptionen abgestimmt. Viele Berufsordnungen stützen das Selbstverständnis ihrer Berufsträger vor allem auf die Nichtgewerblichkeit ihres Handelns; da aber umgekehrt das Gewerbe sich vorwiegend durch die Nichtfreiberuflichkeit definiert, münden solche gesetzliche Festschreibungen in einen Erklärungszykel. Das Europarecht verleiht dem Attribut „freiberuflich“ Primärrechtsrang (Art. 57 II AEU), verschattet den Freien Beruf dann aber völlig mit dem sekundärrechtlichen Terminus des „reglementierten Berufs“ (Art. 3 I lit. a BQRL, Art. 4 Nr. 11 DLRL). Mit dem Freien Beruf, wie der *EuGH* ihn versteht⁶, weist er Überschneidungen auf, jedoch keine Kongruenz. Trotz seiner terminologischen und regulativen Vernachlässigung der Freien Berufe könnte das Europarecht zu ihrer „Neuordnung“ einen Beitrag leisten, wenn seine Bestimmungen die Besonderheiten der Berufsgruppe und zugleich die Konvergenz unter den ihr zugehörigen Berufen stärken hilft, sei es unmittelbar, sei es kraft des (De-)Regulierungsdrucks auf die Mitgliedstaaten.

Freie Berufe gelten als bedroht durch „Kommerzialisierung“⁷, der auch das marktfreiheitsbetonte Europarecht Vorschub zu leisten scheint. Doch lassen die Kassandra zum einen unberücksichtigt, dass auch Divergenzerscheinungen zunehmen: Unselbstständige Betätigung, deren Umfang bei den beratenden und medizinischen Freien Berufen stetig wächst, ist dem Gewerbe wesensfremd. Zum anderen suggeriert der Begriff „Kommerzialisierung“, dass nur Freie Berufe sich typisch gewerbliche Züge aneignen, während tatsächlich das Gewerbe auch seinerseits – unter dem Einfluss staatlicher Gesetzgebung – den Freien Berufen näherrückt. Dies zeigt sich unter anderem an Werberestriktionen auf den intensiv regulierten Bank- und Kapitalmärkten (z. B. § 36 b WpHG, § 15 WpPG) oder Preisregulierung bei Unternehmen der gemeinwohlgebundenen so genannten Daseinsvorsorge. Dass sich Freiberufler vom Gros der Dienstleistungserbringer in vielerlei Hinsicht nicht mehr signifikant unter-

scheiden, ist unbestreitbar. Sie operieren oft grenzüberschreitend, in überstaatlichen Netzwerken und arbeitsteilig organisierten Großeinheiten, die zum Teil über Berufsgrenzen hinausgehen. Das Recht hält mit diesen Tendenzen Schritt, wo es nicht gar den Takt vorgibt. Freiberuflern steht, wenn auch in unterschiedlichem Umfang, der Zugriff auf die sonst mit Gewerbebetrieben assoziierten Kapitalgesellschaften, teils sogar auf Personenhandelsgesellschaften, zum Zwecke der Berufsausübung offen. Werbung und Vertragsinhalte (unter anderem Preisgestaltung) sind unter dem Einfluss der Rechtsprechung liberalisiert worden. Die gewerbesteuerrechtliche Unterscheidung zwischen freiberuflichen und gewerblichen Tätigkeiten wird unter Berufung auf reale Unterscheidungen bei den Betriebsgrößenklassen zwar noch aufrechterhalten, durch Anrechnungsmechanismen aber im wirtschaftlichen Ergebnis eingeebnet. Mit dem verfassungsrechtlichen Erfordernis einer Gleichstellung von Betrieben ähnlicher Größe bei der steuerlichen Belastung betont das *BVerfG* implizit die ökonomische Gleichrangigkeit gewerblicher und freiberuflicher Dienstleistungseinheiten⁸. Last but not least sind auch in das Gewerbeverwaltungsrecht (mit §§ 6 I a, 6 c GewO) punktuell an Freie Berufe adressierte Vorschriften eingesickert.

II. Regulierung Freier Berufe und freiberuflicher Dienstleistungen

Zur Bestimmung und Entwicklung eines zukunftsweisenden Rechtsrahmens für die sich solchermaßen wandelnden Freien Berufe ist erforderlich, dass sie für valide und stimmige Regulierungsansätze hinreichend tragfähige Spezifika aufweisen. Diese sollten, ohne jeweils für sich als Reservat der Freien Berufe gelten zu müssen, in ihrer Bündelung und wechselseitigen Bezogenheit die Berufsgruppe verkörpern und prägen. Im Koordinatensystem der Dienstleistungsberufe macht das Zusammentreffen folgender Merkmale die Freien Berufe – jedenfalls ihre die (Rechts-)Beratung einschließende Kerngruppe – unverwechselbar: Qualifikation, Informationsasymmetrie, Vertrauensschutz, Gemeinwohl und Unabhängigkeit. Das schutzwürdige *Vertrauen* (unter anderem manifestiert in Verschwiegenheitspflichten und Zeugnisverweigerungsrechten) spiegelt die *Informationsasymmetrie* zwischen Berufsvertreter und Laien. Rang und Sensibilität ihrer Rechtsgüter, verbunden mit deren struktureller Unfähigkeit, freiberufliche Dienstleistungen zu evaluieren, erklären die besondere Schutzwürdigkeit des Vertrauens. Mit den tangierten Rechtsgütern – Grundrechte und Grundfreiheiten in ihrer Funktion als objektive Ordnung („Volks-gesundheit“, „Justizgewährleistung“) und subjektive Freiheitsrechte der Dienstleistungsempfänger – ist zugleich der Bezug freiberuflicher Betätigung für das *Gemeinwohl* umrissen. Auch im Lichte der Gefahren, die mit Leistungsmängeln insoweit verbunden sind, muss Freiberuflern eine besondere *Qualifikation* abverlangt werden. Schutzwürdiges Vertrauen und adäquater Rechtsgüterschutz gebieten andererseits die *Unabhängigkeit* der Freiberufler gegen Einmischungen in

2 *BVerfGE* 76, 171 = NJW 1988, 191; *BVerfGE* 76, 196 = NJW 1988, 194.

3 *Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 17.

4 Ähnlich *Dittbener*, in: *Merz*, Freie Berufe – Einkommen und Steuern, 2008, S. 29 (31).

5 Vgl. *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer, 1997, S. 26 ff.

6 *EuGH*, Slg. 2001, I-7476 = DStRE 2002, 112 Rdnr. 39 – Adam; im gleichen Sinne die BQRL, Art. 2 I i. V. mit Erwägungsgrund Nr. 43.

7 Vgl. nur *RFHE* 14, 19 (21); *Henssler*, AnwBl 2008, 721 (722) m. w. Nachw.; mit eher positiver Konnotation *Kleine-Cosack*, BB-Special zu Heft 11/2008, S. 2 (7).

8 *BVerfGE* 120, 1 (39 ff.) = NVwZ 2008, 1102.

ihre fachlichen Entscheidungen. Mit dieser Maßgabe können auch Angestellte als Freiberufler gelten⁹.

Das damit skizzierte, zwischen Eigen- und Fremdnützigkeit changierende „Berufsgruppenbild“ verlangt nach *spezi-fischem* Schutz innerhalb der Verfassungsordnungen Deutschlands und Europas. Gesetzlich wird es durch funktionalen Gemeinnutz der erbrachten Dienstleistungen mitgeprägt, doch darf auch bei Freiberuflern die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) nicht als eine „dienende“, rein altruistische aufgefasst werden¹⁰. Der rezente Abbau von Berufsausübungsschranken unter dem Druck der Verfassungsjudikatur entfaltet die Handlungsfreiheit der Berufsträger auch um ihrer selbst willen. Arrondierend vermag der allgemeine Gleichheitssatz als Konvergenzvorgabe für verwandte Freie Berufe Bedeutung erlangen. Am stärksten wird das Bild der Freien Berufe derzeit durch das Europarecht überformt. Die „Europäisierung“¹¹ hält für die Freien Berufe als rechts-erhebliche Kategorie und ihre Profilierung zugleich Chancen und Risiken bereit. Sie resultiert vor allem aus Grundfreiheiten und korrespondierenden Sekundärrechtsvorschriften (unter anderem BQRL und DLRL), teils auch Harmonisierungsvorgaben und den EU-Wettbewerbsregeln.

Schon die Rechtfertigungsspielräume, welche der AEU-Vertrag Mitgliedstaaten bei der Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zuerkennt, zeigen an, dass das Europarecht nicht eindimensional und ausschließlich auf Marktöffnung gerichtet sein kann. Die europäische „Lissabon-Strategie“ für den Dienstleistungs-Binnenmarkt¹² mag als marktliberale Brechstange geplant sein, doch enthalten die davon erfassten Rechtsvorschriften im Verhältnis zum Primärrecht nur geringfügige Verschärfungen der materiell-rechtlichen Anforderungen. In erster Linie werden die Mitgliedstaaten und ihre Rechtsetzungsinstanzen durch die DLRL zur normativen Selbstvergewisserung („Normenscreening“/„Normenprüfung“) angehalten. Möglicherweise hält das Primärrecht gar eine positive Ermächtigung zur Profilierung der Freien Berufe bereit: Es erscheint nicht abwegig, auch freiberufliche Dienstleistungen als Dienste im allgemeinen Interesse zu qualifizieren¹³; Art. 14 AEU bietet dann (anders als noch Art. 16 EG) eine Chance, durch Sekundärrecht europaweit und berufsübergreifend Grundregeln zumindest programmatischen Charakters festzuschreiben.

Marktöffnungsdruck kann nach alledem zur Stärkung des Berufsgruppenprofils durchaus beitragen, indem er die objektive Notwendigkeit etwaiger Sonderregelungen plastisch werden lässt. Stereotype Formeln wie „geordnete Rechtspflege, Steuerpflege“, die einen auch verfassungsrechtlich bedenklichen Autodeterminismus freiberuflicher Ordnungssysteme generiert haben, müssen konsistenteren Begründungen weichen. Sodann kann durch einheitliche oder, wo die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung nichts anderes zulässt, parallele Regelungen für Freie Berufe auf eine Schärfung und Straffung des Berufsgruppenprofils hingewirkt werden (und dies idealiter synchron in allen Mitgliedstaaten). Allerdings kann ein solches Bemühen scheitern und der Mitgliedstaat zur vollständigen De-Regulierung gezwungen sein, wenn ein „Interferenzeffekt“ auftritt, dort wo sich das Europarecht gegen ein zu weitreichendes, das Verfassungsrecht gegen ein zu eng gezogenes Regulierungskonzept sperrt. So weckt die Neuregelung des HOAI-Gebührenrechts Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Inländerbenachteiligung (Art. 3 I GG)¹⁴. Erschwert werden Straffung und Parallelführung im Zentralbereich der Freien Berufe zudem durch die Inkonsistenz der Bereichsausnahmen und Spezialitätsbeziehungen im Anwendungsbereich der DLRL, über deren Tragweite

Unklarheit besteht. Nach hier vertretener Ansicht wird jedenfalls der Vorrang berufsspezifischer Sondervorschriften gem. Art. 17 DLRL durch deren Regelungsinhalt begrenzt, so dass für Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer keine Totalausnahme vom Anwendungsbereich des Art. 16 DLRL statuiert wird¹⁵.

III. Ausgewählte Prüfungsaufgaben der Dienstleistungsrichtlinie

Die DLRL begründet ein formalisiertes Normenprüfungssystem, ihre Kernfunktion ist eine prozedurale. Für den materiell-rechtlichen Maßstab verweist sie auf den EG- bzw. AEU-Vertrag, reduziert jedoch Rechtfertigungsspielräume: Diskriminierungen sind ebenso wenig rechtfertigungsfähig wie Maßnahmen, die von einer der „schwarzen Listen“ erfasst werden¹⁶. Für die Freien Berufe sind diese Verschärfungen von geringer Bedeutung. Im Vordergrund stehen insoweit die formalen Prüfungspflichten, der Rapport des begründeten Prüfungsergebnisses durch den Mitgliedstaat und die Nachkontrolle durch die Europäische Kommission und gegebenenfalls durch den *EuGH*. Deutschland muss bereits auf der Stufe des Screenings (Art. 9 II, 15, 39 I, V DLRL) rechtliche Vorbehalte dieser Instanzen antizipieren.

1. Rechtsformbeschränkungen (Art. 15 II lit. b DLRL)

Die freie Wahl der Organisationsform ist Ausdruck der Berufs- und Niederlassungsfreiheit und steht von Verfassung wegen auch Freiberuflern zu. Personenhandelsgesellschaften sind Freiberuflern jedoch nur in einzelnen Branchen und nur dann zugänglich, wenn zugleich ein Treuhändergewerbe ausgeübt wird. Das Unionsrecht hindert den Gesetzgeber nicht, solche Formen als „wesensgemäß gewerblich“ für Angehörige Freier Berufe zu sperren, wenn sich hierfür ein hinreichender sachlicher Grund (z. B. strukturelle Inkompatibilität oder Steuerrecht) findet. Dem Gebot der Gleichbehandlung entsprechend muss für verwandte Freie Berufe grundsätzlich eine einheitliche Regelung gefunden werden. Auf Kapitalgesellschaften können, obwohl ihre Erträge als gewerblich gelten, Freiberufler meist in weitem Umfang zugreifen. Ausnahmen, wie bei Apothekern und Ärzten, sind schwerlich begründbar. Rechtspolitisch opportun erscheint überdies ein Kurswechsel bei der steuerrechtlichen Bewertung: Werden Gewerbe- und Einkommensteuer nicht zu einer zeitgemäßen „betrieblichen Ertragsteuer verbunden¹⁷, sollte die steuerrechtliche Zuordnung (zu gewerblichen bzw. freiberuflichen Tätigkeiten) von der Organisationsform abgekoppelt und

9 Vgl. *Hommerich*, Die Freien Berufe und das Vertrauen der Gesellschaft, 2009, S. 97 f. – Diese Einschätzung ist str. (a. A. etwa *Sodan* [o. Fußn. 5], S. 84).

10 So aber *BGHZ* 115, 105 (109) = *NJW* 1991, 2641; *OLG Koblenz*, *NJW* 1997, 1932 (1933); vgl. auch *Kluth/Goltz/Kilian*, Die Zukunft der Freien Berufe in der Europäischen Union, 2005, S. 22.

11 Darunter wird hier die wechselseitige Beeinflussung der europäischen und der nationalen Rechtsebene verstanden (*Kämmerer*, *EuR* 2001, 27 [28 ff.]).

12 Europäischer Rat (Lissabon), 23./24. 3. 2000, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Nr. 5.

13 Im Ansatz: *Lenk*, Die Ausnahme standesrechtlicher Werbeverbote aus dem EG-Kartellrecht, 2006, S. 335 ff.; *Vallone*, Auswirkungen des Kartellverbots auf das Standes- und Berufsrecht der verkammerten Freien Berufe, 2006, S. 279 ff.

14 Vgl. auch *Averhaus*, *NZBau* 2009, 473 (474).

15 Ebenso *BRÄK*, Satzungsversammlung, 4. Unterausschuss „Normenscreening“, Bericht, 24. 2. 2009, S. 22 ff. (Mehrheitsansicht); a. A. etwa *Schmidt-Kessel*, in: *Schlacher/Ohler*, DLRL, Kommentar, 2008, Art. 17 Rdnr. 64.

16 Art. 14, 16 II DLRL.

17 Vgl. etwa *Jachmann*, *BB* 2000, 1432 (1437 ff.); *BVerfGE* 120, 1 (37) = *NVwZ* 2008, 1102.

künftig an die Natur der von der Kapitalgesellschaft ausgeübten Tätigkeit gebunden werden. Die kapitalistische Organisationsform würde dann nicht länger mit „Kommerzialisierung“ assoziiert, der Berufsgruppe zugleich zu einem rationaleren Profil verholfen. Da der freiberufliche Charakter der Tätigkeit selbst in einer oHG oder KG durch individualisierte Berufspflichten sichergestellt werden kann, ist die Aufhebung entsprechender Restriktionen zumindest rechtspolitisch angezeigt. Widersinnige Treuhändervorbehalte sind, auch wenn ihre praktische Bedeutung umstritten ist¹⁸, ersatzlos zu streichen.

2. Fremdbesitzverbote (Art. 15 II lit. c DLRL) und Multidisziplinarität (Art. 25 DLRL)

Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sind triftige Gründe, um Berufsfremden oder Nichtaktiven die Beteiligung, vor allem in Form von Gesellschaftsanteilen, an freiberuflichen Einheiten zu versagen. Rechtliche Probleme wirft insoweit vorwiegend der Gleichheitssatz des Art. 3 I GG auf, wo noch unterschiedliche Regeln – insbesondere bei beratenden Berufen – bestehen. Aus dem Ausland wird von positiven Erfahrungen mit speziellen Gesellschaftsformen berichtet, die Kapitalbeteiligung von Nicht-Freiberuflern zulassen¹⁹. Einerseits ist dem deutschen Recht wegen des Rangs der von den Dienstleistungen berührten Rechtsgüter sowie angesichts eines oft auch von kleineren Beteiligungen ausgehenden Gestaltungsdrucks von Nachahmung abzuraten. Andererseits lassen das Steuerberatungsgesetz und das Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer die Beteiligung von Nichtfreiberuflern in entsprechenden Freiberuflergesellschaften schon jetzt in engen Grenzen zu. Ein Rückschritt hinter diese Standards ist rechtspolitisch kaum durchzusetzen, die Beibehaltung von Regelungen unterschiedlicher Strenge nicht erstrebenswert. Vertreter nicht sozietätsfähiger Berufe können daher als Gesellschafter hingenommen werden, wenn ihre Anteile zusammen 25% nicht übersteigen²⁰. Voraussetzung ist aktive Mitwirkung; die bloße Kapitalbeteiligung ist weiterhin auszuschließen. Beteiligungsbeschränkungen auch für Berufsangehörige, wie bei Apothekern²¹, sind dagegen kaum zu rechtfertigen. Auch der Schutz der Gesundheit legitimiert – entgegen der Ansicht des *EuGH* – das Verbot größerer Filialsysteme durch das Apothekengesetz schon deshalb nicht, weil die ordnungsgemäße Berufsausübung angestellter Apotheker durch deren Bindung an berufsrechtliche Pflichten und gewerbepolizeirechtliche Bestimmungen sichergestellt würde.

Trotz unterschiedlicher Finalität ergänzt Art. 25 DLRL über die – grundsätzlich positiv bewertete – multidisziplinäre Zusammenarbeit Art. 15 II lit. c DLRL: Auch diese kann um der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Berufsträger willen begrenzt werden. Als „sozietätsfähig“ sollten sie untereinander grundsätzlich immer erachtet werden, wenn ihre Berufe reglementiert sind, und nur ausnahmsweise können strukturelle Inkompatibilität oder besondere Missbrauchsrisiken Abweichungen legitimieren. Verbleibenden Interessenkonflikten kann gegebenenfalls eine sozietätsinterne „Compliance“-Funktion begegnen. Das deutsche Berufsrecht lässt bislang Freiberuflergesellschaften mit multidisziplinärem Einschlag zwar stets nur als Steuerberatungs- oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaft etc. zu, doch sollte die Gestattung „denominationsfreier“ gemischter Freiberufler-Gesellschaften erwogen werden.

3. Entgeltgestaltung (insb. Art. 15 II lit. g DLRL)

Dem Dienstleistungserbringer oktroyierte Mindest- und Höchstpreise unterliegen der Normenprüfung, Systeme der

Gebührenprogression allenfalls inzident. In puncto Entgelte sind die Abweichungen beim Berufsrecht besonders ausgeprägt: Teils fehlen Vorgaben ganz (Wirtschaftsprüfer), teils sind sie dispositiv (nichtforensische Leistungen der Anwälte), teils gelten Mindestsätze mehr (Rechtsanwälte) oder weniger strikt (Steuerberater). Bei Rechtsanwälten werden Mindestpreise vielfach damit begründet, „Quersubventionierung“ ertragsarmer durch große, ertragsstarke Mandate mache dem Anwalt die Annahme Ersterer leichter. Feldstudien haben erwiesen, dass die Quersubventionierung bei einem Teil der Anwaltschaft noch gängige Praxis ist²². Objektiv erforderlich ist ein solcher Transfer allerdings nur, wo nicht schon die Mindestpreisregelung gewährleistet, dass sich kleine Mandate finanziell selbst tragen, und bei Lichte besehen begründen solche Erwägungen auch weniger die Mindestpreise selbst als ihre Progression. Unabhängig hiervon kann, wie der *EuGH* feststellte, ein Mindestpreis schon für sich insoweit Berechtigung haben, als der Berufsstand und seine Leistungsfähigkeit gegen qualitätsgefährliches Preisdumping geschützt werden²³. Die Gefahr muss jedoch objektiv belegbar sein, insbesondere durch einen chronisch angespannten Arbeitsmarkt, der sich wohl bei den meisten reglementierten Freien Berufen diagnostizieren lässt. Durch Vorgaben für Leistungstransparenz flankierte Liberalisierungen empfehlen sich gleichwohl. Dies gilt auch für Erfolgshonorare, obschon die insoweit restriktiven Regelungen zum Schutz vor Preisdumping verfassungs- und europarechtlich vertretbar sind. Hingegen gebietet das Unabhängigkeitsethos der Anwälte, am „Quota-litis“-Verbot²⁴ festzuhalten.

4. Werbeverbote (Art. 24 II DLRL)

Verbote „kommerzieller Kommunikation“ gelten der Europäischen Kommission als eine Haupthürde für den freien Dienstleistungsverkehr. Dennoch führt die DLRL sie nicht unter der Rubrik Grundfreiheitsbeschränkung, sondern – ohne grundsätzliche Abweichungen beim Rechtfertigungsmaßstab – der Qualitätssicherung. Höchststrichterliche Entscheidungen haben die einstigen Werbebarrieren Freier Berufe in weiten Teilen geschleift. Bei beratenden Berufen wird sachliche, nicht auf den Einzelfall bezogene Werbung meist zugelassen, während das Berufsrecht der Ärzte sich mit einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe (Verbot der „Kommerzialisierung“, z. B. durch „anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung“) ein strengeres Erscheinungsbild gibt. Werbung ist eines der wenigen Instrumente, mit denen sich das strukturelle Informationsgefälle der Vertragspartner entschärfen lässt. Wenn Art. 24 II 1 DLRL die „Würde und Integrität des Berufsstandes“ als Grund für Restriktionen zulässt, ist dies kontraproduktiv; eine äußerst restriktive Interpretation der Vorschrift ist geboten. Verbote der Werbung mit Umsatzzahlen oder Spezialgebieten (vgl. §§ 6 II, 7 BORA) sind grundsätzlich ebenso wenig begründbar wie die Untersagung der Einzelfallwerbung, sofern sachlich und lauter agiert wird. Unabhängig davon sind rechtspolitische Zweifel an der berufsrechtlichen Verortung der materiellen Werbevorschriften geboten, die

18 K. Schmidt, DB 2009, 271; Kamps/Wollweber, DStR 2009, 926 (928).

19 Vgl. Kilian, AnwBl 2002, 686; Henssler, BRAK-Mitt 2007, 238.

20 Vgl. auch Monopolkommission, 16. Hauptgutachten, BT-Dr 16/2460, Nrn. 1121 ff., 1127.

21 Vgl. nur Krüis, EuZW 2007, 175 (177); Martini, DVBl 2007, 10 (13 ff.).

22 Hommerich/Kilian, Vergütungsvereinbarungen deutscher Rechtsanwälte, 2006, S. 20 ff.

23 *EuGH*, Slg. 2006, I-11421 = NJW 2007, 281 Rdnrn. 58 ff. – Cipolla und Meloni.

24 In diesem Sinne *ÖstVerfGH*, v. 24. 9. 2008 – B 330/07, Nr. 1.3.2.

hauptsächlich zur Genese umfänglicher Kasuistik, zum Rechtsfrieden jedoch wenig beigetragen haben. Mit Verzicht auf spezifische Regelungen und Verweisung auf das allgemeine Lauterkeitsrecht (UWG), das unmittelbar oder kraft Verweisung Anwendung fände, dürfte sachgerechter Standardisierung des Werberechts auch für Freie Berufe am förderlichsten sein.

IV. Europarecht als Geburtshelfer Freier Berufe

Das Europarecht fordert die Freien Berufe zur Identitätssuche heraus, kann jedoch unter Umständen auch zur Erweiterung des Berufsgruppenspektrums beitragen – so womöglich bei den berufsrechtlich noch ungesicherten Insolvenzverwaltern, aber auch bei den von der DLRL explizit nicht erfassten, „janusköpfigen“ Notaren: Trotz Auflistung ihrer Dienstleistungen in § 18 I EStG weist sie das deutsche Recht nicht par excellence als Freiberufler aus.

1. Notare

Ob sich Notare zum wirklichen Freien Beruf weiterentwickeln, hängt vom Ausgang der sieben Vertragsverletzungsverfahren ab, welche die Kommission gegen Mitgliedstaaten, darunter Deutschland, eingeleitet hat²⁵. Gretchenfrage ist hierbei diejenige nach der Geltung des Art. 51 AEU. Sollte die Bereichsausnahme für Ausübung hoheitlicher Gewalt keine Anwendung finden, würde die BQRL aktiviert. Der Staatsangehörigkeitsvorbehalt (§ 5 BNotO) und die verpflichtende deutsche Notarausbildung (§ 7 BNotO) müssten abgeschafft werden, um das Notariat würde sich ein „Binnenmarkt für Beurkundungen“ entfalten. Maßgeblich für Art. 51 AEU ist nicht der formale Status („öffentliches Amt“), sondern ob die Notare an der Ausübung öffentlicher Gewalt im unionsrechtlichen Sinne partizipieren und ob diese Teilhabe in der Zusammenschau ihrer einzelnen Funktionen und deren Natur das Berufsbild prägt. Kann dies derzeit (mit Blick auf Beglaubigung, Beurkundung und ihre Beweiswirkung, Registerbescheinigungen, vollstreckbare Ausfertigungen etc.) den Notaren noch attestiert werden²⁶, wird die Bastion des Art. 51 AEU, sofern die schlichte Beratung durch Notare an Bedeutung weiter zunimmt und auch die Europäisierung des Beurkundungswesens noch voranschreitet, nicht mehr zu halten sein. Unbeschadet der Rechtslage sollte Unionsbürgern wenigstens über die deutsche Notarausbildung schon jetzt Zugang zum Notariat eröffnet werden.

2. Insolvenzverwalter

Das Beispiel des Insolvenzverwalters zeigt, wie sich im Zusammenwirken des Verfassungsrechts und des Europarechts die mögliche Genese eines neuen Freien Berufs abzeichnet. Die Verfassungsgerichtsbarkeit²⁷ hat den Insolvenzverwalter als Beruf i. S. von Art. 12 I GG anerkannt und damit implizit auch ein Bedürfnis nach reglementierender Gesetzgebung, die ihrerseits zur Anwendung der BQRL führt. Zudem ist die Aufnahme in eine Vorauswahlliste für Insolvenzverwaltung aus Sicht der DLRL eine Genehmigung, die ein neutrales und transparentes Verfahren erfordert²⁸. Die gebotene Stärkung der Verfahrenstransparenz könnte in die Entwicklung spezi-

fischer Bestimmungen über den Insolvenzverwalterberuf (oder besser den Beruf des Insolvenzexperten) unter Einschluss der Berufsausbildung eingeschlossen; damit würde ein Übergang zum Freien Beruf vollzogen.

V. Profilschärfung durch Qualitätssicherung

Leistungsqualität rechtfertigt das dem Freiberufler entgegengebrachte Vertrauen und kann, wo sie durch berufsgruppenspezifische Mechanismen gesichert wird, zur Schärfung des Berufsgruppenprofils beitragen. Die zentrale Qualitätssicherungsvorschrift des Art. 26 DLRL, weich und wenig autoritativ gefasst, geht auf die speziellen Bedürfnisse Freier Berufe kaum ein. So eignet sich Zertifizierung zur Qualitätsbemessung auf Grund ihres primär prozessorientierten Charakters hier nur in geringem Maße. Die besondere Fachqualifikation der Freiberufler und die aus ihr resultierende fachliche Unabhängigkeit begrenzen das Potenzial berufsgruppenexternen Qualitätsmanagements: Wonach sich Qualität bei freiberuflichen Dienstleistungen bemisst, vermögen Außenstehende schwerlich zu beurteilen. Noch am ehesten gelingt dies berufsständischen Kammern, die – wie die DLRL vorschlägt – Qualitäts-Charter entwickeln und Gütesiegel vergeben können. Solche Standards müssen nach den Vorgaben der DLRL unverbindlich bleiben, was bereits bei Mechanismen wie „comply or explain“ oder „opting out“ grundsätzlich nicht mehr gewährleistet wäre; auch dürfen sie nicht zur Keimzelle für neue statutarische Pflichten werden²⁹. Die Befugnis der Mitgliedstaaten, in den Grenzen der Berufsgrundrechte Berufsangehörige kraft Gesetzes auf die Erfüllung bestimmter Qualitätsstandards (z. B. Fortbildungsnachweise) zu verpflichten, bleibt unberührt.

VI. Ergebnis

Eine „Neuordnung“ der Freien Berufe sollte mit der Besinnung auf prägende, profilbildende Merkmale beginnen. Dem „Binnenmarkt für Dienstleistungen“ und verfassungsrechtlichen Freiheitsgewährleistungen können sich Freie Berufe nicht durch unreflektiertes Beharren auf ihrer „Sonderstellung“ entziehen. Diese verliert vielmehr an Plastizität, wo berufsgruppenübergreifende Regelungsansätze fehlen und unlogische Disparitäten zwischen einzelnen Berufsregimen Trennendes mehr betonen als Verbindendes. Die Freien Berufe werden, wenn die „Lissabon-Strategie“ mit Trotz, Indifferenz oder Retiraden beantwortet wird, kaum überdauern. Eine „Strategie für die Freien Berufe“, die ebenenübergreifend und im Konzert aller an der Rechtsetzung Beteiligten Begriff, Konturen und Ziele der Berufsgruppe neu erfasst, könnte ihre Zukunftschancen als Rechtskategorie sichern. ■

25 Darunter Rs. C-54/08 – Kommission/Deutschland.

26 Sehr str.: vgl. einerseits *Karpenstein/Liebach*, EuZW 2009, 161; *Preuß*, GPR 2008, 1 (8 ff.); andererseits etwa *Schill*, NJW 2007, 2014 (2017 f.); *Heinz/Ritter*, EuZW 2009, 599.

27 Unter anderem *BVerfG* (2. Kammer des Ersten Senats), NJW 2004, 2725 (2726 f.); *Höfling*, JZ 2009, 339 (342 ff.).

28 Vgl. *Sabell/Wimmer*, ZIP 2008, 2097 (2102 ff.).

29 Krit. *Hellwig*, AnBl 2008, 644 (652).

Gut aufgestellt in der ZPO und im FamFG.

Der Thomas/Putzo

- ⁠ verschafft Ihnen den Überblick in der ZPO, im FamFG und im europäischen Verfahrensrecht – auch bei ständig wachsender Stoffmenge
- ⁠ ist durch seine klare Systematik besonders übersichtlich und prägnant
- ⁠ zeigt Zusammenhänge auf
- ⁠ hilft durch aktuelle Hinweise auf Rechtsprechung und Schrifttum
- ⁠ ermöglicht den zeitsparenden Umgang mit der ZPO, den einschlägigen Vorschriften des FamFG und des europäischen Zivilverfahrensrecht.

Die Neuauflage

berücksichtigt insbesondere die Änderungen durch das

- ⁠ Gesetz zur Reform des **Kontopfändungsschutzes**
- ⁠ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie
- ⁠ Gesetz zur Reform der **Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung**
- ⁠ Gesetz über die **Internetversteigerung** in der Zwangsvollstreckung
- ⁠ und die Änderungen des Internationalen FamilienrechtsverfahrensG – IntFamRVG – sowie die
- ⁠ **EU-UnterhaltsVO**



Dieses erfolgreiche Standardwerk

informiert Sie schnell und zuverlässig in allen zivilverfahrensrechtlichen Bereichen. Der bewährte Kommentar beschränkt sich auf das Wesentliche für Praxis, Ausbildung und Prüfung und ist dabei wissenschaftlich genau.

Fax-Coupon

Expl. 978-3-406-59620-9
Thomas/Putzo, ZPO
31. Auflage, 2010, Rund 2000 Seiten, In Leinen € 58,-
(Erscheint Ende Juni 2010) Bei Fortsetzungsbezug für
künftige Auflagen bitte ankreuzen.

Name _____

Straße _____

PLZ/Ort _____

Datum/Unterschrift _____

157138

Bei schriftlicher oder telefonischer Bestellung haben Sie das Recht, Ihre Bestellung innerhalb von 2 Wochen nach Absendung ohne Begründung in Textform (z.B. Brief, Fax, Email) zu widerrufen. Die rechtzeitige Absendung des Widerrufs innerhalb dieser Frist genügt. Die Frist beginnt nicht vor Erhalt dieser Belehrung. Der Widerruf ist zu richten an den Lieferanten (Buchhändler, becks-shop.de oder Verlag C.H. Beck, c/o Nordlinger Verlagsauslieferung, Augsburgstr. 67a, 85720 Nördlingen). Im Falle eines Widerrufs sind bereits empfangene Leistungen zurückzugewähren. Kosten und Gefahr der Rücksendung trägt der Lieferant. Zu denselben Bedingungen haben Sie auch ein Rückgaberecht für die Erstlieferung innerhalb von 14 Tagen seit Erhalt. Ihr Verlag C.H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München.

Bestellen Sie bei Ihrem Buchhändler oder bei:
beck-shop.de oder Verlag C.H. Beck · 80791 München
Fax: 089/38189-402 · www.beck.de



Weil Qualität gewinnt.

Der Meyer-Goßner

bietet Ihnen handlich und kompakt

- **größtmögliche Zuverlässigkeit** in allen Fragen des Strafprozessrechts
- die **vollständige Erfassung** aller einschlägigen veröffentlichten und der nichtveröffentlichten BGH-Entscheidungen
- einen **umfassenden Überblick** über die praxisrelevante Literatur.

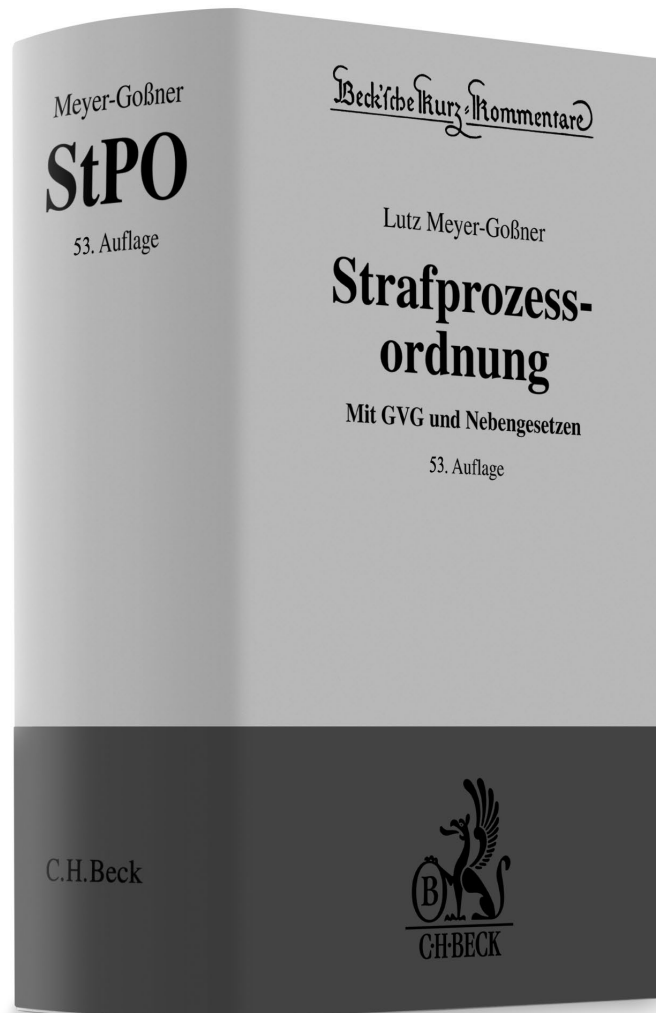
Fazit: Sie finden alles, was zur effektiven Lösung strafprozessualer Probleme erforderlich ist.

Dank seines jährlichen Erscheinens ist Ihnen konkurrenzlose Aktualität garantiert. Dank seiner weiten Verbreitung ist der Meyer-Goßner Maßstab und Referenz für alle Verfahrensbeteiligten.

Die 53. Auflage

verarbeitet alle wichtigen Änderungen der Strafprozessordnung der vergangenen Monate, insbesondere

- das **Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts**,
- das **2. Opferrechtsreformgesetz**,
- das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten
- und behandelt jetzt vertieft das Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren.



Die Autoren

Prof. Dr. Lutz Meyer-Goßner ist Vors. Richter am BGH a. D. und Honorarprofessor an der Universität Marburg. Jürgen Cierniak ist Richter am BGH.

Fax-Coupon

___ Expl. 978-3-406-60600-7
Meyer-Goßner, Strafprozessordnung (StPO)
53. Auflage, 2010, LXVIII, 2328 Seiten. In Leinen € 76,-
(Erscheint im Juni 2010)

Name _____
Straße _____
PLZ/Ort _____
Datum/Unterschrift _____ 157053

Bei schriftlicher oder telefonischer Bestellung haben Sie das Recht, Ihre Bestellung innerhalb von 2 Wochen nach Absendung ohne Begründung in Textform (z.B. Brief, Fax, Email) zu widerrufen. Die rechtzeitige Absendung des Widerrufs innerhalb dieser Frist genügt. Die Frist beginnt nicht vor Erhalt dieser Behörde. Der Widerruf ist zu richten an den Lieferanten (Buchhändler, becks-shop.de oder Verlag C.H. Beck, c/o Nordlinger Verlagsauslieferung, Augsburg, Str. 67a, 85720 Nordlingen). Im Falle eines Widerrufs sind bereits empfangene Leistungen zurückzugewähren. Kosten und Gefahr der Rücksendung trägt der Lieferant. Zu denselben Bedingungen haben Sie auch ein Rückgaberecht für die Erstlieferung innerhalb von 14 Tagen seit Erhalt. Ihr Verlag C.H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München.

Bestellen Sie bei Ihrem Buchhändler oder bei:
beck-shop.de oder Verlag C.H. Beck • 80791 München
Fax: 089/38189-402 • www.beck.de



