

Nr. 3/2018



# FREILAW

Freiburg Law Students Journal

## FACETTEN DES RECHTS

**1**

**Seminararbeit:  
Strafe bei Nietzsche**

von Noah Sprunkel

**2**

**Seminararbeit:  
Unternehmerische  
Entscheidungen im  
Aufsichtsrat**

von Jakob Nicola

**3**

**Poetry Slam:  
Eine märchenhafte  
Theorie**

von Theodor S. Lammich

# IMPRESSUM

## **Herausgeber (Verantwortlich nach § 5 TMG)**

Freilaw e.V.

## **Chefredaktion**

Sarah Baukelmann und Joël Stumpp

## **Kontakt**

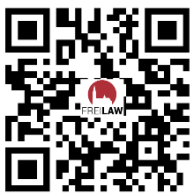
Freilaw e.V.  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg  
Platz der Alten Synagoge  
Dekanat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
Raum 2105, **z.Hd. Freilaw e.V.**  
D – 79085 Freiburg

E-Mail: [redaktion@freilaw.de](mailto:redaktion@freilaw.de)

## **Cover**

Sarah Baukelmann und Joël Stumpp

**ISSN:** 1865-0015



## **Urheberrechtliche Hinweise:**

- Für den Inhalt der Artikel sind allein die Autoren verantwortlich. Die Herausgeber überprüfen die Texte, können allerdings keine Garantie dafür übernehmen, dass durch die Artikel keinerlei Urheber- oder anderweitige Nutzungsrechte verletzt werden. Sollte dies der Fall sein, so ist dies nicht beabsichtigt. Wir bitten Sie deshalb, uns umgehend zu informieren.
- Die Publikation der Artikel erfolgt exklusiv durch Freilaw. Eine unberechtigte öffentliche Verwendung der Artikel ist nicht gestattet. Auf Anfrage sind wir allerdings gerne bereit, hiervon Ausnahmen zu machen.

# Freilaw 3/2018

## Rechtsphilosophie

*Noah Sprunkel*

Seminararbeit: Strafe bei Nietzsche .....	106
---	-----

## Wirtschaftsrecht

*Jakob Nicola*

Seminararbeit: Unternehmerische Entscheidungen im Aufsichtsrat.....	114
---	-----

## Jura und Lyrik

*Theodor S. Lammich*

„Eine märchenhafte Theorie“ .....	121
-----------------------------------	-----

## Studium und Beruf

*Thomas Quirin*

Das Backstage-Programm bei Clifford Chance .....	124
--	-----

## Rezension

*Moritz Neumann*

Beck'scher Referendarführer 2018/2019 .....	125
---	-----

*Karolina Kita*

Markenrecht.....	126
------------------	-----

*Nedret Madak*

Internationalen Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht.....	127
---	-----



## Vorwort der Chefredaktion

Liebe Leserinnen und Leser,

zum Jahresabschluss präsentieren wir Ihnen die Ausgaben 3/2018 mit einer bunten Vielzahl an verschiedenen Artikel, die verschiedene Facetten des Rechts aufzeigen.

Eingeleitet wird diese Ausgabe mit einem rechtsphilosophischen Beitrag von *Noah Sprunkel* aus Frankfurt, der mit seiner Seminararbeit „Strafe bei Nietzsche“ einen Schnittpunkt zwischen Strafrecht und Rechtsphilosophie getroffen und einen spannenden Artikel geschaffen hat.

Sodann werden Sie durch einen umfangreichen Artikel über unternehmerische Entscheidungen im Aufsichtsrat im Rahmen einer Seminararbeit von *Jakob Nicola* in die Thematik von *Aufsichtsratsentscheidungen* eingeführt.

Lesen Sie darüber hinaus einen Beitrag zur Fortsetzung der Reihe Jura und Lyrik von *Theodor S. Lammich*, der mit seinem Poetry Slam nicht nur den Freiburger Vorentscheid des Jura Poetry Slams 2018 gewann, sondern auch beim Finale in Berlin, im Rahmen des vom Deutschen Anwaltverein (DAV) unterstützten Jura Poetry Slams, den ersten Platz erreichte und damit den Sieg zum dritten Mal in Folge für Freiburg entschied. Die *Freilaw* Redaktion gratuliert dem Gewinner nochmal ganz herzlich und wir freuen uns, Ihnen „Eine märchenhafte Theorie“ präsentieren zu dürfen.

Daran schließt sich ein Praktikumsbericht über das Backstage Programm von *Thomas Quirin* bei Clifford Chance an. Die letzte Ausgabe des Jahres 2018 endet mit drei Rezensionen, zum einen über den Beck'schen Referendardführer 2018/2019 von *Moritz Neumann* und zum anderen zum Markenrecht von *Karolina Kita* und schließlich zum Internationalen Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht von *Nedret Madak*.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß beim Lesen und einen guten Start ins neue Jahr.

Wir freuen uns auf ein erfolgreiches Jahr 2019!

Ihre Chefredaktion von *Freilaw*



(Sarah Baukelmann)



(Joël Stumpp)

# Strafe bei Nietzsche

-

## – Der Versuch einer Systematisierung –

von Noah Sprunkel\*

*Sagt, wo findet sich die Gerechtigkeit, welche Liebe mit sehenden Augen ist?*

*So erfindet mir doch die Liebe, welche nicht nur alle Strafe, sondern auch alle Schuld trägt!*

*So erfindet mir doch die Gerechtigkeit, die Jeden freispricht, ausgenommen den Richtenden!*

FRIEDRICH NIETZSCHE

### A. Abstract

Diese Arbeit hat zum Ziel, die zahlreichen Abhandlungen Nietzsches über die Strafe aus seinen Werken herauszufiltern und sie in einem in sich geschlossenem System zusammenzutragen. Mittels dieser Systematisierung sollen Nietzsches Abhandlungen über die Strafe verständlich dargestellt werden und – sofern dies möglich ist – vertieft und fortgedacht werden. Zu Beginn werde ich eine kurze Genealogie der Strafe nachzeichnen (I.) und Nietzsches Überlegungen zu den Gründen und Zwecken der Strafe darstellen (II.). Ein weiterer Teil der Arbeit befasst sich mit dem Problem der Strafzumessung (III.). Zuletzt soll es um Nietzsches allgemeine Kritik der Strafe gehen (IV.) sowie um seine Alternativen des Strafens (V.).

### B. Hauptteil

#### I. Genealogie der Strafe

Die wesentlichen Ausführungen Nietzsches über den Ursprung der Strafe finden sich in der zweiten Abhandlung der Genealogie der Moral. Der Ursprung der Strafe ist dabei eng mit der Fähigkeit Versprechen zu können sowie der Verantwortlichkeit und Schuld verknüpft. Die Genealogie der Strafe kann daher nur unter Einbezug dieser Themen nachgezeichnet werden. Um den Ursprung der Strafe möglichst präzise darzustellen, wäre es zwar an sich geboten, die Genealogie des Versprechens als Ganzes zu erläutern, doch überschreitet dies den Rahmen dieser Arbeit, die sich im Kern mit der Strafe befassen soll.

Es ist daher von dem Postulat auszugehen, dass die Menschen „gleich unter Gleichen“ und folglich berechenbar gemacht werden mussten und darüber hinaus ein Gedächtnis brauchten, um

Versprechen zu dürfen.<sup>1</sup> Bisher obstruierte die aus Selbsterhaltungsgründen notwendige Vergesslichkeit des Menschen das Versprechen-dürfen, denn der Mensch konnte das einmal gewollte, nicht fortwollen – eben weil er vergesslich gewesen ist.<sup>2</sup> Es war ihm somit nicht möglich eine raumzeitliche Distanz zwischen seiner Willensbekundung und dem eigentlichen Tun aufzubauen.<sup>3</sup> Salopp gesagt, war kein Verlass auf ihn. Weil es eben seine Natur gewesen ist, vergesslich zu sein, konnte das „Gedächtnis des Willens“ auch nur unter großer Anstrengung gemacht werden.<sup>4</sup> Dabei soll es niemals ohne „Blut, Martern [und] Opfer“ zugegangen sein, denn „nur was nicht aufhört, wehzutun, bleibt im Gedächtnis“.<sup>5</sup> Es lässt sich bereits erahnen, dass die Geschichte des Gedächtnisses auch die des Strafens ist, denn nebst den grausamen Opfern und Ritualen lokalisiert Nietzsche die Strafe. Die Notwendigkeit und Härte der Strafgesetze geht nach ihm mit dem Aufwand den „pöbelhaften Grund-Instinkte“ der Vergesslichkeit zu überwinden einher, respektive das Gedächtnis zu erhalten.<sup>6</sup> Man könnte sagen: Mittels der Qualen, des Marterns – mittels der *Strafe* wurde die „Sittlichkeit der Sitte“ und die „soziale Zwangsjacke“ in das Gedächtnis des Menschen eingebrannt.<sup>7</sup> Endlich behielt der Mensch „fünf, sechs »ich will nicht« im Gedächtnisse“ und hielt sich nun an die „primitiven Erfordernisse des sozialen Zusammenlebens“.<sup>8</sup> Strafe findet nach Nietzsche also ihren Ursprung im Versuche einen Menschen heranzuzüchten, der ein Gedächtnis seines Willens hat und mithin versprechen kann – der einförmig, gleich, regelmäßig, ergänzend vielleicht auch, *normal* ist und mithin berechenbar. Im Umkehrschluss formuliert: *Der nichts besonderes mehr ist.*<sup>9</sup> Auf die, mit diesem Umkehrschluss verbundene Angst des Menschen vor dem, was nicht normal – ja, was *anders* ist, werde ich im Weiteren noch einmal zurückkehren.

<sup>1</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 2.

<sup>2</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 2-3.

<sup>3</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 1.

<sup>4</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 2.

<sup>5</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 3.

<sup>6</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 3.

<sup>7</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 2.

<sup>8</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 3.

<sup>9</sup> Vgl. dazu: Nietzsche, Morgenröthe, Erstes Buch, Nr. 9 („Jede individuelle Handlung, jede individuelle Denkweise erregt Schauder; es ist gar nicht auszurechnen, was gerade die seltneren, ausgesuchteren, ursprünglicheren Geister im ganzen Verlauf der Geschichte dadurch gelitten haben müssen, dass sie immer als die bösen und gefährlichen empfunden wurden [...]).“)

Doch dies ist nur eine Geschichte, die den Ursprung der Strafe erzählt, denn der Ursprung der Strafe ist ambivalent. Um diesen anderen Ursprung verstehen zu können, muss man sich zunächst dem Begriff der Schuld widmen. Grundlage dafür bilden die obigen Erläuterungen, denn die Schuld resultiert aus der Fähigkeit des Menschen versprechen zu können. Das souveräne Individuum ist nämlich aufgrund seines *gemachten* Gedächtnisses des Willens nicht mehr nur in der Lage zu Wollen, sondern auch das einmal gewollte *fortzuwollen*. Dieses Versprechen, seine Willensbekundung auch gegen das Schicksal aufrechtzuhalten – versprechen, dass man auch über eine raumzeitliche Distanz fortwollen kann, lässt den Versprechenden *verantwortlich* gegenüber denen werden, denen er etwas versprochen hat.<sup>10</sup> Hier liegt auch der Ursprung der Schuld verborgen: Verträgt sich jemand mit einem anderen, so verspricht er dabei sein Wollen im Momente des Vertragsschlusses bis zu dessen Erfüllung fortzuwollen und zu können und steht bis zum Zeitpunkt der Erfüllung in der *Schuld* des Vertragspartners.<sup>11</sup> Kann er seine Schuld jedoch nicht erbringen, so erleidet der Gläubiger einen Nachteil und erlebt dabei den Schuldner qua Nicht-Leistung als Schädiger. Der Begriff der Schuld entstammt also ursprünglich dem Obligationenrechte. Über diesen Nachteil sowie die „Unlust über den Nachteil“ ist der Gläubiger zornig und begehrt (logischerweise) einen Ausgleich.<sup>12</sup> In der Antwort darauf, wie ein solcher Ausgleich beschaffen sein könnte, findet sich ebenso die Antwort auf die Frage nach dem zweiten Ursprung der Strafe. Kraft des Vertrages hat der Schuldner dem Gläubiger nämlich „etwas das er sonst noch »besitzt«“ verpfändet, um dem zugrundeliegenden Versprechen noch mehr Gewicht zu verleihen.<sup>13</sup> Genauer: Er hat dem Gläubiger den „Genuss in der Vergewaltigung“ verpfändet.<sup>14</sup> Der Gläubiger erlebt durch das Misshandeln ein Wohlgefühl, eine Wollust – ja er erlebt das „Leiden-machen“ am Schuldner als ein „Fest [...], das [...] umso höher im Preise stand, je mehr es dem Range und der gesellschaftlichen Stellung des Gläubigers widersprach.“<sup>15</sup> Dies „Anrecht auf Grausamkeit“ erfolgt als Leistungssurrogat jedoch nicht blind und bloß vom Zorn des Gläubigers über den Nachteil geleitet, sondern wird „modifiziert durch die Idee, daß jeder Schaden irgendwohin sein Äquivalent habe“.<sup>16</sup> Auf den erlittenen Nachteil und die Unlust über selbigen folgte deshalb nicht irgendeine Vergewaltigung, sondern eine solche, die dazu geeignet ist, einen äquivalenten „Gegen-Genuß“ zu bilden.<sup>17</sup> Strafe hat nach Nietzsche ihren zweiten Ursprung also gerade nicht, wie vielfach angenommen, in der strafrechtlichen Schuld, sondern im Ausgleich zivilrechtlicher *Schulden*. Diese vermeintliche Logik im Strafen gleicht dem Versuch den Saldo eines Kontos auszu-

gleichen, bei dem das Haben das Soll überschreitet. Herablassend nennt Nietzsche diesen Ausgleichsversuch der Strafe: „Gerechtigkeit [der] ersten Stufe“.<sup>18</sup>

## II. Warum Strafe?

Die Frage nach dem Warum der Strafe enthält, anders als man annehmen könnte, zwei Bedeutungsrichtungen. Man muss die Frage bloß genauer sezieren und sich zweierlei Begriffe gewahr werden. Einerseits ist sie die Frage nach dem Zweck der Strafe (dem „*damit*“) – und andererseits die Frage nach dem eigentlichen Grund (dem „*weil*“). Nietzsche selbst trifft diese wesentliche Unterscheidung zwar nicht ausdrücklich, dennoch sind sie Grundlage seiner Abhandlungen.<sup>19</sup> Dies wird deutlich, wenn man sich bewusst wird, dass man das „*Warum*“ einer Frage sowohl durch „*Weshalb*“ als auch durch „*Wozu*“ ersetzen kann. Dadurch wird nämlich klar, dass einmal in Bezug auf die Vergangenheit gefragt wird (*Weshalb*) und einmal in Bezug auf die Zukunft (*Wozu*). Einmal geht es um den *Grund*, andermal um den *Zweck*.<sup>20</sup> Die genannten Begriffe sind daher streng voneinander zu unterscheiden.

### 1. Grund der Strafe

Zunächst könnte man meinen, dass der Grund der Strafe äquivalent mit deren Ursprung sei. Dies ist auch gar nicht so fernliegend, denn tatsächlich handelt es sich bei dem Strafgrund um das, wovon die Menschheit glaubt, dass es der eigentliche genealogische Ursprung sei. Die Menschen glauben, die Strafe habe ihren Ursprung im freien Willen des Täters, der sich willentlich und wider besseren Wissens gegen Recht und Gesetz gestellt hat. Weil der Täter nach den vernünftigen Gründen hätte handeln sollen, satt sich beliebig zu entscheiden, soll er seine strafrechtliche Schuld bewirkt haben und strafbar sein. Selbst die Frage, weshalb der Täter die vernünftigen Gründe gegenüber der vollendeten Beliebigkeit verworfen hat, darf nicht gestellt werden. Die Tat muss als etwas völlig grund- und herkunftsloses, als etwas ohne Zweck und Motiv erscheinen – die Tat muss „als Wunder“ gedacht werden, das ohne ein Sein dahinter auf die Welt gekommen ist.<sup>21</sup> Dieser geglaubte Ursprung ist nach Nietzsche, auch wenn er es nicht ausschreibt, eine doppelte Fiktion. Zum einen, weil bereits die Annahme des freien Willens falsch ist.<sup>22</sup> Und zum anderen, weil die Zuschreibung des freien Willens als Ursprung der Strafe falsch ist.<sup>23</sup> Doch warum glaubt alle Menschheit an eine doppelte Fiktion? Die Antwort liegt im „metaphysischen Nachtrieb“, mit welchem die Menschheit (unbewusst) versucht die Entstehung aller Dinge zu verherrlichen,

<sup>10</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 2; Thüring, ARSP Beiheft Nr. 77, S. 61.

<sup>11</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 6, 8.

<sup>12</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 6.

<sup>13</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 5.

<sup>14</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 5.

<sup>15</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 5.

<sup>16</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 4, 8.

<sup>17</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 6.

<sup>18</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 8.

<sup>19</sup> Vgl.: Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 4; ebd., Der Wanderer, Nr. 23.

<sup>20</sup> Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Band 11, S. 88 (Grund, der, Umstand, Tatbestand o. Ä., durch den sich jemand bewogen fühlt, etwas Bestimmtes zu tun; svw. „Ursache“); Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Band 25, S. 817 (Zweck, der, im engeren Sinne das, was durch (bewussten) Einsatz bestimmter Mittel in Handlungen geplant und verfolgt wird; Ziel einer Handlung).

<sup>21</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 23.

<sup>22</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 12, 23, 68; vgl.: Ebd., Nachgelassene Fragmente 1883, Gr. 13, Zarathustra's Heilige Gelächter, Nr. 1; ebd., Genealogie der Moral, 1. Abhandlung, Nr. 13.

<sup>23</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 4.

um sie zu rechtfertigen.<sup>24</sup> Doch wird sich zeigen, dass die Rechtfertigung pathologisch ist und nicht taugt.

## 2. Kritik am Strafgrund

Abgesehen davon, dass Nietzsche bereits die Annahme der Willensfreiheit negiert, übt er auch Kritik unter der Prämisse, dass es einen freien Willen gäbe, nachdem er zunächst den Versuch erläutert, die Strafe mittels der Vernunftbegabtheit zu begründen.<sup>25</sup> Diesen Aufbau behalte ich bei und stelle deshalb das Problem des *vernünftig unvernünftigen* Täters dar, welches dann zur eigentlichen Kritik am Strafgrund der Willensfreiheit führt.

Nach Nietzsche befassen sich Rechtssysteme zunächst damit, ob der Täter verantwortlich für seine Taten gewesen ist. Verantwortlich soll er zunächst gewesen sein, wenn er ohne Zwang von seiner Vernunft Gebrauch machen konnte und sich bloß von ihr leiten ließ. Straft man den verantwortlichen Menschen, so straft man ihn, weil er „die schlechteren Gründe den besseren vorzog“.<sup>26</sup> Wenn er andernfalls die besseren Gründe beispielsweise aus „Stumpf- und Blödsinn“ nicht sah, so machte ihn das, in seinem Entschluss zu der pönalisierten Tat, unfrei und mithin unverantwortlich, weil ihm die Wahl gefehlt hatte, seine Vernunft anwenden zu können.<sup>27</sup> Voraussetzung für die Strafe ist mit anderen Worten, dass der Täter die vernünftigeren Gründe absichtlich verleugnet hat. Dies stellte das Rechtssystem vor das Problem, dass sich der Täter unter Anwendung seiner Vernunft für die, die Tat billigenden (unvernünftigen) Gründe, entschieden haben muss. Man sträubte sich allerdings vor der Vorstellung, dass ein vernünftiger Mensch die schlechteren Gründe vorziehen könne – dass er eben *vernünftig unvernünftig* sein könne.<sup>28</sup> Deshalb brauchte es einen anderen Grund den Täter zu strafen. Es brauchte eine Erklärung für die Unvernunft des Täters.

Gefunden wurde die Erklärung wie oben schon dargestellt in der vollendeten Beliebigkeit, eines im Willen freien Täters: „Die Menschen wurden „frei“ gedacht, um gerichtet, um gestraft werden zu können, – um schuldig werden zu können“<sup>29</sup> – *deus ex machina*. Es ist vielleicht bereits ersichtlich, dass dies im Widerspruch zu obiger Prämisse steht, wonach nur ein Täter gestraft werden könne, der „die schlechteren Gründe den besseren vorzog“.<sup>30</sup> Derjenige nämlich, der schlechthin beliebig und willensfrei handelt, zieht keine Gründe vor, *weil er gar keine hat*. Der Täter hat sich zwar wider die besseren Gründe entschieden, wider seine Vernunft, Recht und Gesetz, doch *ohne Grund* und damit *ohne Absicht*.<sup>31</sup> Er hat zwar seine Vernunft aus seinem

freien Willen heraus nicht angewandt, nicht jedoch weil er sie nicht anwenden wollte, sondern umgangssprachlich: *Einfach so*. Man könnte fast sagen: Der Täter handelte nicht nur willensfrei, sondern darüber hinaus *von jedem Willen befreit*, denn seine Freiheit des Willens bedeutet nichts anderes als eine *Freiheit von jedem Willen zu etwas*. Doch welche Auswirkungen hat dies? Denjenigen zu bestrafen, der unter Zwang handelt, sei es vis absoluta oder compulsiva, erscheint unbillig und entgegen jeglicher Rechtsstaatlichkeit – soweit sind sich die Strafrechtsgelehrten einig.<sup>32</sup> Ob nun jemand aber *nicht will* oder *Nichts will*, weil sein freier Wille einem Würfelspiel gleicht, kann und darf nach Nietzsche keinen Unterschied hinsichtlich der Strafbarkeit machen. So kommt Nietzsche zu dem Ergebnis, dass die Anhänger des freien Willens „nach ihren [eigenen] Grundsätzen nicht“ strafen dürfen und hat sie, weil sie gerade den freien Willen als Grund nennen, systemimmanent ad absurdum geführt.<sup>33</sup>

Dies ist aber nur Nietzsches systemimmanente Kritik gewesen. Darüber hinaus greift Nietzsche den freien Willen selbst an. Sofern man erkennt, dass der Mensch bloß „nothwendige Folge“ aller ihn bisher umgebenen Umstände sein kann und sein gegenwärtiges Ich aus ihnen erwachsen ist, gelangt man zu der Erkenntnis, dass seine Wirkungen und Handlungen nicht durch ihn selbst, sondern durch sein Umfeld bestimmt sind. Man begreift den „Irrthum von der Freiheit des Willens“.<sup>34</sup> Da der freie Wille jedoch Grundlage jeder strafrechtlichen Schuld ist, führt dies zu einer radikalen Strafkritik: „Aber geht man auf die Genesis der Schuld ein, so mildert man allmählich die Schuld weg, und dann dürfte es gar keine Strafe geben. Denn im Grunde giebt es eben, bei der Unfreiheit des Willens, keine Schuld.“<sup>35</sup> Es gilt nach Nietzsche vielmehr: „Alles ist Notwendig [...] Alles ist Unschuld“.<sup>36</sup> Freilich lässt sich Nietzsches Kritik nur ein hoher Wert beimessen, sofern man einen Determinismus des Willens annimmt, doch hat sich gerade in jüngster Zeit ergeben, dass dies nicht so abwegig wie bisher angenommen erscheint.<sup>37</sup> Es dürfte zunächst verwundern, dass Nietzsche die Strafe (und Schuld) ganz unabhängig von jeder Willensfreiheit entstanden sieht (vgl. S. 2-3), gleichsam aber schreibt, dass bei einer Unfreiheit des Willens die Schuld und mithin die Strafe gänzlich hinweggemindert würde. Dies ist zunächst ein Widerspruch, der sich aber auflöst: Nietzsche spricht nur von einer solchen Strafe, die ein *Verbrechen gegen den Verbrecher* darstellt. Dies Verbrechen ist die scheinheilig begründete Strafe. Es geht darum, dass der Verbrecher für seine Tat verantwortlich und somit zum „Schuft“ gemacht wird, obwohl er keiner ist. Auf der Grundlage

<sup>24</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 3.

<sup>25</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 23.

<sup>26</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 23.

<sup>27</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 23.

<sup>28</sup> Hier zeigt sich insbesondere die von Nietzsche beschriebene Isolierung der Tat von dem Täter, denn das Sein hinter der Tat zu erkennen, hieße den Täter zu verstehen. Es hieße seine Tat unter Umständen als vernünftig zu billigen. Dass dies ein Tabu darstellt, ist evident. Zudem wird eine Distanzierung der Gesellschaft vom Täter sichtbar, indem ein Exklusivanrecht auf die Vernunft propagiert wird: Einerseits die vernünftige Gesellschaft und andererseits der unvernünftige Täter, vgl.: Nietzsche, Der Wanderer, 28.

<sup>29</sup> Nietzsche, Götzen-Dämmerung, Die vier grossen Irrthümer, Nr. 7.

<sup>30</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 23.

<sup>31</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 23.

<sup>32</sup> Vgl. Schönke/Schröder-Perron, Vorbem. §13, Rn. 38; §38, Rn. 10-11.

<sup>33</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 23.

<sup>34</sup> Nietzsche, Menschliches, Allzumenschliches I, Nr. 39.

<sup>35</sup> Nietzsche, Nachgelassene Fragmente 1876/77, Gr. 23, Nr. 88.

<sup>36</sup> Nietzsche, Menschliches, Allzumenschliches I, Nr. 107; Schild, ARSP Beiheft Nr. 77, S. 109.

<sup>37</sup> Vgl. zur Auseinandersetzung der Strafrechtswissenschaft mit den Ergebnissen der Neurowissenschaft: Günther, Kritische Justiz 2006, S. 126ff. (insb. S. 129-131); Jakobs, ZStW 2005, insb. S. 259ff. (Nach Jakobs müsse gestraft werden, sobald eine Person delinquent, weil es sich bei jeder Person um den Adressat normativer Ordnungen handelt und damit diese in Bezug auf diese Person erwartbar bleiben sowie generell faktisch fortgelten. Dabei bedarf es keiner positiven Willensfreiheit, sondern „nur der Gleichheit des Täters mit den anderen, bestimmt nach den genannten Parametern. Die Person ist nicht verantwortlich, weil sie kommunikativ als im Hintergrund lenkende Kraft dargestellt werden könnte, sondern weil sie, gleich mit den anderen, als das dargestellt wird, was sie tut.“).



aber, dass die Schuld (i.S.d. Willensfreiheit) die Strafe bedingt, darf nicht mehr gestraft werden, wenn es keine Willensfreiheit gibt. Es wird also lediglich eine durch Willensfreiheit begründete Strafe hinweggemindert, sodass die begründungsunabhängige Strafe nicht verfällt. Eine grundsätzliche Kritik am Institut der Strafe folgt erst später.<sup>38</sup>

### 3. Zweck der Strafe

Unabhängig vom Grund der Strafe gibt es noch eine Vielzahl von Zwecken, die mit der Strafe erreicht werden sollen. Es geht wie schon geschrieben darum, *wozu* gestraft wird. Der Großteil Nietzsches Strafzweckabhandlungen findet sich in der Genealogie der Moral, aber insbesondere soweit es um die Zwecke geht, sind seine Gedanken auch in einer Vielzahl anderer Werke und Fragmente zu finden. Deshalb und da seine Gedanken oft von Widersprüchen geprägt sind, ist es umso schwieriger die Strafzwecke einheitlich darzustellen.

### 4. Entstehung eines Strafzwecks

Nach Nietzsche soll es sich bei jeglichem Zweck eines Dings und daher auch bei den Zwecken der Strafe um die Äußerung eines Willens zur Macht handeln. Es wird ein bestehendes Institut wie beispielsweise die Strafe vorgefunden und selbigem wird „der Sinn einer Funktion aufgeprägt“, die dergestalt vorher gar nicht existiert hat.<sup>39</sup> Aufgrund dieser verworrenen „Aufeinanderfolge von [...] Überwältigungsprozessen“ durch einen immer wieder anderen Willen zur Macht ist es „heute unmöglich zu sagen, warum eigentlich gestraft wird.“<sup>40</sup> Exemplarisch dafür ist der Satz: „Die Form ist flüssig, der »Sinn« ist es aber noch mehr.“<sup>41</sup> Zwar wandelt sich mit der Zeit auch die Form der Strafe (man denke an die unterschiedlichsten Varianten aus verschiedenen Ländern und Zeitenaltern), doch ist der Sinn und Zweck das eigentlich wandelbare, wie Nietzsche mit einem bemerkenswert ausführlichen und aktuellen Kanon an Strafzwecken zeigt.<sup>42</sup> Der Zweck (also die schließliche Nützlichkeit) der Strafe ist also als allerletztes Glied ihrer Entstehungsgeschichte zu verstehen, sodass der „Zweck im Rechte“ und dessen eigentlicher Ursprung „toto coelo“ auseinanderliegt.<sup>43</sup>

## 5. Darstellung ausgewählter Strafzwecke

### a) Strafe als Rache

Nietzsche unterscheidet zunächst in zwei Formen der Rache. Eine Form ist dem Selbsterhaltungstrieb geschuldet und zielt nicht unmittelbar auf ein Schädigen ab, sondern bloß auf eine

Schadensbegrenzung. Es handelt sich um eine Gegenwehr, „um noch mit Leib und Leben davonzukommen.“<sup>44</sup> Nietzsche nennt diese Form der Rache „die Angst vor dem zweiten Schlage“.<sup>45</sup> Im Sinne unseres heutigen Sprachgebrauches lässt sich schwerlich von Rache sprechen. Vielmehr handelt es sich bei dieser Form um etwas, das man mit einer Notwehr- oder Notstandshandlung vergleichen kann. Erst Recht handelt es sich bei einem solchen Akt nicht um Strafe und deshalb führe ich diese Racheform auch nicht weiter aus.

Die andere und für diese Arbeit interessantere Form der Rache ist im Grunde das Gegenstück zur ersten Form. Bei ihr kommt es gerade darauf an Schaden zuzufügen, selbst wenn man damit den eigens erlittenen Schaden noch maximiert.<sup>46</sup> Sie wird als Gegenschlag dadurch bestimmt, was dem Rachsüchtigen angetan wurde. Zwar vermag sie einen erlittenen Schaden nicht zu beheben, Eigentum nicht wiederherzustellen oder Tote wieder zum Leben zu erwecken – doch stellt sie die verlorene Ehre wieder her.<sup>47</sup> Dies erklärt auch, weshalb der Rachsüchtige gänzlich unbeeindruckt von möglichen Einbußen handelt: Er will sich durch den Gegenschlag in seiner Ehrhaftigkeit beweisen. In einer zivilisierten Welt aber, in der Gesetze vorherrschen, die das soziale Zusammenleben regeln, kann nicht Jedermann auf sein Racherecht Rückgriff nehmen, weil dies den öffentlichen Strafanspruch und mithin die rechtstaatliche Ordnung tangierte.<sup>48</sup> Der Rachsüchtige will nun deshalb aber nicht auf seine Rache verzichten. Als Ausweg bleibt ihm, die Gerichte anzurufen. Er verlangt Strafe – er verlangt „Strafe als Kompromiß mit dem Naturzustand der Rache“.<sup>49</sup> Erkennt das Gericht schließlich auf eine Strafe, so rächt es im Namen des Geschädigten. Doch bleibt es nicht dabei: Auch im Namen der Gesellschaft nimmt das Gericht qua Strafe Rache. Der Verbrecher hat schließlich, indem er gegen ihre grundlegenden Regeln verstoßen hat, gezeigt, dass er auch sie nicht ehrt.<sup>50</sup> Er ist in diesem Sinne ein „Wortbrüchiger gegen das Ganze, in Bezug auf alle Güter und Annehmlichkeiten des Gemeinlebens, an denen er bis dahin Antheil gehabt hat.“<sup>51</sup>

Diese Ummantelung der Strafe als Rache oder diese *Verstaatlichung der Rache* kann aber nicht vollzogen werden, ohne die Rache ihrer Idee zu entkernen. Im selben Atemzug mit welchem die Rache Zweck einer Strafe genannt wird, ist die Rache selbst ihres Zweckes beraubt. Was bleibt, ist ein sich selbst irreführender und mithin pathologischer Rechtfertigungsversuch. Dies basiert auf folgenden Überlegungen Nietzsches: Zum einen handelt der Staat kühl und wohlüberlegt statt wie der Rachsüchtige im Affekt.<sup>52</sup> Zum anderen nimmt der Staat der Rache das für die Wiederherstellung der Ehre ursächliche Element – nämlich das archaische.<sup>53</sup> Er nimmt ihr „das freiwillige Preisgeben des Lebens, die Gefährlichkeit um der Ehre willen.“<sup>54</sup> Letztlich setzt

<sup>38</sup> Vgl. dazu: Schild, ARSP Beiheft Nr. 77, S. 109; Nietzsche, Menschliches, Allzumenschliches I, Nr. 66; ebd., Nachgelassene Fragmente 1876, Gr. 18, Nr. 51.

<sup>39</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 12.

<sup>40</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 12.

<sup>41</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 12.

<sup>42</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 13.

<sup>43</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 12.

<sup>44</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 33.

<sup>45</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 33.

<sup>46</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 33.

<sup>47</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 33.

<sup>48</sup> Vgl. Lüderssen, S. 44ff.; Hassemer, S. 106f., 254f.; Günther, WestEnd 2005, S. 131.

<sup>49</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 13.

<sup>50</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 33.

<sup>51</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 9.

<sup>52</sup> Nietzsche, Nachgelassene Fragmente 1883, Gr. 7, Nr. 55.

<sup>53</sup> Vgl. dazu: Gschwend, ARSP Beiheft Nr. 77, S. 136f.

<sup>54</sup> Nietzsche, Nachgelassene Fragmente 1883, Gr. 7, Nr. 55; vgl. dazu: Ebd., Nachgelassene Fragmente 1875, Gr. 9, Nr. 1 („Gerade die Feigheit und die Ohnmacht pflegen in Auffindung sogenannter „Strafgerichte“ am glücklichsten zu sein. Es ist eine widerwärtige Konsequenz der Rache, die Ereignisse im Sinne einer vermeinten Gerechtigkeit zu deuten.“).

Strafe ein öffentliches Anklagen voraus, was wiederum im Widerspruch mit dem edlen, noblen – ehrhaften und deshalb *schweigend* Leidenden steht und bietet mithin lediglich dem „unnobel denkenden Verletzten eine Genugthuung“.<sup>55</sup> Schließlich ist Rache als Zweck nur noch eine bedeutungslose Hülle der Strafe.

### b) Strafe als Weckruf des Schuldgefühls

Ein weiterer und von Nietzsche ausführlich diskutierter Strafzweck, ist das Hervorrufen des Schuldgefühls durch die Strafe. Im Täter soll mittels der Prozeduren vor Gericht und im Strafvollzug das schlechte Gewissen hervorgerufen werden. Dieser Zweck ist allgemein vorherrschend und die „kräftigste Stütze“ im Glauben an die Strafe.<sup>56</sup>

Doch wird selbiger Strafzweck bei genauer Betrachtung nicht nur verfehlt, sondern darüber hinaus durch sämtliche Prozeduren die das „Gefühl der Schuld im Schuldigen aufzuwecken“ vermögen sollen, verhindert: Gerade die Handlungen, die dem Täter vorgeworfen werden, sieht er jetzt unter dem Deckmantel der Gerechtigkeit von Seiten der Justiz verübt und kann daher gar nicht anders, als zu glauben, dass seine Taten damit erst Recht legitimiert waren.<sup>57</sup> Warum schließlich sollten die Staatsgewalten dazu ein Recht haben und ich nicht, fragt sich der Täter. Stattdessen erreicht die Strafe eine „Verschärfung der Klugheit“.<sup>58</sup> Der einmal erwischte und bestrafte Täter wird sich in Bezug auf seine zurückliegende Tat denken „hier ist etwas unvermutet schiefgegangen“ und deshalb in Zukunft „vorsichtiger, mißtrauischer, heimlicher zu Werke gehn“.<sup>59</sup> Nicht aber wird er qua Strafe tatsächliche Reue empfinden.

### c) Strafe als Ausgleich für Vorteile

Einen weiteren Zweck der Strafe kann man darin erkennen, dass sie einen Ausgleich für die Vorteile, welche sich der Verbrecher genommen hat, darstellen soll.<sup>60</sup> Interessant ist, dass dieser Strafzweck Ähnlichkeiten mit der Strafgenealogie aufweist. Ging es in der Genealogie hingegen noch um den Ausgleich zivilrechtlicher Schulden zwischen *zwei* Personen als Genesis der Strafe (vgl. S. 2f.), so ist hier ein Ausgleich des sich selbst bevorteilenden Täters mit der Gesellschaft als Ganzes gemeint. Strafe soll demnach gegen das „Uebergewicht, das sich jeder Verbrecher zuspricht“ und durch das er das Gleichgewicht vorheriger Machtverhältnisse gestört hat, ein Gegengewicht aufstellen, welches das Ungleichgewicht ausgleicht.<sup>61</sup> Dieser Ausgleich ist jedoch nicht dem Wortlaut nach als ausgleichende Gerechtigkeit zu verstehen (diese ist, wie schon gesagt, in der Strafgenese zu suchen), sondern vielmehr als Aufrechterhaltung einer bisherigen (gerechten) Verteilungsordnung.

Nietzsche selbst führt diesen Strafzweck zwar nicht explizit weiter aus, doch ändert dies nichts daran, dass es sich lohnt, sich kritisch mit ihm auseinanderzusetzen. Zunächst ist einzuwenden, dass das Mehr, was sich der Täter herausgenommen hat, nur symbolisch mit der ihm auferlegten Strafe verrechnet werden kann.<sup>62</sup> Das auferlegte Ziel der Wiederherstellung einer gerechten Verteilungsordnung kann also von vornherein nicht tatsächlich, sondern bloß symbolisch erreicht werden und büßt mithin erheblich an Legitimation ein. Zum anderen ist dieses angebliche Mehr, dass sich der Täter zuspricht, die bloße Projektion einer *an sich* ungerecht empfundenen Verteilungsordnung auf einen Einzelnen.<sup>63</sup> Je benachteiligter sich ein Teil der Gesellschaft empfindet, umso stärker wird das punitive Ressentiment gegen den Täter sein, das es entwickelt. Dabei ist nichts anderes als der Neid auf den Täter – der Neid, dass sich ein anderer getraut hat, während man selbst zu schwach war – der Grund, dass sich das Ressentiment stellvertretend gegen einen Einzelnen richtet und nicht gegen die Verteilungsordnung an sich.<sup>64</sup> Gegen den starken Staat sich zu wenden, fühlt sich die strafende Gesellschaft nämlich zu schwach. Der Täter – nach Nietzsche „der Sündenbock“ der Gesellschaft – wird somit zu nichts anderem, als dem „Opfer der Schwachen, Gedemüthigten, Herabgestimmten, welche irgend woran sich beweisen wollen, dass sie noch Stärke haben“.<sup>65</sup>

### d) Strafe als Bestrafung der Gesellschaft

Mit dem letzten „Zweck“ der Strafe den ich diskutieren möchte, zeigt sich abermals Nietzsches Aktualität sowie seine bemerkenswert frühen Erkenntnisse über die Psychoanalyse. Nietzsches Kernaussage ist, dass sich die Gesellschaft mit jeder Bestrafung eines Einzelnen, ihrer selbst straft. Sie straft einen einzelnen als Sündenbock *für ihre eigene Schuld*, die sie empfindet, weil die Einhaltung der Sitten, die ihr Grundfest bildet und ihr obliegt, zu locker geworden ist und sie deshalb die Tat nicht zu verhindern wusste.<sup>66</sup> Weiter denken lässt sich diese „Strafrechtfertigung“ als Versuch das Vertrauen „in die Unverbrüchlichkeit der Norm“ zu schützen oder wiederherzustellen, aber auch nach innen hin als Bekräftigung der eigenen Sittlichkeit.<sup>67</sup> Die Gesellschaft versucht letztlich nichts anderes, als sich qua Bestrafung eines Sündenbocks selbst zu bessern.<sup>68</sup>

## III. Strafzumessung

Der Umstand, dass sich Strafe kein eindeutiger und legitimer Zweck zuordnen lässt und der Begriff der Strafe mithin beliebig ist, spiegelt sich auch in der Strafzumessung wieder. Selbige ist mindestens genauso willkürlich wie der Zweck im Strafen.<sup>69</sup> Ganz anders nämlich als behauptet wird, wird Strafe nicht nach der Schuld bemessen, die dem Täter zukommt. Dies basiert auf

<sup>55</sup> Nietzsche, Nachgelassene Fragmente 1883, Gr. 7, Nr. 55.

<sup>56</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 14.

<sup>57</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 14.

<sup>58</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 15.

<sup>59</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 15.

<sup>60</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 13.

<sup>61</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 22.

<sup>62</sup> Günther, WestEnd 2005, S. 137.

<sup>63</sup> Günther, WestEnd 2005, S. 137.

<sup>64</sup> Günther, WestEnd 2005, S. 137;

vgl. Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 10.

<sup>65</sup> Nietzsche, Morgenröthe, Zweites Buch, Nr. 140; Viertes Buch, Nr. 252.

<sup>66</sup> Nietzsche, Morgenröthe, Erstes Buch, Nr. 9; ders. Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 2.

<sup>67</sup> Günther, WestEnd 2005, S. 139.

<sup>68</sup> Vgl. dazu: Nietzsche, Fröhliche Wissenschaft, Drittes Buch, Nr. 219 („Zweck der Strafe. – Die Strafe hat den Zweck, Den zu bessern, welcher straft, – das ist die letzte Zuflucht für die Vertheidiger der Strafe.“).

<sup>69</sup> Vgl. Bung, ZStW 2007, S. 131.

folgender Überlegung Nietzsches: Straft man einen Menschen, so straft man eine vergangene Tat – man straft den Menschen *für seine Vergangenheit*. Wenn nun über die Strafzumessung entschieden werden muss, so wird ein wenig weiter in die Vergangenheit geblickt und danach gefragt, unter welchen (Lebens-)Umständen die Tat geschah. Je nachdem wird dies dem Täter angelastet oder angerechnet.<sup>70</sup> Dieses gängige Verfahren wird von Nietzsche in doppelter Hinsicht angegriffen: Zum einen ist es fehlerhaft, dass dem mustergültigen Bürger seine Lebensweise positiv angerechnet wird, während dem Gewohnheitstäter seine Lebensweise negativ angelastet wird. Es dürfe nicht die „frühere Nützlichkeit“ gegen „einmalige Schädlichkeit“ aufgerechnet und andermal die „frühere Schädlichkeit zur gegenwärtig entdeckten addirt“ werden.<sup>71</sup> Es müsse vielmehr andersherum sein. Gerade weil der Gewohnheitstäter gewohnheitsmäßig handelt und seine Hemmschwelle dementsprechend niedrig ist, ist seine Schuld geringer anzusetzen. Gerade weil der musterhafte Bürger sonst so musterhaft handelt, muss seine Gesinnung, die ihn zur Tat getrieben hat, eine besonders schuldhaft sein und umso mehr sticht die Tat aus seinem sonstigen Leben heraus.

Zum anderen ist nach Nietzsche das System der Anrechnung einer vorherigen Lebensweise *schlechthin* falsch. Dies fußt auf dem Argument, dass es inkonsequent sei, den Täter für die vergangene Tat sowie die unmittelbaren Umstände vor der Tat zu strafen, jedoch nicht weiter zurückzublicken und das gesamte Leben des Täters nachzuvollziehen. Vielmehr müsse der strafende Richter auch die Vergangenheit berücksichtigen, welche die zu bestrafende Vergangenheit bedingt, wenn er nicht willkürlich handeln will.<sup>72</sup> Kennt der Richter allerdings den gesamten Lebenslauf des Täters, so *verstehen* er plötzlich, warum es zur Tat kam. Weil der Richter die Tat plötzlich versteht, staunt er nicht mehr, weil er nur staunt, wenn ihm die Tat als etwas Unbegreifliches erscheint. Gerade das Maß für die Strafzumessung – das Erstaunen des Richters über die Tat – wird nun aufgehoben, denn je mehr man über die Lebensumstände des Täters weiß, umso schwieriger ist es, die individuelle Verantwortlichkeit festzustellen.<sup>73</sup> Schließlich mildert das bisherige Leben des Täters sämtliche Strafe hinweg. Stattdessen wird sich der Richter jetzt zu der Bekenntnis durchringen müssen: „[der Täter] musste so handeln, wie er gehandelt hat; wir würden, wenn wir strafen, die ewige Nothwendigkeit bestrafen.“<sup>74</sup> Es lässt sich sagen: „*Alles verstehen heißt alles verzeihen*.“<sup>75</sup> Da die strafende Gesellschaft jedoch nicht ansatzweise den Drang verspürt, ihr liebstes Institut aufzugeben, fordert Nietzsche von ihr wenigstens die konsequente und denklöge Schlussfolgerung jegli-

che Privilegierung oder Qualifizierung einer Tat durch die vorherigen Umstände aufzugeben und zu dekretieren: „keine That hat eine Vergangenheit.“<sup>76</sup>

#### IV. Kritik der Strafe an sich

Nachdem Nietzsche die Strafe bereits auf den verschiedensten Ebenen (sei es ihr Grund, Zweck oder das Problem der Zumessung) aus den verschiedensten Gründen kritisiert hat, folgt von mir noch eine Darstellung seiner *Kritik der Strafe an sich*. Damit bezeichne ich eben jene Kritik, die sich nur schwer in ein Gesamtbild einordnen lässt, bloß singulär in seinen Werken auftritt und das Institut der Strafe grundlegend angreift.

##### 1.

Nietzsche erkennt Strafe (aber auch das Recht schlechthin) als Moment, dass die Entwicklung des Besonderen verhindert. Strafe ist nichts anderes als Mittel zum Zweck der Erhaltung des „Vorrechts der Meisten“, wodurch der besondere, einzigartige – und gerade deshalb *bessere* Mensch im Akt seiner Entfaltung (seinem Willen zur Macht) diffamiert wird.<sup>77</sup> Besonders eingängig wird dies, wenn Nietzsche schreibt, den besonderen Menschen ängstigt das Gesetz, „wie ein Leichnam einen Lebendigen“.<sup>78</sup> Einerseits der lebendige Mensch, vor Energie und Wille sprudelnd, vom Tatendrang kaum zu bremsen – im Gegensatz zum toten, nicht einmal Nichts nicht wollenden Menschen. Andererseits das Jenseits des Rechts, das Recht schöpfen und setzen – im Gegensatz zum Ressentiment des Gesetzes.

##### 2.

Die nun folgende Kritik ist verwandt mit obiger; nicht nur weil Strafe das Höhere verhindert, kritisiert sie Nietzsche, sondern auch, weil sie durch ihren ressentimentalen Charakter ein Ausdruck von Schwäche ist. Je schwächer eine Gesellschaft ist und je gefährdeter sie sich fühlt, umso mehr pervertiert das Strafrecht in eine ausufernde Form der Unterdrückung alles Andersartigen, denn unter „der Herrschaft der Sittlichkeit der Sitte hat die Originalität jeder Art ein böses Gewissen bekommen“.<sup>79</sup>

##### 3.

Darüber hinaus greift Nietzsche die Vernunftwidrigkeit der Strafe an, welche darin besteht, dass geglaubt wird, Strafe sei eine nach dem Kausalitätsprinzip unausweichliche Wirkung einer Ursache.<sup>80</sup> Die begangene Tat stellt nach dem Glauben der Menschheit die Ursache dar, während Strafe die darauffolgende kausale Wirkung sein solle. Die Vernunftwidrigkeit besteht gerade darin, dass Strafe eine bloß vom Menschen hinzugedichtete

<sup>70</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 28.

<sup>71</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 28.

<sup>72</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 28.

<sup>73</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 24; vgl. Bung, ZStW 2007, S. 132.

<sup>74</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 24.

<sup>75</sup> Tolstoj, Krieg und Frieden, Erster Teil, Nr. 28;

Bung kritisiert diese Sichtweise, indem er argumentiert, dass: „Verantwortungsübernahme für die eigenen Gründe als Muster einer Verantwortungsübernahme für das dienen kann, was man aufgrund dieser Gründe getan hat.“ Dabei erkennt Bung jedoch den Einwand, den Nietzsche daraufhin entgegen würde: Gerade selbige Gründe, aufgrund dessen die Tat begangen wurde, sind ebenfalls determiniert und bedingt durch die bisherige

Lebensführung des Täters sowie durch die Umstände, welche wiederum die *condicio* dieser Lebensführung sind. Darauf hat der Täter keinen Einfluss und mithin ist ihm daher auch kein von ihm übernommener (Beweg-) Grund anzulasten, vgl.: Bung, ZStW 2007, S. 133.

<sup>76</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 28.

<sup>77</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 1. Abhandlung, Nr. 16.

<sup>78</sup> Nietzsche, Morgenröthe, Erstes Buch, Nr. 14.

<sup>79</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 1. Abhandlung, Nr. 10; *ebd.*, Morgenröthe, Erstes Buch, Nr. 9.

<sup>80</sup> Nietzsche, Morgenröthe, Erstes Buch, Nr. 13.

Wirkung ist die auf keiner natürlichen Kausalität beruht. Vielmehr ist die kausale Wirkung einer Tat die Verletzung eines anderen. Strafe hingegen stellt dann nur noch eine weitere Verletzung ohne Kausalitätszusammenhang dar. Dabei ist sie nicht weniger zu tadeln, als das eigentliche Verbrechen; „im Gegenteil, sie beschmutzt mehr, als das Verbrechen selber“<sup>81</sup>, denn im Gegensatz zum eigentlichen Täter handelt der Richter kalt und berechnend.<sup>82</sup> Nicht zuletzt fußt dieses Argument in einer Kritik der Strafgleichung. Statt wie propagiert, löst Strafe ein begangenes Unrecht *nicht* nach folgender Gleichung auf:  $x - y = 0$  (Tätersicht) oder  $-x + y = 0$  (Opfersicht).<sup>83</sup>

Sondern vielmehr ist bei Äquivalenz von Tat und Strafe davon auszugehen, dass das Gesamtunrecht durch die Strafe bloß maximiert wird – auf das Leid qua Tat hin wird das Leid qua Strafe addiert:  $-x - y \neq 0$ . Die Lösung liegt in Nietzsches Vorschlag von der Strafe abzusehen und stattdessen vom Täter, abgemessen nach seiner Tat, Gutes zu verlangen.<sup>84</sup> Es wird nun eine Übeltat und eine Wohltat addiert, die sich gegenseitig aufheben. Anders als bei Strafe geht es hier nicht darum, dem Wohl des Täters ein Übel zufügen zu wollen, um Gleichgewicht herzustellen, sondern das durch den Täter entstandene Übel qua Wohltat aufzuwiegen. Dies deckt sich mit der Äußerung Nietzsches, wenn dieser schreibt: „Keine That kann vernichtet werden: wie könnte sie durch die Strafe ungethan werden!“<sup>85</sup>

#### 4.

Letztlich setzt sich Nietzsche noch aus einem mittelbaren Zweck gegen die Strafe ein: Die Abschaffung selbiger setzt nämlich einen Zustand voraus, in dem sich die Gesellschaft nicht mehr fürchtet. Fürchtet sich die Gesellschaft nicht mehr, so schafft sie nebst der Strafe deren *Grundlage* ab – ihre moralischen Empfindungen.<sup>86</sup> Sie schafft ihre Moral ab, weil sie für ihr Bestehen nicht mehr Notwendig ist. Es handelt sich um die Moral des Ressentiments – eine Moral, die das Andere, Einzelne – ja *Besondere* verleumdet und wodurch das Herdentier – das *maximale Mittelmaß* – an Achtung gewinnt. Wird die Strafe abgeschafft, so bedeutet dies nichts anderes als, dass ein Stadium erreicht wurde, in dem es das schwache Herdentier *nicht mehr für nötig hält*, den Raubvogel zu diskreditieren. Dieses erreichte Stadium, in dem sich die Moral der Schwachen selbst abgeschafft hat, bietet nun Platz für Neues – Platz für eine *bessere* Moral.<sup>87</sup>

## V. Alternativen der Strafe

Aus der bis hier hin vorgetragenen Kritik an der Strafe, zieht Nietzsche einen radikalen Schluss und entwickelt eine mögliche

Zukunft, in der das Institut Strafe nur gemäßigt, anders, oder an sich nicht mehr vorkommt. Diese verschiedenen Möglichkeiten werde ich im Folgenden erläutern.

### 1. Gnade

Die Konzeption der Gnade ist im Grunde keine mögliche Zukunft, die sich Nietzsche vorstellt, sondern eine von ihm vorgeschlagene Option für die Gegenwart. Gnade stellt eine Option für eine Gesellschaft dar, die noch nicht bereit ist, das Institut der Strafe gänzlich abzuschaffen, aber in Einzelfällen darauf verzichten kann. Der Geschädigte muss stark genug sein, um sich sagen zu können: „Was gehen mich eigentlich meine Schmarotzer an?“<sup>88</sup> Als dann wird er sich den vornehmsten Luxus gönnen können und seinen Schädiger straflos lassen. Die Gerechtigkeit der ersten Stufe wird in diesem Falle für nicht *nötig* gehalten und endet „sich selbst aufhebend“.<sup>89</sup> Was interessiert es schließlich den Milliardär, wenn seine Brieftasche gestohlen wird?

Die ungeheure Machtdemonstration desjenigen, der die Gnade ausübt, ist nicht zu übersehen.<sup>90</sup> Doch kann man sogar noch weiter gehen und den Akt der Gnade als eine *außerordentliche Verachtung* des Schädigers auffassen. „Du bist es nicht wert von mir *vergewaltigt zu werden*“ – wird der Gnädige sagen können.<sup>91</sup> Der Schädiger hingegen wird sich schämen, denn er weiß, dass er diese Gnade nicht verdient hat und dass es gerecht wäre, ihn zu strafen.<sup>92</sup> An anderer Stelle schreibt Nietzsche deshalb: „Eine kleine Rache ist menschlicher, als gar keine Rache.“<sup>93</sup>

Freilich steht dieser Gnadenakt als Selbstaufhebung der Gerechtigkeit unter dem Vorbehalt, dass der Geschädigte überhaupt ein Recht zum Beschuldigen und Strafen hat. Dieses Recht hat er natürlich nicht, denn was der Täter tat, geschah *einfach so* – und so ist auch eigentlich „Gnade-üben [...] für den Vernünftigsten ein unmögliches Ding.“<sup>94</sup> Dies ist die logische Fortsetzung Nietzsches Kritik am Indeterminismus.

### 2. Selbstbestrafung

Eine vom Autor geäußerte Frage im Seminar war, ob man sagen könne: Der Täter verdient Strafe nicht nur weil er ein Schuldner (im Sinne eines Schuldners gegen die Gemeinschaft) ist, sondern, dass er sie aus selbigem Grund auch wahrhaftig

<sup>81</sup> Nietzsche, Morgenröthe, Viertes Buch, Nr. 236.

<sup>82</sup> Vgl. dazu: Nietzsche, Nachgelassene Fragmente 1883, Gr. 7, Nr. 55; *ebd.*; Zarathustra I, Vom Biss der Natter.

<sup>83</sup>  $x$  stellt dabei das Mehr dar, welches sich der Täter selbst zuspricht (einem Anderen genommen wurde),  $y$  dasjenige, was ihm qua Strafe genommen wird (der Andere durch die Strafe an Wohlgefühl empfindet) und 0 steht für das vorherige gerechte Gleichgewicht.

<sup>84</sup> Nietzsche, Nachgelassene Fragmente 1879, Gr. 42, Nr. 9 („Schaden wieder gut machen – etwas Anderes. Möglichst viel Nutzen erweisen, nachdem man Schaden gethan hat.“).

<sup>85</sup> Nietzsche Zarathustra II, Von der Erlösung.

<sup>86</sup> Nietzsche, Jenseits von Gut und Böse, Fünftes Hauptstück, Nr. 201.

<sup>87</sup> Nietzsche, Jenseits von Gut und Böse, Fünftes Hauptstück, Nr. 201; vgl. allgemein dazu: *Ebd.*, Genealogie der Moral, Vorrede, Nr. 6-7.

<sup>88</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 10.

<sup>89</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 10.

<sup>90</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 34.

<sup>91</sup> Vgl. dazu: Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 50; Nr. 259; *ebd.*, Nachgelassene Fragmente, Gr. 41, Nr. 57 („Gnade ursprünglich ein Zeichen der Verachtung.“).

<sup>92</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 69.

<sup>93</sup> Nietzsche, Zarathustra I, Vom Biss der Natter.

<sup>94</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 68.

will. Dieser Gedanke kam mir bei der vielfachen Lektüre Nietzsches in Verbindung mit Loicks Text „Römische Subjekte“.<sup>95</sup> Er basiert auf der Erkenntnis, dass Nietzsches Konzeption eines Vertrages nicht bloß rein instrumenteller Natur ist, sondern vielmehr den Willen und den Willen fortzuwollen, in Bezug auf die Erfüllung desselbigen, beinhaltet. *Weil* ich eine Leistung empfangen will, will ich den Vertrag meinerseits selbst erfüllen. Das Erfüllen des Vertrages bekommt nämlich einen eigenen Wert – es bekommt den Wert der Leistung, die empfangen werden soll.<sup>96</sup>

Diese Vorstellung von Schuldner, Gläubiger und Vertrag lässt sich nun ausweiten und zwar in der Hinsicht, wie es der Autor mit seiner geäußerten Frage getan hat: Der Gestrafte *will* die Strafe, weil die Strafe das äquivalente Surrogat der Leistung darstellt, die er nicht erbringen kann, aber erbringen wollte und *fortwill*. Dieser Gedanken erhärten sich dadurch, dass Nietzsche an anderer Stelle selbst von einem „Verbrecher einer möglichen Zukunft“ schreibt, der sich selbst straft.<sup>97</sup> Indem er sich selbst straft, erhebt er sich über seine Tat und begleicht aus seinem Willen zum Fortwollen und aus einer ungeheuren Position der Macht heraus seine Schuld. Dies setzt einen Menschen voraus, der sich auch im Momente der Pein nicht selbst widersprechen mag, indem er der Strafe entkommen will und mithin sein Gedächtnis des Willens bewahrt. Ein solcher Täter macht sich dadurch selbst zu einem Gesetzgeber – er handelt in vollkommener Autonomie. Er macht *seinen Willen* und *sein versprochenes Fortwollen* zum Gesetz. Dabei handelt es sich wohl gemerkt um ein außergewöhnliches Vorrecht, welches erst in ferner Zukunft zu erblicken ist.<sup>98</sup>

### 3. Konzeption einer strafrechtsfreien Gesellschaft

Nietzsches radikale Kritik am freien Willen, der strafrechtlichen Schuld sowie der Strafe mündet letztlich in der Konzeption einer strafrechtsfreien Gesellschaft. Diese Gesellschaft der Zukunft muss so stark und reich sein, dass sie sich durch kein, ihr angetanes Vergehen, fürchten muss.<sup>99</sup> Dies ist ihre Voraussetzung: Sie muss frei von jeglicher Angst sein, damit sie ihre Moral der Angst und mithin ihr Strafrecht, abschaffen kann.<sup>100</sup> Solange sie jedoch Angst empfindet, dürstet es ihr nach Sicherheit, die sie durch Strafe zu erreichen sucht. Im Grunde ist diese Konzeption um nichts anderes als die Ausdehnung des Gnadenaktes im Einzelnen auf das Gesamte. Die strafrechtsfreie Gesellschaft ist mithin nicht passiv und mitleidig gegenüber einem Vergehen – sie ist vielmehr *aktiv* Macht äußernd, indem sie gerade nicht in einen blinden Reaktionismus gegen ihren Schädiger verfällt.<sup>101</sup> Nietzsche geht sogar so weit und hält es für ein maßgebliches Kriterium, wie viele Parasiten eine Gesellschaft ertragen könne, um zu beurteilen, wie stark sie sei.<sup>102</sup>

### C. Schluss

Ziel dieser Arbeit war Nietzsches vielfältige Abhandlungen über die Strafe zu systematisieren und in einheitlich zusammenzutragen. Dies scheint nicht in der Art und Weise gelungen, wie es angedacht war. Das mag vor allem daran liegen, dass sich die Nietzsche Lektüre um ein vielfaches komplexer herausgestellt hat, als zu Beginn angenommen. Dennoch scheint es, als hätten zumindest einzelne Teilaspekte immer wieder gut herausgearbeitet werden können, auch wenn sich diese nicht zu einem solch geschlossenen System haben zusammentragen lassen, wie erhofft.

Was den Inhalt Nietzsches Abhandlungen angeht, so überrascht es, wie gut sich diese mit aktueller Strafrechtswissenschaft verträgt. Dennoch bleiben trotz der konsequent vorgetragenen Kritik Nietzsches an der Strafe einige Zweifel an dieser Kritik. Zum einen ist nicht gesagt, dass seine Kritik am Indeterminismus zwingend richtig ist und zum andern sind die von Nietzsche propagierten Folgen des Determinismus für die Strafe ebenfalls nicht unumstößlich.<sup>103</sup> Darüber hinaus muss man gestehen, dass trotz aller valider Argumente und Einwände gegen die Strafe Restzweifel bleiben. Diese sind zwar auch durch die Radikalität Nietzsches Kritik begründet, aber vielmehr geht es mir um jene Zweifel, die bleiben, obwohl sie *nicht* begründet sind: Man denke sich, eine nahestehende Person werde Opfer einer Straftat gegen das Leben. Was will man? – Strafe. Man denke sich hinzu, dass dieser Fall so absurd ist, dass kein Strafzweck zur Rechtfertigung greift. Ändert dies etwas? – Nein. Was will man? – Strafe. Die meisten Menschen jedenfalls können nicht behaupten, trotz der Irrationalität in einem solch gelagerten Falle, keine Strafgelüste zu empfinden. Dies ist der eigentliche Pudels Kern: Strafe erscheint trotz der Irrationalität als unausweichliche Folge auf eine Straftat, trotz des Wissens, dass diese keinerlei Mehrwert für den Geschädigten oder das Umfeld bringt, außer den „*Genuss in der Vergewaltigung*“.<sup>104</sup> — Kein Zweck. — Kein Grund. Keine verlogenen Rechtfertigungen. — Diesbezüglich hatte Nietzsche Recht.<sup>105</sup> Und diesem gilt es zu widerstehen.

*\*Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt. Die vorliegende Seminararbeit entstand im Rahmen des Blockseminars „Genealogie Schuld und Recht bei Nietzsche und Foucault“, betreut von Herrn Professor Dr. Klaus Günther (JWG-Universität, Frankfurt) und Herrn Professor Dr. Gerhard Gamm (TU-Darmstadt, Darmstadt) in Manigod (Haute-Savoie), Frankreich.*

<sup>95</sup> Vgl. dazu: Nietzsche, Genealogie der Moral, 1. Abhandlung, Nr. 4; Loick, ARSP 2014, S. 59.

<sup>96</sup> Loick, ARSP 2014, S. 59.

<sup>97</sup> Nietzsche, Morgenröthe, Drittes Buch, Nr. 187; Fünftes Buch, Nr. 437.

<sup>98</sup> Nietzsche, Morgenröthe, Drittes Buch, Nr. 187.

<sup>99</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 10-11.

An dieser Stelle wäre es interessant, zu thematisieren, welcher Natur diese Angst sein muss, die imstande ist, die straffreie Gesellschaft zu obstruieren.

ren: Langt die bloß neurotische Angst weniger vor unbegründeten Gefahren aus, oder muss eine tatsächliche Realangst einiger vorliegen, vgl.: Frankenberg, WestEnd 2006, S. 55ff.

<sup>101</sup> Loick, ARSP 2014, S. 71f.; Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 10.

<sup>102</sup> Nietzsche, Morgenröthe, Drittes Buch, Nr. 202.

<sup>103</sup> Vgl.: Günther, Kritische Justiz 2006, S. 126ff.; Jakobs, ZStW 2005, S. 259ff.

<sup>104</sup> Nietzsche, Genealogie der Moral, 2. Abhandlung, Nr. 5.

<sup>105</sup> Nietzsche, Der Wanderer, Nr. 33.

# Unternehmerische Entscheidungen im Aufsichtsrat

Jakob Nicola\*

## A. Einleitung

Die Unternehmensführung muss das Unternehmen gestalten, lenken und entwickeln<sup>1</sup>. Diese Entscheidungen sind Geschäftsführungsentscheidungen, die oft unter Risiko getroffen werden<sup>2</sup>. Der Vorstand leitet die Aktiengesellschaft gem. § 76 I AktG in eigener Verantwortung. Durch die Geschäftsführungsbefugnis nach innen und die Vertretungsmacht im Außenverhältnis übt er die zentrale Unternehmerfunktion aus<sup>3</sup>. Die Kernaufgaben des Aufsichtsrats sind gem. §§ 84 I, 111 I AktG Bestellung und Überwachung des Vorstandes<sup>4</sup>. Aber er trifft auch Entscheidungen, bei denen ihm die gleiche Gestaltungskompetenz wie dem Vorstand zusteht<sup>5</sup>.

Wenn der Aufsichtsrat seine Pflichten verletzt, ist er der Gesellschaft gem. § 116 AktG i.V.m. § 93 II 1 zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Bei unternehmerischen Entscheidungen bietet die Business Judgment Rule gem. § 116 i.V.m. § 93 I 2 einen „sicheren Hafen“<sup>6</sup>. Die Unterscheidung zwischen unternehmerischen und nicht-unternehmerischen Entscheidungen ist im Hinblick auf nachträgliche Kontrollmaßnahmen und die rechtliche Bewertung von Sachverhalten bei unklarer Rechtslage schwierig. Letzteres ist aufgrund des sog. Cum-Ex-Skandals besonders aktuell. Da der Aufsichtsrat bei einer unternehmerischen Entscheidung in einem Bereich tätig wird, der sonst gem. § 111 IV 1 AktG dem Vorstand vorbehalten ist, könnte ein besonders hoher Informationsstandard erforderlich sein. Da unternehmerische Entscheidungen des Aufsichtsrats in der Praxis häufig bei Unternehmenskäufen gefragt sind<sup>7</sup>, soll auf diesen besonders eingegangen werden. Schließlich wird auf die Frage eingegangen, ob die Informationspflichten des Aufsichtsrats die Einführung eines Berufsaufsichtsrats nahelegen.

## B. Die unternehmerische Entscheidung

### I. Planungs- und Prognosecharakter

Da die Business Judgment Rule nur auf unternehmerische Entscheidungen des Aufsichtsrats anwendbar ist, müssen unternehmerische Entscheidungen von nicht-unternehmerischen Entscheidungen abgegrenzt werden<sup>8</sup>. Unternehmerische Entscheidungen beruhen auf Planungen und Prognosen, sind zukunftsgerichtet und nicht rechtlich gebunden<sup>9</sup>. Demnach trifft der Aufsichtsrat eine unternehmerische Entscheidung unter anderem bei der Bestellung und Abberufung des Vorstandes gem. § 84 I 1 AktG<sup>10</sup> und bei der Unterbreitung von Wahlvorschlägen gem. § 124 III AktG sowie bei der Erteilung des Prüfungsauftrags gem. § 111 II 3 AktG.<sup>11</sup> Wenn er bei der Aufstellung des Jahresabschlusses gem. § 58 II AktG mitwirkt und Bilanzwahlrechte ausübt und einen Vorschlag über die Gewinnverwendung unterbreitet, handelt er ebenfalls unternehmerisch<sup>12</sup>.

Überwachungsmaßnahmen des Aufsichtsrats können ebenfalls unternehmerische Entscheidungen sein. Der DCGK empfiehlt in Ziff. 3.3 Zustimmungsvorbehalte nach § 111 IV 2 AktG für „Geschäfte von grundlegender Bedeutung“. Der Aufsichtsrat soll den Vorstand hier präventiv durch eine eigene unternehmerische Entscheidung kontrollieren. Da auch bei seiner nachträglichen Kontrolltätigkeit bestehen Beurteilungsspielräume,<sup>13</sup> bei denen es sich ebenfalls um unternehmerische Entscheidungen handeln könnte<sup>14</sup>.

Ein weiteres zentrales Unterscheidungskriterium für die unternehmerische Entscheidung ist nach dem Willen des Gesetzgebers die fehlende rechtliche Gebundenheit<sup>15</sup>. Fälle, in denen noch keine klare Rechtslage besteht, sind daher problematisch. Grundsätzlich ist daher zu klären, wie weit das unternehmerische Ermessen des Aufsichtsrats reicht.

### II. Reichweite des unternehmerischen Ermessens

#### 1. Trennung unternehmerisches Ermessen und

<sup>1</sup> Jung BWL, 167.

<sup>2</sup> Semler FS-Ulmer, 627, 628; Jung BWL, 191.

<sup>3</sup> Fleischer ZIP 2003, 1, 2 f.

<sup>4</sup> Windbichler GesR, § 28 Rn. 1; Sp/St/Spindler AktG, § 116 Rn. 37.

<sup>5</sup> Göppert BJR, 32.

<sup>6</sup> Vgl. MüKo AktG/Habersack, § 116 Rn. 39a;

<sup>7</sup> GK AktG/Hopt/Roth, § 111 Rn. 654.

<sup>8</sup> Sp/St/Spindler AktG, § 116 Rn. 43; BT Drs. 15/5092, 11.

<sup>9</sup> BT Drs. 15/5092, 11.

<sup>10</sup> Kropff FS-Raiser, 225, 233 f.

<sup>11</sup> Grigoleit AktG/Grigoleit/Tomasic, § 116 Rn. 8;

<sup>12</sup> MüKo AktG/Habersack, § 116 Rn. 42.

<sup>13</sup> BGHZ 135, 244, 254.

<sup>14</sup> Paefgen Rechtsbindung, 148 ff.

<sup>15</sup> BT Drs. 15/5092, 11.

## Beurteilungsspielraum

Bei der Beurteilung, ob eine unternehmerische Entscheidung vorliegt, kann der Aspekt der rechtlichen Gebundenheit in den Vordergrund gerückt werden. Hauptaufgabe des Aufsichtsrats ist gem. § 111 I AktG die Überwachung des Vorstandes. Dann ist streng zwischen präventiver und nachträglicher Kontrolle zu trennen. Der Aufsichtsrat ist in der Regel verpflichtet, Haftungsansprüche aus § 93 II AktG gegen den Vorstand durchzusetzen, auch wenn im Einzelfall, z.B. bei voraussichtlich uneinbringlichen Forderungen davon abgesehen werden kann<sup>16</sup>. Damit besteht bei nachträglichen Überwachungsentscheidungen kein unternehmerisches Ermessen, auch wenn ein Beurteilungsspielraum des Aufsichtsrats vorliegen kann<sup>17</sup>. Der Beurteilungsspielraum unterscheidet sich vom unternehmerischen Ermessen insofern, dass der Aufsichtsrat keine eigene „Entscheidungsprärogative“<sup>18</sup> hat.

Der Zweck des § 93 I AktG spricht für diese Unterscheidung. Telos der in Business Judgement Rule gem. § 93 I AktG ist der Schutz vor Rückschafehlern.<sup>19</sup> Es besteht die Gefahr, dass bei nachträglicher Prüfung einer Fehlentscheidung diese schnell als Pflichtverletzung wahrgenommen wird, da die richtige Entscheidung rückblickend klar erscheint.<sup>20</sup> Eine präventive Kontrollmaßnahme ist daher im Gegensatz zur nachträglichen Überwachungsmaßnahme eine unternehmerische Entscheidung, da dort ebenfalls eine ex-post Betrachtung stattfinden kann. Es ist streng zwischen einer unternehmerischen Entscheidung, also Geschäftsführungsentscheidungen des Aufsichtsrats, präventive Kontrollentscheidungen und der nachträglichen Überwachungsentscheidung zu differenzieren. Auch bei unklarer Rechtslage besteht kein unternehmerisches Ermessen, es handele sich vielmehr um eine Frage des Verschuldens<sup>21</sup>.

## 2. Prognosecharakter und Entscheidungsspielraum

Wenn mehr auf den Prognosecharakter abgestellt wird, sind alle Arten von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen vom unternehmerischen Ermessen umfasst<sup>22</sup>. Demnach hat der Aufsichtsrat auch bei nachträglichen Überwachungsentscheidungen ein unternehmerisches Ermessen, wenn ihm ein Beurteilungsspielraum zukommt. Bei der Entscheidung über eine Schadensersatzklage gegen einen ehemaligen Vorstand, muss er die Erfolgsaussichten beurteilen, und feststellen, ob der Gesellschaft durch die Klage nicht unverhältnismäßiger Schaden entsteht<sup>23</sup>. Es sei nicht ersichtlich, wie diese Kriterien anders als unter unternehmerischen Gesichtspunkten abgewogen werden könne<sup>24</sup>. Die Fälle unklarer Rechtslage weisen starke Parallelen zum Tatbestandsmerkmal der „angemessenen Information“ des § 93 I 2 AktG

auf<sup>25</sup>. Oft gibt es verschiedene vertretbare Rechtsansichten, bei denen keine nach noch so sorgfältiger Anwendung der juristischen Methodik klar den Vorzug verdient hat. Es muss eine auf die Zukunft gerichtete Prognose getroffen werden, welche Ansicht sich durchsetzen wird und welche Auswirkungen auf die Gesellschaft zu erwarten sind<sup>26</sup>. Daher besteht auch hier die Gefahr von Rückschafehlern und dem Aufsichtsrat muss aus teleologischen Gründen der sichere Hafen der Business Judgement Rule zur Verfügung stehen<sup>27</sup>.

## 3. Stellungnahme

Für die weite Auffassung könnte sprechen, dass es sich um eine bessere Rezeption des amerikanischen Rechts handle, das als Vorbild für die Regelung des § 93 I AktG gedient hat<sup>28</sup>. Jedoch kommt es bei der Auslegung nur darauf an, welcher Regelungsgehalt durch § 93 I AktG Gesetz geworden ist. Es kann nicht entscheidend sein, was der Gesetzgeber sich als Vorbild genommen hat.<sup>29</sup> Außerdem wurde die Rechtslage durch die Einführung des § 93 I AktG nicht geändert<sup>30</sup>.

Für die rechtliche Gebundenheit als Unterscheidungskriterium spricht auch der Zweck der Business Judgement Rule. Bei nachträglichen Kontrollentscheidungen des Aufsichtsrats besteht kein Bedürfnis nach einem „sicheren Hafen“, da es sich nur begrenzt um eine Prognoseentscheidung handelt<sup>31</sup>. Ein zentrales Element der Abgrenzung soll nach dem Willen des Gesetzgebers sein, dass die Entscheidung zukunftsgerichtet ist. Das Gegenstück sei die rechtlich gebundene Entscheidung<sup>32</sup>. Der relevante Sachverhalt liegt bei der nachträglichen Kontrolle jedoch in der Vergangenheit. Auch Entscheidungen über vergangene Sachverhalte sind aber stets zukunftsbezogen, da sich die Entscheidung auf Handlungen des Unternehmens in der Zukunft auswirkt. Das entscheidende Abgrenzungskriterium ist daher die rechtliche Gebundenheit der Entscheidung.<sup>33</sup> Nachträgliche Kontrollentscheidungen haben eine andere Qualität als präventive Kontrollmaßnahmen. Wenn eine Klage gegen einen ehemaligen Vorstand erhoben wird, muss im Wesentlichen das Prozessrisiko analysiert werden. Dies muss jeder, der eine Klage einreicht vernünftigerweise tun. Eine solche Entscheidung ist aber anders gelagert, als die Entscheidung über die Einführung eines neuen KFZ-Modells. Letztere basiert auf einer ex-ante Prognose, während bei ersterem die ex-post Analyse des Sachverhalts überwiegt.<sup>34</sup> Die Gefahr, dass ein Richter aufgrund des Rückschafehlers die Schadenswahrscheinlichkeit als zu hoch einschätzt, besteht hier nicht im gleichen Maße<sup>35</sup>. Daraus ergibt sich ein Unterschied zwischen unternehmerischem Ermessen und Beurteilungsspielraum.

<sup>16</sup> BGHZ 135, 244, 253; Semler FS-Ulmer, 627, 637.

<sup>17</sup> BGHZ 135, 244, 254 f.; MüKo AktG/Habersack, § 116 Rn. 42; Hüffer/Koch/Koch AktG, § 116 Rn. 5; Holle AG 2011, 778, 780 ff.

<sup>18</sup> BGHZ 135, 244, 255.

<sup>19</sup> Fleischer FS-Wiedemann, 827, 831 f.

<sup>20</sup> Grigoleit AktG/Grigoleit/Tomasic, § 93 Rn. 29; Kropff FS-Raiser, 225, 228 f.

<sup>21</sup> Hüffer/Koch/Koch AktG, § 93 Rn. 19.

<sup>22</sup> GK AktG/Hopt/Roth, § 116 Rn. 88.

<sup>23</sup> BGHZ 135, 244, 253 ff.

<sup>24</sup> Paefgen Rechtsbindung, 148 ff.; Göppert BJR, 134.

<sup>25</sup> Fleischer FS-Hüffer, 187, 201; MüKo AktG/Spindler, § 93 Rn. 83.

<sup>26</sup> Lutter/Krieger/Verse AR, Rn. 989; Cahn WM 2013, 1293, 1294 f.

<sup>27</sup> GK AktG/Hopt/Roth, § 116 Rn. 86 ff., 98.

<sup>28</sup> Vgl. GK AktG/Hopt/Roth, § 116 Rn. 95 ff.

<sup>29</sup> Semler FS-Ulmer, 626, 642.

<sup>30</sup> BGHZ 135, 244, 255; Weiss/Buchner WM 162, 165.

<sup>31</sup> Koch AG 2009, 93, 95.

<sup>32</sup> BT Drs. 15/5092, 11.

<sup>33</sup> BT Drs. 15/5092, 11; Hölters AktG/Hölters, § 93 Rn. 30; MüKo AktG/Spindler, § 93 Rn. 42; vgl. Gehb/Heckelmann, ZRP 2005, 145, 146; Semler FS-Ulmer, 627, 635.

<sup>34</sup> Dauner-Lieb FS-Röhrich, 83, 95.

<sup>35</sup> Koch AG 2009, 93, 95.

Dagegen wird angeführt, dass die Unterscheidung zwischen Beurteilungs- und Ermessensspielraum, die aus dem öffentlichen Recht kommt, für das Kapitalgesellschaftsrecht nicht geeignet sei<sup>36</sup>. Der Unterschied zwischen Ermessens- und Beurteilungsspielraum ist jedoch auch im Kapitalgesellschaftsrecht von Bedeutung. Wenn dem Aufsichtsrat eine unternehmerische Entscheidung zugebilligt wird, erwächst diese in dauerhafter Bestandskraft. Es ist nicht nur die Haftung, sondern auch die gerichtliche Kontrolle ausgeschlossen<sup>37</sup>. Gerade wenn es um Verfolgung von Schadensersatzansprüchen geht, erscheint der Ausschluss der Nachprüfung, insbesondere vor dem Hintergrund oft schwer beweisbarer Interessenkonflikte, unangemessen<sup>38</sup>. Zwar wäre der gewissenhafte Aufsichtsrat vor Haftung geschützt, doch könnte eine Fehlentscheidung nicht mehr rückgängig gemacht werden<sup>39</sup>. Solche Haftungsfragen sollten daher auf der Verschuldensebene geklärt werden<sup>40</sup>, denn auch hier besteht die Möglichkeit den Aufsichtsrat vor Haftung zu schützen<sup>41</sup>. Die Systematik weist ebenfalls auf die volle gerichtliche Nachprüfbarkeit der Entscheidung hin. Bei der Aktionärsklage hat das Gericht gem. § 148 I 2 Nr. 4 AktG zu prüfen, ob der Klage überwiegende Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen. Dabei handelt es sich genau um die Frage, bei der dem Aufsichtsrat einer Ansicht nach einem nicht nachprüfaren unternehmerischen Ermessen zustehen soll. Warum das Gericht bei der Aktionärsklage, nicht aber bei der Feststellungsklage eines Aufsichtsratsmitgliedes die Entscheidung nachprüfen können soll, ist nicht ersichtlich<sup>42</sup>.

Für die Behandlung einer Rechtsfrage als unternehmerische Entscheidung spricht, dass eine starke Ähnlichkeit zwischen unsicheren Tatsachen- und Rechtslagen<sup>43</sup> besteht, denn auch die Rechtslage wird sich, wenn keine höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt und mehrere Ansichten vertreten werden, oft nicht genau klären lassen<sup>44</sup>. Da dem Aufsichtsrat bei Tatsachenfragen ein unternehmerisches Ermessen zusteht, sei es geboten, ihm auch bei Rechtsfragen eine unternehmerische Entscheidung zuzubilligen. Dem steht jedoch der Wille des Gesetzgebers entgegen<sup>45</sup>. Dieser will bei unklarer Rechtslage gerade keinen Entscheidungsspielraum einräumen, denn nur eine Ansicht kann letztlich der Gesetzeslage entsprechen<sup>46</sup>. Ein Rechtsirrtum sei eine Frage des Verschuldens, wobei das Risiko nach allgemeinen Grundsätzen beim Schuldner liege<sup>47</sup>. Dem wird entgegengehalten, dass dieser Grundsatz im Verhältnis Organ-Gesellschaft nicht gelte<sup>48</sup>. Jedoch wird das Problem der dauerhaften Bestandskraft unternehmerischer Entscheidungen aufgeworfen. Der Zweck des § 93 I 2 AktG gebietet auch hier keine Einschränkung der Nachprüfbarkeit<sup>49</sup>. Wenn die Entscheidung ge-

wissenhaft vorbereitet ist, ist eine Haftung des Aufsichtsrats unangemessen. Trotzdem muss sie revidiert werden können<sup>50</sup>, da sie auf einer falschen Rechtsansicht basieren.

Demnach ist zwischen unternehmerischen Entscheidungen und Entscheidungen mit Beurteilungsspielräumen zu differenzieren. Das zentrale Abgrenzungskriterium ist nicht die zukunftsgerichtete Prognose, sondern die rechtliche Gebundenheit und damit gerichtliche Nachprüfbarkeit und damit gerichtliche Überprüfbarkeit. Daraus folgt, dass dem Aufsichtsrat bei unklarer Rechtslage und wenn er über die Verfolgung von Ansprüchen gegen ehemalige Vorstände zu entscheiden hat, kein unternehmerisches Ermessen zusteht.

### C. Informationsgrundlage der unternehmerischen Entscheidung

Um vom sicheren Hafen der Business Judgement Rule Gebrauch machen zu können, muss die unternehmerische Entscheidung gem. § 116 i.V.m. § 93 I 2 AktG auf der Grundlage angemessener Information gefällt werden. Der Verweis erfolgt „sinngemäß“. Fraglich ist daher welches Informationsniveau das Aktiengesetz genau vom Aufsichtsrat verlangt. Grundsätzlich dienen unternehmerische Entscheidungen der präventiven Kontrolle der Geschäftsführung. Der Aufsichtsrat prüft, ob eine Maßnahme im Interesse der Gesellschaft liegt. Dabei kommt es nicht nur auf die Rechtmäßigkeit, sondern auch auf die Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit an<sup>51</sup>.

### I. Informationsniveau des Vorstandes

Teilweise wird der Aufsichtsrat bei unternehmerischen Entscheidungen als gleichberechtigter Mitunternehmer angesehen. Der einzige Unterschied zum Vorstand liege darin, dass ihm bei präventiven Überwachungsentscheidungen kein Initiativrecht zukommt.<sup>52</sup> Die Anforderungen an die Entscheidungsfindungen seien daher genauso hoch wie an den Vorstand<sup>53</sup>. Je bedeutender und risikoreicher die Entscheidung, desto umfangreicher muss die Grundlage sein.<sup>54</sup> Der Aufsichtsrat muss sich wie der Vorstand in den betroffenen Geschäftsbereich einarbeiten, z.B. Originalunterlagen durchsehen und beim Unternehmenskauf eigene Bewertungsgutachten und, wenn für eine angemessene Informationsgrundlage erforderlich, eine Due-Diligence-Prüfung in Auftrag geben<sup>55</sup>, wenn dies noch nicht erfolgt ist.

### II. Berücksichtigung des Nebenamtscharakters

Nach der h. M. darf sich der Aufsichtsrat auch bei unternehmerischen Entscheidungen grundsätzlich auf die Informationen

<sup>36</sup> GK AktG/Hopt/Roth, § 116 Rn. 88; Paefgen unternehmerische Entscheidung, 151; Thümmel DB 1997, 1117 ff.

<sup>37</sup> S/L/Drygala AktG, § 116 Rn. 10; Hüffer/Koch AktG, § 93 Rn. 13.

<sup>38</sup> Vgl. Hüffer/Koch/Koch AktG, § 93 Rn. 13.

<sup>39</sup> Koch NZG 2014, 931, 938; Koch AG 2009, 93, 98.

<sup>40</sup> Hüffer/Koch/Koch AktG, § 93 Rn. 19; S/L/Drygala AktG, § 116 Rn. 10; Koch NZG 2014, 931, 939.

<sup>41</sup> Koch AG 2009, 93, 100; Harnos Geschäftsleiterhaftung, 150.

<sup>42</sup> Koch NZG 2014, 931, 940; S/L/Drygala AktG, § 116 Rn. 11.

<sup>43</sup> Fleischer FS-Hüffer, 187, 201; MüKo AktG/Spindler, § 93 Rn. 83.

<sup>44</sup> Cahn WM 2013, 1293, 1294.

<sup>45</sup> BT-Drs. 15/5092, 11, 22.

<sup>46</sup> Harnos Geschäftsleiterhaftung, 149.

<sup>47</sup> Vgl. Huber Leistungsstörungen I, 704 ff.

<sup>48</sup> Cahn WM 2013, 1293, 1296.

<sup>49</sup> Holle AG 2011, 778, 785.

<sup>50</sup> Hüffer/Koch/Koch AktG, § 93 Rn. 13.

<sup>51</sup> Lutter/Krieger/Verse AR, Rn. 191.

<sup>52</sup> Semler FS-Doralt, 609, 621.

<sup>53</sup> OLG Zweibrücken DB 1990, 1401, 1401; Thümmel, AG 2004, 83, 89; Semler FS-Doralt, 609, 621 f.; Henze BB 2005, 165, 167.

<sup>54</sup> P. Schaub/M. Schaub ZIP 2013, 656, 659.

<sup>55</sup> Böttcher NZG 2005, 49, 54; für GmbH-Geschäftsführer OLG Oldenburg NJW 2007, 434, 436 f.



verlassen, die er vom Vorstand erhält<sup>56</sup>. Weitere Informationspflichten treffen den Aufsichtsrat nur, wenn der Verdacht aufkommen muss, dass der Vorstand Informationen zurückhält<sup>57</sup>, oder wenn die Gesellschaft in eine kritische Lage gerät<sup>58</sup>. Unternehmerische Entscheidungen in Form von präventiven Überwachungsentscheidungen erfolgen folglich auch auf Basis der Informationen aus den Vorstandsberichten nach § 90 I Nr. 1 – 4 AktG. Vom Vorstand aufbereitete Übersichten sind ausreichend. Originalunterlagen und Originalverträge sind nicht erforderlich. Bei zustimmungspflichtigen Geschäften muss nur über die *essentialia negotii* informiert werden.<sup>59</sup> Dies befreit den Aufsichtsrat jedoch nicht von der Pflicht eine eigenständige und selbstverantwortliche unternehmerische Entscheidung zu treffen. Er muss daher auch zumindest bei besonders riskanten Geschäften eine eigene Risikoanalyse durchführen<sup>60</sup>. In diesen Fällen schuldet der Vorstand dem Aufsichtsrat einen besonders hohen Informationsstandard, der über das für die Überwachung der Geschäftsentwicklung nötige Maß hinausgeht<sup>61</sup>. Unterrichtet der Vorstand den Aufsichtsrat nicht im geschuldeten Umfang, muss er hingegen eigene Nachforschungen anstellen, da dann zumindest die Möglichkeit besteht, dass der Vorstand Informationen vorenthält, um die Geschäftsleitung besser erscheinen zu lassen, oder um Unregelmäßigkeiten zu verdecken<sup>62</sup>.

### III. Stellungnahme

Informationspflichten auf Vorstandsniveau sind anzunehmen, wenn der Aufsichtsrat bei einer unternehmerischen Entscheidung als gleichberechtigtes „Co-Management-Organ“<sup>63</sup> zu betrachten wäre. Die Gesetzessystematik weist auf ein Regel-Ausnahme-Verhältnis hin. Die Regelung zum Zustimmungsvorbehalt findet sich in § 111 IV 2 AktG, gleich hinter dem Verbot Geschäftsführungsmaßnahmen wahrzunehmen. Der Aufsichtsrat würde dann bei zustimmungspflichtigen Geschäften Entscheidungen treffen, die sonst gem. § 111 IV 1 AktG dem Vorstand vorbehalten sind. Daher müssten an seine Entscheidungsfindung die gleichen Anforderungen wie an die des Aufsichtsrats gestellt werden.

Wie sich am fehlenden Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand zeigt, ist der Zustimmungsvorbehalt jedoch eher wie ein Vetorecht des Aufsichtsrats ausgestaltet. Wenn der Aufsichtsrat seine Zustimmung erteilt hat, ist der Vorstand nicht verpflichtet die Entscheidung umzusetzen.<sup>64</sup> Außerdem ist die Initiative zentrales Element jeder unternehmerischen Entscheidung, denn ohne Initiative kann es schon zu keinem Entscheidungsprozess kommen. Aufsichtsrat und Vorstand sind bei zustimmungspflichtigen Entscheidungen nicht gleichberechtigt. Die Pflicht

zu einem Informationsniveau, das dem des Vorstands entspricht, ergibt sich nicht aus der Systematik des § 111 IV AktG. Teleologische Erwägungen sprechen jedoch für eine Informationspflicht auf Niveau des Vorstandes. Aufgabe des Aufsichtsrats ist es, die Geschäftsführung auf Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu kontrollieren<sup>65</sup>. Er muss prüfen, ob das Geschäft, das unter Zustimmungsvorbehalt steht, im Interesse der Gesellschaft ist<sup>66</sup>. Im Bereich der unternehmerischen Tätigkeit durch „präventive Kontrolle“<sup>67</sup> könne nur ein dem Vorstand ebenbürtiger Informationsstand die „erforderlichen Grundlagen für eine ordnungsgemäße Überwachung“<sup>68</sup> darstellen. Die Berücksichtigung des Nebenamtscharakters des Aufsichtsratsmandats ist jedoch zwingend erforderlich, da dies der gesetzlichen Ausgestaltung des Aufsichtsratsmandats entspricht. Das Aktiengesetz sieht in § 110 III AktG eine Sitzung im Quartal vor. Bei diesem Umfang können unmöglich, auch mit umfangreicher Vorbereitung, alle Einzelheiten einer unternehmerischen Entscheidung besprochen werden<sup>69</sup>. Die kleinteilige Beschäftigung mit Originaldokumenten würde viel Zeit und Ressourcen des Aufsichtsrats binden. Dabei kommt erschwerend hinzu, dass er auf weniger Ressourcen zurückgreifen kann als der Vorstand. Die Beschäftigung mit dem großen Ganzen würde leiden und eine bessere Arbeit des Aufsichtsrats wäre nicht zu erwarten.<sup>70</sup> Hinzu kommt, dass Entscheidungen in der schnelllebigen Geschäftswelt oft unter Zeitdruck gefällt werden müssen. Durch Verzögerungen können der Gesellschaft große Schäden durch entgangenen Gewinn entstehen, wenn kurzfristige Geschäftschancen nicht wahrgenommen werden können. Eine tiefgreifende Einarbeitung in Originaldokumente kann leicht zu schädlichen Verzögerungen führen<sup>71</sup>.

### IV. Sonderfall Unternehmens- und Beteiligungskauf

Der Erwerb von Unternehmen und Beteiligungen von substantiellem Wert bietet den beteiligten Unternehmen große Chancen, birgt aber auch erhebliche Risiken, die existenzbedrohend sein können<sup>72</sup>. Im Krisenfall ist eine tiefgreifendere Prüfpflicht des Aufsichtsrats anerkannt. Eine fehlgeschlagene M&A-Transaktion kann für die Gesellschaft schnell existenzbedrohend werden und sollte daher unbedingt verhindert werden.<sup>73</sup> Die erhöhten Überwachungspflichten im Krisenfall sollen die Existenz der Gesellschaft sichern. Wenn das Geschäft schon fehlgeschlagen ist, kann die Existenz der Gesellschaft bereits vernichtet sein. Eine erhöhte Überwachungspflicht kann dann den Untergang nicht mehr aufhalten. Eine vorsorglich intensivierte Prüfpflicht scheint daher angemessen<sup>74</sup>. Dies steht auch mit der Pflicht zu einer eigenen Risikoanalyse bei riskanten Geschäften und mit

<sup>56</sup> MüKo AktG/Habersack, § 111 Rn. 127; Cahn WM 2013, 1293, 1298; Grooterhorst NZG 2011, 921, 923 f.; Kropff FS-Raiser, 225, 234.

<sup>57</sup> BGH ZIP 2007, 224, 225 f.

<sup>58</sup> OLG Stuttgart NZG 2006, 472, 74 ff.; OLG Hamburg DB 2001, 583, 584.

<sup>59</sup> Säcker/Rehm DB 2008, 2814, 2818, 2820 f.

<sup>60</sup> OLG Stuttgart, Ur. v. 29.02.2012 - 20 U 3/11; Cahn WM 2013, 1293, 1298; Kiethe WM 2005, 2122, 2124.

<sup>61</sup> Grooterhorst NZG 2011, 921, 923 f.; GK AktG/Hopt/Roth, § 111 Rn. 589.

<sup>62</sup> Säcker/Rehm DB 2008, 2814, 2820.

<sup>63</sup> Göppert BJR, 67.

<sup>64</sup> Grigoleit/Grigoleit/Tomasic AktG § 111 Rn. 41; Semler FS-Ulmer, 629 f., 634 f.

<sup>65</sup> Lutter/Krieger/Verse AR, Rn. 191.

<sup>66</sup> MüKo AktG/Habersack, § 111 Rn. 124.

<sup>67</sup> BGHZ 135, 244, 255.

<sup>68</sup> OLG Zweibrücken DB 1990, 1401, 1401.

<sup>69</sup> Cahn WM 2013, 1293, 1298.

<sup>70</sup> Säcker/Rehm DB 2008, 2814, 2820.

<sup>71</sup> Ders. a.a.O., 2819 f.

<sup>72</sup> Grooterhorst NZG 2011, 921, 924.

<sup>73</sup> Ders. a.a.O., 924.

<sup>74</sup> Ders. a.a.O., 923 f.

der Pflicht zur Einrichtung eines Risikomanagements bei Derivatgeschäften<sup>75</sup> im Einklang. Das Gesetz verlangt somit eine vertiefte Überwachungspflicht bei existenzbedrohenden Risiken und damit auch beim Unternehmenskauf. Diese wirkt sich auf die Informationspflichten des Aufsichtsrates aus. Generell gilt, dass der Aufsichtsrat seine Frage- und Einsichtsrechte selbstständig und aktiv nutzen muss, um stets auf dem aktuellen Stand der Verhandlungen zu bleiben und um Schäden durch zu langes Warten zu vermeiden<sup>76</sup>. Der Aufsichtsrat des Bieterunternehmens muss bevor er dem Erwerb zustimmt, eine eigene Risikoanalyse durchführen und selbstständig eine Entscheidung treffen. Dies kann auf der Grundlage der Informationen, die ihm der Vorstand in seinem Bericht gem. § 90 I AktG zur Verfügung stellt, erfolgen. Bei Unternehmenskäufen hat sich die Durchführung einer Due-Diligence-Prüfung unter Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten bewährt<sup>77</sup>. Zweck einer solchen Prüfung ist die Informationsbeschaffung, Dokumentation, Analyse von Risiken und die vorsorgliche Überprüfung des Kaufobjekts.<sup>78</sup> Da eine solche Prüfung immer mit erheblichen Kosten verbunden ist, die im Verhältnis zu den Risiken einer unterlassenen Prüfung unverhältnismäßig hoch sein können, steht dies grundsätzlich im Ermessen des Vorstandes<sup>79</sup>. Im Ausnahmefall, z.B. bei Erwerb aus der Insolvenz oder besonders hohen Risiken, kann aber eine Pflicht bestehen<sup>80</sup>. Dies gilt damit erst recht für den Aufsichtsrat. Aus dem Grundsatz, dass der Aufsichtsrat bei besonders riskanten, potentiell existenzbedrohenden, Investitionen aktiv von seinen Nachforschungsrechten Gebrauch machen und eine eigene Risikoanalyse durchführen muss, ergibt sich jedoch, dass der Aufsichtsrat bei Geschäften, bei denen der Vorstand ausnahmsweise zur Durchführung einer Due-Diligence verpflichtet war und dies unterlassen hat, zur Beauftragung einer solchen Prüfung verpflichtet sein kann. Dies ist dann der Fall, wenn (1) der Vorstand ausnahmsweise zur Durchführung einer Due-Diligence verpflichtet war und (2), wenn der Aufsichtsrat zu einer eigenen Risikoanalyse verpflichtet ist und auf andere Weise keine begründete eigene Entscheidung treffen kann.

## V. Rechtsberatung am Beispiel von Cum-Ex-Geschäften

Durch den sog. *Cum-Ex-Skandal* ist die rechtliche Beratung von Verantwortlichen in Unternehmen erneut in den Fokus gerückt. Gegen drei Vorstände der HypoVereinsbank AG sind in diesem Zusammenhang bereits Schadensersatzklagen erhoben worden<sup>81</sup>. Ziel dieser Geschäfte ist eine mehrfache Erstattung der Kapitalertragssteuer herbeizuführen. Dies wird dadurch ermöglicht, dass ein Leerverkäufer vor dem Dividendenstichtag die Lieferung einer Aktie mit (*cum*) Dividende verspricht. Die Aktie

wird aber erst nach der Dividendenzahlung (*ex*) geliefert. Der Leerverkäufer schuldet Schadensersatz in Höhe der Nettodividende, auf die keine Kapitalertragssteuer anfällt. Der Erwerber beantragt ebenfalls eine Erstattung der Kapitalertragssteuer. Im Ergebnis wird diese doppelt erstattet<sup>82</sup>. Die Rechtmäßigkeit der Cum-Ex-Geschäfte war stets strittig<sup>83</sup>. Angenommen der Aufsichtsrat hat einen Zustimmungsvorbehalt gem. § 111 IV 2 AktG für *Cum-Ex-Geschäfte* festgelegt, dann muss er eine unternehmerische Entscheidung treffen.

### a) Einordnung des Rechtsirrtums

Zur Einordnung ist zu beachten, dass die Rechtslage nach der hier vertretenen Ansicht keine Frage der „angemessenen Information“ i.S.d. § 93 I 2 AktG ist. Es handelt sich vielmehr um eine Frage des Verschuldens. Trotzdem soll das Thema Rechtsberatung im Abschnitt Informationsgrundlage der unternehmerischen Entscheidung erörtert werden, da offensichtlich Ähnlichkeiten bestehen. Wenn die Gesellschaft durch eine Entscheidung in ihrer Existenz gefährdet wird, wird teilweise die Berufung auf einen Verbotsirrtum nicht zugelassen<sup>84</sup>. Daher sollen nur nicht-existenzgefährdende Situationen behandelt werden.

### b) Anforderung an Berater

Der BGH hat die Anforderung an einen entschuldigenden Rechtsrat in seinen ISION-Entscheidungen definiert<sup>85</sup>.

Sie ergeben sich aus dem Grundsatz, dass der Geschäftsleiter sich nicht auf Informationen verlassen darf, von denen er weiß, oder wissen muss, dass sie falsch sind<sup>86</sup>.

(1) Der Berater muss persönlich geeignet sein, d. h. die nötige fachliche Kompetenz haben und unabhängig sein,

(2) und über den Sachverhalt informiert und über alle relevanten Umstände der Gesellschaft aufgeklärt werde.

(3) Sein Gutachten muss einer Plausibilitätsprüfung unterzogen werden. Diese Prüfung kann sich, da für ein Verständnis von Expertengutachten oft tiefgreifendes Fachwissen erforderlich ist, auf den Realismus von Annahmen und auf die Kontrolle nach offensichtlichen Widersprüchen beschränken<sup>87</sup>. Für Gutachten, die der Vorstand in Auftrag gegeben hat, gelten die allgemeinen Grundsätze für die angemessene Informationsgrundlage. Der Aufsichtsrat darf sich, da es hier keinen Grund für die Unterscheidung von gesellschaftsintern und gesellschaftsextern erlangten Informationen gibt, insbesondere auf die Berichte und Einschätzungen des Vorstandes verlassen und kann daher die Plausibilität nur eingeschränkt nachprüfen. Bei Gutachten, die er selbst in Auftrag gegeben hat, muss er dies hingegen in vollem Umfang tun.

<sup>75</sup> Sp/St/Spindler AktG, § 116 Rn. 67.

<sup>76</sup> GK AktG/Hopt/Roth, § 111 Rn. 729; OLG Stuttgart, Urte. v. 29.02.2012 - 20 U 3/11.

<sup>77</sup> Böttcher NZG 2005, 49, 54.

<sup>78</sup> Marsch-Barner/Schäfer/Krämer/Gillessen HdB AG, § 10 Rn. 10.2; Krüger/Kalbfleisch, DStR 1999, 174, 174;

<sup>79</sup> Hölters/W.Hölters/T.Hölters HdB Unternehmenskauf, X, Rn. 1020; MüKo AktG/Spindler, § 93 Rn. 102; Böttcher NZG 2005, 49, 54.

<sup>80</sup> OLG Oldenburg NZG 2007, 434, 436 f.

<sup>81</sup> Florstedt NZG 2017, 601, 601.

<sup>82</sup> Spengel/Eisgruber DStR 2015, 785, 786; Florstedt NZG 2017, 601, 603.

<sup>83</sup> Für Rechtswidrigkeit: BFHE 246, 15, 23 f.; FG Hessen DStR 2016, 1084, 1088 ff.; FG Düsseldorf Urte. v. 12.12.2016 - 6 K 1544/11 K AO; BT-Drs. 17/13638, 11; BT-Drs. 18/1603, 2, 8; Florstedt NZG 2017, 601 ff.; ders. FR 2016, 641, 647 f.; Spengel/Eisgruber DStR 2015, 785 ff.; Bruns DStR 2010, 2061 ff.; Für Rechtmäßigkeit: Loritz WM 2017, 309 ff.; Desens DStR 2014, 2317 ff.; See/Krumm DStR 2013, 1757 ff.

<sup>84</sup> Lutter ZIP 2009, 197, 199; a.A. Florstedt NZG 2017, 601, 608; ders. AG 2010, 315, 320 f.

<sup>85</sup> Vgl. BGH NZG 2011, 1271, 1271, 1273; BGH NZG 2015, 792., 793 ff.

<sup>86</sup> Vgl. Binder AG 2008, 274, 286.

<sup>87</sup> Cahn WM 2013, 1293, 1298.

Diese Grundsätze wurden zwar für den Vorstand entwickelt, für eine Anwendung auf den Aufsichtsrat spricht jedoch, dass die Kontrolle der Geschäftsführung auf Rechtmäßigkeit zu seinen Kernaufgaben gehört. Bei unternehmerischen Entscheidungen des Aufsichtsrats kann daher erst recht kein niedrigerer Standard gelten, insbesondere da es sich dabei um Maßnahmen der präventiven Überwachung handelt.

Bei Cum-Ex-Geschäften wurde häufig die Unabhängigkeit der Beratung in Zweifel gezogen, da der Berater selbst oft von dem erteilten Rat profitierte. Folglich sind die Gutachten der Entwickler von entsprechenden Fondsmodellen und Rechtsberater, die mit einer gewinnversprechenden Gesetzeslücke werben, nicht ausreichend.<sup>88</sup> Bei Angestellten der Gesellschaft besteht die Gefahr, dass sie sich im Zweifel nicht gegen die Strategie der Geschäftsführung stellen, da sie von ihr wirtschaftlich abhängig sind. Daraus kann gefolgert werden, dass sie per se nicht unabhängig sein können.<sup>89</sup> Dies führt jedoch mit Blick auf die auch für angestellte Rechtsanwälte berufsrechtlich in §§ 1, 43a BRAO vorgeschriebene Unabhängigkeit zu weit.<sup>90</sup> Im Hinblick auf eine vollständige Aufklärung über den Sachverhalt muss auf Absprachen oder Verschleierungsmodelle eingegangen werden, da dies mit Blick auf einen Gestaltungsmissbrauch gem. § 42 AO<sup>91</sup> und die Zurechnung wirtschaftlichen Eigentums gem. § 39 AO<sup>92</sup> relevant sein kann. Standardgutachten, die sich mit hypothetischen Sachverhalten beschäftigen, sind daher nicht ausreichend.<sup>93</sup>

### c) Plausibilitätskontrolle

Der Aufsichtsrat muss das Ergebnis des Gutachtens auf Plausibilität prüfen. Auch bei rechtlichen Fragestellungen ist die Durchsicht von Originaldokumenten für den Aufsichtsrat im Regelfall, nicht erforderlich, da bereits für den Vorstand das Lesen einer Zusammenfassung und stichprobenartige Kontrolle ausreichend ist.<sup>94</sup> Für den Aufsichtsrat kann aufgrund des Nebenamtscharakters seines Mandats nichts Anderes gelten. Bei komplexen Problemen und wenn Zweifel an der Richtigkeit aufkommen müssen, ist jedoch eine „besonders kritische Plausibilitätsprüfung“<sup>95</sup> gefordert. Gegenstand der Kontrolle ist der Rechtsrat. Der Aufsichtsrat muss Probleme identifizieren und „Begründungslücken“ erkennen.<sup>96, 97</sup> Cum-Ex-Geschäfte eignen sich als Beispiel besonders, da die Begründung für ihre Rechtmäßigkeit teilweise als unlogisch und „abwegig“ bezeichnet wird<sup>98</sup> und die Rendite auf Kosten des Staates entsteht, der „nichts zu verschenken hat“.<sup>99, 100</sup> Daher mussten von Anfang ein

Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Erstattungen aufgetreten sein.

### aa) Außerrechtlicher Maßstab

Im Deliktsrecht erfolgt eine Kontrolle an außerrechtlichen Maßstäben<sup>101</sup>. Wenn eine Handlung in den Rechtskreis eines anderen eingreift, muss sie in den Grenzen von Treu und Glauben bleiben und darf nicht sittenwidrig sein. Auf entgegenstehenden Rechtsrat kann nicht vertraut werden.<sup>102</sup> Eine Anwendung auf Rechtsirrtümer des Aufsichtsrats im nicht-deliktsrechtlichen Bereich könnte naheliegen, da in der Präambel des DCGK das Leitbild des ehrbaren Kaufmanns für den Vorstand empfohlen wird<sup>103</sup>. Da der Aufsichtsrat bei unternehmerischen Entscheidungen ebenfalls wie der Vorstand kaufmännisch tätig wird ist die Interessenlage vergleichbar.

Rechtsbegriffen wie Treu und Glaube und Sittenwidrigkeit sind jedoch unkonkret. Auf selbst unter Fachleuten umstrittene steuer-, gesellschafts- oder kartellrechtliche Fragen sind diese Maßstäbe kaum anwendbar. Dies wird bereits darin deutlich, dass der Grundsatz an einem Fall entwickelt wurde, in dem ein Anwalt geraten hatte, das unbefugte Betreten eines Privatgrundstücks durch „Brachialgewalt“<sup>104</sup> zu verhindern.<sup>105</sup> Aufgrund vieler unterschiedlicher Vorstellungen über ethisches unternehmerisches Handeln, wäre eine Eingrenzung des Erlaubten schwer möglich.<sup>106</sup> Die unternehmerische Freiheit wäre stark eingeschränkt. Da der Aufsichtsrat bei unklarer Rechtslage gelähmt wäre, scheiden außerrechtliche Maßstäbe aus.

### bb) Zweck der Rechtsnorm

Die Plausibilitätsprüfung des Rechtsrats muss folglich inhaltlich immer auf rechtliche Bedenken zielen. Da eine Beratung nur bei fehlender eigener Kenntnis erfolgt, dürfen die Anforderungen an die Plausibilitätsprüfung nicht zu hoch sein.<sup>107</sup> Die Prüfung muss mit einem *rechtlichen* Maßstab erfolgen, der auch Nicht-Fachleuten mit der nötigen geschäftlichen Erfahrung zugänglich ist. Daher ist darauf abzustellen, ob der Rechtsrat mit dem Sinn und Zweck der entscheidenden Rechtsnorm vereinbar ist.<sup>108</sup> Bei versehentlich durch Spätlieferung herbeigeführten Cum-Ex-Transaktionen hätte das Organmitglied davon ausgehen können, dass dies vom Gesetzgeber billigend in Kauf genommen wurde, während eine absichtlich herbeigeführte Mehrfacherstattung der Einkommenssteuer nicht mit dem Zweck der Kapitalertrags-

<sup>88</sup> *Florstedt* NZG 2017, 601, 605 f.; Ziff. 5.4.2 DCGK mit Beispielen für den Aufsichtsrat.

<sup>89</sup> BGHSt 30, 270, 276.; vgl. *Vetter* EWiR 2011, 793, 794; vgl. *Strohn* ZHR 176 (2012), 137, 140 bei Druck durch Geschäftsleitung.

<sup>90</sup> *Binder* AG 2012, 885, 892; *Fleischer* FS-Hüffer, 187, 202 f.; OLG Hamburg NJW 1967, 213, 214 f. OLG Braunschweig NSTz-RR 1998, 251, 251 *Kaulich*, 235.

<sup>91</sup> FG Hessen DStR 2016, 1084, 1094; BT-Drs. 17/13638, 19; a.A. *Seer/Krumm* DStR 2013, 1757, 1764.

<sup>92</sup> BFHE 246, 15, 22 ff.

<sup>93</sup> *Florstedt* NZG 2017, 601, 606.

<sup>94</sup> *Fleischer* DB 2015, 1764, 1768.

<sup>95</sup> ISON I – BGH NZG 2011, 1271, 1274.

<sup>96</sup> *Fleischer* DB 2015, 1764, 1768; *Florstedt* NZG 2017, 601, 607.

<sup>97</sup> *Ders. a.a.O.*, 609; vgl. *Kaulich*, 238.

<sup>98</sup> FG Hessen, DStR 2012, 2381, 2383 f.

<sup>99</sup> *Isensee* HBzFSR, 117, 118.

<sup>100</sup> Vgl. *Florstedt* NZG 2017, 601, 607, 609, Fn. 117 m.w.N.

<sup>101</sup> BGHZ 74, 281, 287; BayObLG NJW 1965, 163, 164.

<sup>102</sup> BayObLG NJW 1965, 163, 164.

<sup>103</sup> *Florstedt* a.a.O., 609.

<sup>104</sup> BayObLG a.a.O., 163.

<sup>105</sup> Vgl. *Florstedt* NZG 2017, 601, Fn. 118.

<sup>106</sup> Vgl. *Dauner-Lieb* FS-Röhricht, 83, 83 ff.

<sup>107</sup> *Binder* AG 2012, 885, 893; *ders.* AG 2008, 274, 286; Kiefner/Krämer, AG 2012, 498, 500.

<sup>108</sup> *Florstedt* NZG 2017, 601, 609.

steuer vereinbar sein kann, da es sich dabei bloß um ein Verfahren zur Erhebung der Einkommenssteuer handelt<sup>109</sup>. Ein Aufsichtsratsmitglied kann sich folglich, sollten die Cum-Ex-Geschäfte sich als rechtswidrig erweisen, nicht auf ein Gutachten, das die Legalität von vorsätzlichen Cum-Ex-Transaktionen bejaht, berufen.<sup>110</sup>

## D. Professionalisierung des Aufsichtsrats?

Die Anforderungen an die Informationsgrundlage des Aufsichtsrats ist grundsätzlich niedriger als die des Vorstands. Dies zeigt sich beim Abschluss von Verträgen. Der Aufsichtsrat muss nur die *essentialia negotii* prüfen, während der Vorstand sich auch mit Nebenbedingungen beschäftigen muss<sup>111</sup>. Bei der Zustimmung zu Investitionen kann er sich im Regelfall auf die Vorstandsberichte gem. § 90 I AktG verlassen, während der Vorstand sich tiefgreifend selbst damit befassen muss<sup>112</sup>. Bei größeren Risiken gelten jedoch höhere Maßstäbe, wie beim Unternehmenskauf und in einer Krisenlage. Dann ist eine eigene Risikoanalyse durchzuführen. Wenn diese anders nicht fundiert möglich ist, muss der Aufsichtsrat sich genauso intensiv informieren wie der Vorstand. Dies gilt auch bei unklarer Rechtslage, wenn eine kritische Plausibilitätskontrolle am Telos der Norm angemessen ist. Hier sind sowohl für den Aufsichtsrat als auch für den Vorstand die ISON-Kriterien anwendbar.

Mit Blick auf das Pflichtenprogramm des Aufsichtsrats wird teilweise eine weitere Professionalisierung des hin zum Berufsaufsichtsrat gefordert<sup>113</sup>. Dies wäre sinnvoll, wenn die Pflichten des Aufsichtsrats nicht mehr in einem Nebenamt erfüllbar wären. Da der Nebenamtscharakter großen Einfluss auf den Umfang der Informationspflichten hat, würde eine solche Änderung auch das Pflichtenprogramm des Aufsichtsrats massiv verändern und letztlich denen des Vorstandes vollständig angleichen. Insbesondere müsste der Aufsichtsrat aktiver von seinen Einsichtsrechten Gebrauch machen. Damit würde die klassische Zweiteilung in leitenden Vorstand und überwachenden Aufsichtsrat *de facto* aufgegeben<sup>114</sup>. Bereits jetzt kann der Aufsichtsrat über satzungsmäßige und *ad hoc* Zustimmungsvorbehalte erheblichen Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen<sup>115</sup>. Wäre er verpflichtet sich nicht mehr Großteils auf die Berichte des Vorstandes zu verlassen, bestünde die Gefahr, dass der Vorstand zu einem reinen Ausführungsorgan wird. Diese Rolle wird jedoch nicht dem § 76 I AktG gerecht<sup>116</sup>. Der Umfang der Informationspflichten wird gerade durch den Nebenamtscharakter des Mandats begrenzt. Somit können keine Anforderungen gestellt werden, die nicht im Nebenamt erfüllbar sind. Selbst wenn bei unternehmerischen Entscheidungen an den Aufsichtsrat die gleichen Anforderungen wie an den Vorstand zu stellen wären, würde das noch nicht bedeuten, dass die Pflichten nicht mehr im Nebenamt erfüllbar wären, da unternehmerische Entscheidungen im Gegensatz zur Tätigkeit des Vorstandes nur einen Teil seiner Arbeit darstellen.

## E. Zusammenfassung

Verantwortlichkeit und Sorgfaltspflicht der Aufsichtsratsmitglieder bestimmen sich gem. § 116 AktG sinngemäß nach § 93 AktG. Eine unternehmerische Entscheidung zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht rechtlich gebunden ist. Insbesondere kommt es darauf an, ob die Entscheidung in Bestandskraft erwachsen, oder durch ein Gericht korrigierbar sein, soll. Demnach sind Geschäftsleitungsentscheidungen des Aufsichtsrats, wie die Bestellung des Vorstandes oder der Vertrag mit dem Abschlussprüfer unternehmerische Entscheidungen. Das Gleiche gilt für den Zustimmungsvorbehalt als Maßnahme der präventiven Kontrolle. Maßnahmen der nachträglichen Kontrolle sind hingegen keine unternehmerischen Entscheidungen, da sie sich qualitativ und teleologisch von unternehmerischen Entscheidungen unterscheiden. Bei der gerichtlichen Verfolgung von Ansprüchen gegen den Vorstand besteht zwar ein Beurteilungsspielraum, aber kein unternehmerisches Ermessen. Die Entscheidung zwischen verschiedenen Rechtsansichten bei unklarer Rechtslage ist ebenfalls nicht unternehmerisch. Es handelt sich vielmehr um eine Frage des Verschuldens.

Die unternehmerische Entscheidung muss gem. § 116 i.V.m. § 93 I 2 AktG auf der Grundlage angemessener Information getroffen werden. Der sinngemäße Verweis des § 116 AktG bedeutet, dass der Nebenamtscharakter des Aufsichtsratsmandats berücksichtigt werden muss. Auch bei unternehmerischen Entscheidungen ist im Regelfall nicht das Informationsniveau des Vorstandes gefordert. In Krisensituationen und bei besonders riskanten Geschäften ist der Aufsichtsrat zu einer genaueren Prüfung verpflichtet. Bei rechtlichen Fragestellungen sind die ISON-Kriterien anwendbar. Insbesondere ist der Aufsichtsrat zu einer Plausibilitätsprüfung des Rechtsrats anhand des Telos der Norm verpflichtet. Ein Vergleich der Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat zeigt, dass die Anforderungen an letzteren geringer sind. Der Umfang der Pflichten bei der unternehmerischen Entscheidung spricht daher nicht für die Einführung des Berufsaufsichtsrats.

*\* Der Autor studiert im zehnten Semester Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg mit dem Schwerpunkt „Internationales und europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht“ und befindet sich gerade für zwei Auslandssemester in Dublin. Er ist studentische Hilfskraft beim Strafrechts Lehrstuhl bei Prof. Dr. Roland Hefendehle. Ferner ist der Autor ständiges Mitglied der Freilaw Redaktion.*

<sup>109</sup> Schön RdF 2015, 115, 122.

<sup>110</sup> Florstedt NZG 2017, 601, 609.

<sup>111</sup> Säcker/Rehm DB 2008, 2814, 2818.

<sup>112</sup> S. B. II. 1. c).

<sup>113</sup> Lutter AG 1994, 176, 177; Vetter 50 Jahre AG, 103, 144 Fn. 230 m.w.N.

<sup>114</sup> Lieder AR Wandel, 768.

<sup>115</sup> Säcker/Rehm DB 2008, 2814, 2818.

<sup>116</sup> Vetter 50 Jahre AG, 103, 144 f.

# Eine märchenhafte Theorie

von Theodor S. Lammich\*

Liebe Zuhörerinnen und Zuhörer,

fernab von Gut und Böse, lauscht man manchmal Behauptungen, die jedem Juristen das Blut in den Adern gefrieren lassen. Wir seien steif, sozial inkompetent und als Zeitgenossen etwa so lustig und erfrischend wie eine Vorlesung Kapitalmarktrecht bei diesem italienischen Gastprofessor, der immer so grimmig dreinschaut und den man ehrfürchtig nur den „Doc-Father“ nennt.

Ich meine: Wenn Du wirklich sicher gehen möchtest, dass Dein verloren gegangener Geldbeutel wirklich nie wieder in Deine Hände zurück gelangt, dann gibt es zwei Möglichkeiten: entweder machst Du richtig viel Geld rein – oder einen Mitgliedsausweis vom Deutschen Anwaltverein.

Ja, für unsere gut verdienenden Patentanwälte steht es in dieser Hinsicht schlecht.

So richtig gut sieht es jedenfalls nicht aus. In dieser Gesellschaft – so fürchte ich – steht das „S“ in Jurist für „sauteuer“, „sauanstrengend“ oder „Sau-“... Ja, Sau. Jedenfalls nicht für „nett“. Was nun auch reichlich eigenartig wäre bei einem „S“.

Aber woran liegt es eigentlich? Dieser Frage wollte ich auf den Grund gehen. Darum saß ich mich gemeinsam mit mir an den Tisch und tat die zwei Dinge, die ich eigentlich sowieso die ganze Zeit schon in der Examensvorbereitung mache.

Nummer 1: Nachdenken, Nummer 2: Verzweifeln.

Kein Problem, „do it like a prof“, dachte ich mir. Sprich: Wenn man etwas nicht versteht, dann begründet man eben seine eigene kleine Literaturmeinung.

Meine Damen und Herren:

*„Eine sich im Vordringen befindende Mindermeinung sieht in der sozialen Ächtung des juristischen Berufsstandes die unmittelbare Folge eines folkloristischen Defizits eben jener (sog. Defizits-Theorie).“*

Während die Welt da draußen, auch als „Mandanten“ bekannt, ihre Freizeit mit Spiel, Spaß und Prosatexten verbringt, verkriecht sich der gemeine Jurist in seine eigene fabelhafte Welt der Drittschadensliquidationen und Hypothekarischen Haftungsverbänden, wo das höchste aller Gefühle nicht die eigene, sondern die Befriedigung des Insolvenzgläubigers ist.

Kein Wunder, dass wir nicht wissen, wie wir uns da draußen verhalten sollen.

Das soll sich heute ändern.

Und wie bringt man anderen schon seit Jahrhunderten auf spielerische Art und Weise die Werte und Normen der Gesellschaft bei?

Richtig. Durch tief sexistische, in patriarchischen Strukturen spielende und nicht vor makabren, blutrünstigen Gewaltdarstellungen zurückschreckende Kindergeschichten.

Meine Damen und Herren, ich präsentiere: Ein Märchen – so, dass wir es auch verstehen.

[Erzählerstimme]

Vor langer Zeit, in einer nicht näher benannten, absoluten Monarchie, da saß die Königin an einem Fenster mit schwarzem Ebenholz und nähte. Zu ihrem Leidwesen nicht lege artis – mit einem Stich verletzte sie in eigenverantwortlicher Selbstgefährdung ihre Substanz und drei Tropfen Blut fielen in den schneeweißen Schnee. Das darauffolgende Bild veranlasste die Königin im Rahmen einer fortgesetzten Interpretation dazu, ihm immer weitreichendere Bedeutung zu entnehmen. Und im Wege eines Ausbruchs kreativ-schöpferischer Gedankenkraft, tätigte sie die Spontanäußerung:

*„So schwarz wie eine Letter,  
das sind die Fensterbretter,  
und der Schnee so weiß wie ein Vampir,  
nein – wie Dünndruckpapier!  
und dann kommt noch das Rot dazu,  
der Gedanke lässt mir keine Ruh:*

*Werde ich mal ein Kindlein haben,  
soll es den Namen Schönfelder tragen!“*

Und wie es der Zufall wollte, trat in naher Zukunft ein Kind vollständig und lebend aus dem Mutterleib aus und ein Mädchen namens Schönfelder wurde, ohne dass es auf die Durchtrennung der Nabelschnur ankäme, ganz im Sinne des § 1 des - hier nicht ganz so bürgerlichen - Gesetzbuches geboren. Nicht in Gänze zur Freude der Mutter, welcher mit der Geburt nur noch das postmortale Persönlichkeitsrecht zu Gute kam.

Und da auch ein König sich nach Zweisamkeit sehnt, verpflichtete auch dieser hier sich schon bald erneut zur ehelichen Lebensgemeinschaft und fristete nun sein majestätisches Dasein mit einer Frau, so charmant wie das deutsche Zwangsvollstreckungsrecht.

Oder anders formuliert: Sie war zwar billig, aber nicht gerecht.

Und nachdem die schöne Schönfelder im Laufe der Jahre zu einem voll geschäftsfähigen Bestandteil des königlichen Rechtsverkehrs heranreifte, erkannte die neue First Lady einen Lebenssachverhalt, der bei ungehindertem Fortlaufen des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in eine Beeinträchtigung ihrer Stellung als schönste Frau im Staate mündete.

Ja, die schöne Schönfelder war schon verdammt schön.

Aber zurück zu unserer bösen Stiefmutter: Diese lernte zu ihrer Freude erst kürzlich in der Diskothek den D kennen, einen damals noch unselbstständigen und komplexbeladenen jungen Mann, mit welchem sie sich schon bald in einem von Mystizismus, Scheinerkenntnis und Irrglauben geprägten neurotischen Beziehungsgeflecht wiederfand. Die Königin nahm diese Gelegenheit geistesgegenwärtig wahr und sagte zu ihm:

*„D, mein kleiner Augenschmaus,  
stark wie ein Werkzeug siehst Du aus,*

*möchtest Du nicht ganz vielleicht,  
sofern es mit Deiner Blödheit reicht,  
die Schönfelder erschießen bald,  
- sonst macht uns der Katzenkönig kalt.“*

D, dem theoretisch nur noch drei Folgen Dschungelcamp fehlten, um mit seinem Intelligenzquotienten endgültig unter die Schwelle zur absoluten Schuldunfähigkeit zu rutschen, übersah, was einem jeden hätte einleuchten müssen und setzte schon am Folgeabend mit Gewissheit um die Drohgebärde des Katzenkönigs unmittelbar zur Tat an.

Mit seinem Jagdgewehr streifte er durch den dunklen Wald. In weiter Ferne erspähte er schon die junge Dame in Ausübung ihres abendlichen Spazierganges. Er erhob die zur Verletzung von Menschen bestimmte Waffe im technischen Sinne und visierte das Angriffsziel an.

*„Knattaratäng“*

Mit Wissen und Wollen um den tödlichen Erfolg seines Handelns schoss er auf das arme Ding, welches sofort zu Boden ging.

*„Getroffen habe ich, ich guter Mann,  
Und das, obwohl ich sonst nichts kann.  
Ein Schuss, ein Ziel, ein Treffer,  
sagt mir nur, wem gelänge das besser?  
Doch was sehen meine Augen hier?  
Da wird es bang und übel mir.  
Es trifft mich hart, ein derber Schlag -  
einem error in persona ich unterlag!“*

Ja, in der Tat war es die kaltherzige Königin und nicht die schöne Schönfelder, die der dümmliche D in die ewigen Jagdgründe getrieben hat.

Diese hatte sich schon ein paar Tage zuvor zwecks Jurastudium in einer weit entfernten Stadt in eine Groß-WG niedergelassen, wo sie zumindest bis zur ihrer Examensvorbereitung mit ihren sieben kleinwüchsigen Mitbewohnern einen glücklichen und vor allem lebendigen Lebensstil zu führen pflegte.

Und wenn der Erbfall nicht eingetreten ist, so ist sie auch heute noch grundrechtsfähig.

Damit endet unser Märchen von der schönen Schönfelder. Vielleicht – und das war ja von Anfang an bestimmungsgemäßes Ziel meines heutigen Vortrags – nehmen wir die Lehren dieser packenden, rührenden und sicherlich auch examensrelevanten Geschichte mit, die da lautet:

*Möchtest Du jemanden um die Ecke bringen,  
Dann pack die Sache selber an,  
Denn sollte es Deinem Helfer nicht recht gelingen,  
Bist Du vielleicht ja selber dran.*

*\*Der Verfasser studiert Jura im neunten Semester an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im Breisgau. Das Gedicht entstand in Rahmen des vom Deutschen Anwaltverein (DAV) unterstützten Jura Poetry Slam. Der Verfasser hat im Rahmen dieses Slams mit dem Gedicht den ersten Platz bei der Vorauswahl in Freiburg belegt und das Finale im September 2018 in Berlin gewonnen.*

# Das BACKSTAGE-Programm bei Clifford Chance

-

## Praktikumsbericht

von Thomas Quirin\*

Nur wenige angehende Juristinnen und Juristen können sich unter dem Begriff „Großkanzlei“ – gerade in seiner typisierend gebrauchten Funktion – etwas Konkretes vorstellen, sondern vielmehr ranken sich hartnäckige Mythen um Atmosphäre, Arbeit und vor allem Arbeitsalltag in einer Großkanzlei.

Clifford Chance zählt als eine der bedeutendsten Wirtschaftskanzleien der Welt zu eben jener Kategorie der Großkanzleien. Das von ihnen angebotene BACKSTAGE-Programm soll den Nebel um die Mythen vertreiben und einen Blick hinter die Kulissen geben.

Für mich war das BACKSTAGE-Programm am Standort München das erste Praktikum in einer Großkanzlei und ich kann nur resümieren – Clifford Chance ist nicht nur ein Blick hinter die Kulissen gelungen, sondern auch ein verdammt spaßiger und lehrreicher!

So taucht man für sechs Wochen in einem der drei deutschen Standorte (Frankfurt/Düsseldorf/München) als Teil eines Teams in ein bestimmtes Sachgebiet ein und arbeitet hautnah an den Mandaten. Dazu gesellen sich zahlreiche Vorträge wie Bereichsvorstellungen, welche dazu dienen, über das Tätigkeitsfeld des eigenen Teams hinaus Einblick in die anderen Sachbereiche der Kanzlei zu erhalten, Workshops z.B. zum Verhandeln oder zu Legal-Tech, und auf die Wünsche der Praktikanten zugeschnittene Englischkurse. In Informationsveranstaltungen zur Vorbereitung auf das 1. Examen und zur Entscheidung über eine mögliche Promotion oder einen LL.M. gibt es zudem nützliche Tipps und Erfahrungsberichte.

Diese Aufzählung zeigt schon, dass die Zeit bei Clifford eine unglaublich intensive war. Ich wähle hier bewusst „intensiv“, denn sie war nicht „anstrengend“ oder gar „aufreibend“. Dafür sorgen neben der allgemeinen Offenheit der Anwälte zahlreiche soziale Events, durch welche man sich schnell als Mitglied der Sozietät fühlt. Ein zweitägiger *Kick-off* in Frankfurt, ein *Get-together* mit den Anwälten gleich zu Beginn des Praktikums oder aber eine kulinarische Stadtführung durch München sind dabei nur die vorgesehenen Events. Daneben hat sich zwischen uns Praktikanten ein Gruppengefühl entwickelt, das nicht selten zu hitzigen Runden am Kickertisch geführt hat.

Am Ende stand natürlich der Abschlussabend, bei dem trotz der bevorstehenden Ostertage erfreulich viele Anwälte teilgenommen haben und so konnten die vergangenen sechs Wochen gebührend gefeiert werden.

Und dann sind sie auch schon wieder vorbei, die sechs Wochen. Die Mythen wurden damit vertrieben und ich habe ein eigenes, sehr detailliertes Bild von der Arbeit in der Großkanzlei erhalten.

Wie dieses Bild aussieht, werde ich euch nicht zeigen, denn es wäre subjektiv. Dieses Bild muss sich jeder selbst malen. Was ich euch aber mit auf den Weg in das BACKSTAGE-Programm geben möchte: nehmt euch nebenher nichts vor, denn je mehr ihr euch in eurem Team einbringt, desto umfangreicher und komplexer werden die euch zugeilten Aufträge sein und desto schärfer am Ende euer Bild von Clifford Chance.

*\* Der Verfasser hat im Frühjahr 2018 ein Praktikum bei Clifford Chance absolviert, in dessen Rahmen dieser Bericht entstand.*



## Rezension zu „Beck'scher Referendarführer 2018/2019“

von Moritz Neumann\*

Solange ein doppelt examinierter Jurist nicht das Glück hat, bei Mamas oder Papas Anwaltskanzlei als Juniorpartner einzutreten, stellen sich angehende Juristen spätestens nach dem zweiten Staatsexamen unweigerlich die Frage, wohin ihr beruflicher Werdegang führen soll. Während so mancher sofort in einer internationalen Großkanzlei arbeiten möchte, an ein Richteramt denkt oder sich die Arbeit in der höheren Verwaltung vorstellen kann, wollen andere zunächst noch einen LL.M. absolvieren oder eine Doktorarbeit schreiben. Der Beck'sche Referendarführer 2018/2019 versorgt den genannten Personenkreis mit detaillierten Informationen bezüglich etwaiger Karrierevorstellungen.

Der Beck'sche Referendarführer 2018/2019 erscheint in einem A4 Format und hat ein ansprechendes Äußeres. Neben dem schlichten Design ist zu erwähnen, dass dieses Buch durch seine verschiedenen Verzeichnisse sehr übersichtlich gestaltet ist. So gibt es jeweils ein Verzeichnis für Kurzbeiträge, Kanzlei- und Unternehmensprofile, Literaturempfehlungen sowie nützliche Adressen und Informationen. Auch die farblichen Markierungen zu den jeweiligen Gebieten an den Außenseiten erleichtern das Zurechtfinden im Werk und fördern somit die Übersichtlichkeit. Des Weiteren wurde vor allem in der Rubrik Beiträge Wert darauf gelegt, das Gelesene durch sinnbildhafte und teils humoristische Illustrationen zu veranschaulichen, was größtenteils gelungen ist.

Nach einem kurzen Geleitwort beginnt der Beck'sche Referendarführer 2018/2019 mit Beiträgen von erfahrenen Berufsträgern sowie Berufsanfängern. Darauf folgen auf 200 Seiten Kanzlei- und Unternehmensprofile. Hierbei ist jeder Kanzlei beziehungsweise jedem Unternehmen eine Doppelseite gewidmet, auf denen links in Stichworten und kleineren Texten auf Struktur und Größe der jeweiligen Kanzlei oder des Unternehmens eingegangen wird und rechts ebenjene/s Werbung machen kann. Im Anschluss an diesen mit Abstand längsten Teil erhält die Leserin oder der Leser auf einigen Seiten Literaturempfehlungen sowie nützliche Adressen und Informationen.

Das Werk fährt mit lesenswerten Beiträgen von verschiedensten Personen auf. So hat der Schriftsteller Sebastian Fitzek ebenso etwas geschrieben wie der Referendar Tim Lisner. Auch thematisch erfährt die Rubrik Beiträge eine gute Mischung. Beispiels-

weise folgen auf einen Beitrag zur Tätigkeit im Arbeitsrecht innerhalb einer Großkanzlei Bewerbungstipps für die Auslandsstation im Referendariat. Insofern spiegeln die Beiträge nahezu die gesamte Bandbreite der beruflichen Auswahlmöglichkeiten wider, die zwei juristische Staatsexamina ermöglichen. Die Kurzvorstellungen der Kanzleien und Unternehmen geben interessante Informationen zu Tätigkeitsschwerpunkten, Mandaten, Fortbildungsoptionen, Work-Life-Balance und nicht zuletzt zu Gehaltsaussichten. Das Werk wird durch entsprechende Literaturempfehlungen und nützliche Adressen abgerundet.

Besonders innerhalb der Kanzlei- und Unternehmensprofile wird man jedoch den Eindruck nicht los, dass der Beck-Verlag sämtlichen dort aufgeführten Unternehmen und Kanzleien eine Werbeplattform bietet und sich vor allem die größeren Wirtschaftskanzleien in einem Wettkampf um die höchsten Gehaltsaussichten befinden. Kleinere und mittelständische Kanzleien, die Verwaltungen sowie Gewerkschaften wirken dagegen blass und vermögen dies nicht durch Vorteile, die sie ohne Frage bieten können, zu kompensieren.

Nichtsdestotrotz stellt der Beck'sche Referendarführer 2018/2019 eine lohnenswerte Lektüre für die einschlägige Personengruppe dar. Interessante Beiträge zu verschiedenen Berufsfeldern wechseln sich mit Fakten zu einem potentiellen Arbeitgeber ab. Besonderes Interesse wird dann geweckt, wenn sich die Angaben eines Arbeitsgebers, sei es einer internationalen Wirtschaftskanzlei bezüglich der Arbeitsweise und –atmosphäre, nicht mit dem decken, was allgemein von einer Arbeit dort bekannt ist. Der Eindruck einer Werbeplattform für Kanzleien, Unternehmen und nicht zuletzt für die Beck'sche Verlagsgruppe ist insofern verzeihlich, als dieser Katalog kostenlos bestellt sowie heruntergeladen werden kann.

*\*Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und befindet sich derzeit in der Examensvorbereitung.*

# Rezension zu „Markenrecht“

-

Berlit, Wolfgang (10. Auflage, 2015)

von Karolina Kita\*

Das Markenrecht ist ein wichtiger Bestandteil der Immaterialgüterrechte und taucht, obwohl es nicht zum examensrelevanten Pflichtstoff gehört, bereits während des Studiums innerhalb universitärer Schwerpunktbereiche auf. Die Frage nach richtiger Literatur stellt sich damit auch für Studierende der höheren Fachsemester. Obwohl das Buch vornehmlich an Rechtsanwälte, Patentanwälte oder Unternehmensjuristen gerichtet ist, kann es dennoch als Begleitliteratur zu Vorlesungen herangezogen werden.

## 1. Aufbau

Das Lehrbuch zum Markenrecht erschien 2015 in der 10. Auflage im C.H.Beck Verlag.

Übersichtlich gliedert, leitet es zunächst mit den Grundlagen des markenrechtlichen Schutzes ein, um dann mit den einzelnen Schutzhindernissen, den Ansprüchen aus der Marke sowie der Darstellung der §§23ff. und dem Eintragungsverfahren fortzufahren. Am Ende des Buches wird zudem die internationale Registrierung, sowie die Gemeinschaftsmarke (jetzt Unionsmarke) dargestellt und erörtert. Im Anhang daran sind die entsprechenden Gesetzestexte, die Klasseneinteilung und ein alphabetisch geordnetes Fundstellenverzeichnis aller wichtigen Urteile des EuGH, BGH und BPatG zu finden.

Die logische Gliederung, ein übersichtliches Schriftbild sowie hervorgehobene Kernwörter und Übersichten erleichtern dabei den Lesefluss.

## 2. Inhalt

Mit 244 Textseiten deckt das Buch inhaltlich die wichtigsten markenrechtlichen Anspruchsgrundlagen und Themengebiete ab, wobei es dem Leser einen fundierten Überblick über die Thematik bietet. Obwohl dieses Buch in erster Linie an die Praxis gerichtet ist, kann es dennoch als Begleitliteratur zum Schwerpunktstudium herangezogen werden. Insbesondere durch vielzählige Beispiele und Urteile wird das Verständnis des Lesers für markenrechtliche Problemstellungen geschult.

Wünschenswert wäre allerdings die Ausweitung des Kapitels zur Unionsmarke, damit nicht nur die Grundlagen, sondern auch speziellere Problemstellungen Erwähnung finden.

## 3. Stellungnahme

Insgesamt vermittelt das Werk einen sehr guten Einblick in das Marken- und Kennzeichenrecht und ist sowohl als Lehrbuch für die Praxis, als auch zur Vertiefung der Materie gut geeignet.

Für Studenten, die sich erstmalig mit der Thematik auseinandersetzen, kann das Buch und die Fülle der Beispiele auf den ersten Blick überwältigend sein. Ohne markenrechtlichen Hintergrund ist es zunächst schwierig, die tatsächlich klausurrelevanten Problemfelder und das Grundwissen herauszufiltern. Die Tatsache, dass das Buch als eine Art Lehrbuch für die Praxis sein soll, sollte beim Erwerb des Buches im Hinterkopf behalten werden, womit das Werk für Studierende eher als Nachschlagewerk oder Vertiefungsliteratur, und nicht als ein Lehrbuch zu empfehlen ist.

*\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und befindet sich derzeit in der Examensvorbereitung.*

# Rezension zu „Internationales Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht“

-

Prof. Dr. Haimo Schack (7. Auflage, München 2017)

von Nedret Madak\*

Das internationale Zivilverfahrensrecht ist eine sich ständig wandelnde Materie, in der man schnell den Überblick verlieren kann. Fachliteratur in deutscher Sprache ist rar. Die Neuauflage des Klassikers von Haimo Schack ist das derzeit aktuellste Standardwerk auf diesem Gebiet. Auf über fünfhundert Seiten vermittelt es umfassendes Wissen im internationalen Zivilprozessrecht, Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht.

## A. Aufbau

Das juristische Kurz-Lehrbuch zum internationalen Zivilverfahrensrecht von Haimo Schack ist 2017 in der siebten Auflage im C.H.Beck Verlag erschienen. Die Neuauflage verarbeitet die zahlreichen Gesetzesänderungen auf europäischer Ebene. Der sechsgeteilte Aufbau vermittelt zunächst die Grundlagen des internationalen Zivilverfahrensrechts, behandelt dann die völkerrechtlichen Grenzen der Gerichtsgewalt und Urteilsanerkennung und -vollstreckung. Die letzten beiden Teile sind schließlich dem Insolvenzrecht und der Schiedsgerichtsbarkeit gewidmet. Mit diesem Aufbau wird der Leser logisch von den Grundlagen in die Spezialmaterien geleitet. Der Schwerpunkt des Werkes liegt – wie schon sein Titel vermuten lässt – auf dem internationalen Zivilverfahrensrecht.

Die übersichtlich gehaltene Gliederung mit prägnanten Schlagwörtern erleichtert das Auffinden der gesuchten Stellen. Bemerkenswert und für den Leser besonders wertvoll ist die Rechtsquellenübersicht in Teil 1 § 3 und die Literaturübersicht in Teil 1 § 4. Erstere erleichtert das Auffinden der einschlägigen Rechtsquelle in der Vielzahl von Staatsverträgen, multilateralen Übereinkommen, EU-Verordnungen etc. ungemein. Letztere führt, sinnvoll sortiert nach Ländern, eine Auswahl zentraler Literatur zum Zivilverfahrensrecht auf, wobei sowohl deutschsprachige Schriften als auch Werke in der jeweiligen Landessprache Erwähnung finden.

## B. Inhalt

Inhaltlich lässt das Werk von Haimo Schack kaum Wünsche offen. Auf übersichtlich strukturierten Seiten gibt der Verfasser umfangreiche Informationen zu allen behandelten Materien. Umfassende Angaben zu weiterführender Literatur ermöglichen

ein tiefes Eintauchen in die Materie und machen das Buch als Ausgangswerk für fachspezifischen Arbeiten interessant. Beispiele und vertiefende Ausführungen in kleinerer Schriftart runden das Bild ab. Für den Studenten sind die inhaltlichen Ausführungen teilweise jedoch schwer verständlich, ein gewisses Vorwissen des Lesers wird vorausgesetzt und die Fachsprache macht ein „Überfliegen“ des Textes nahezu unmöglich. Ein konzentriertes Lesen ist stets erforderlich. Für Studenten, die sich mit dem Buch im Schwerpunkt auf ihre Prüfungen vorbereiten wollen, wären auch besser auf ihre Bedürfnisse zugeschnittene Fallbeispiele und die ein oder andere schematische Darstellung hilfreich. Dennoch kommt auch der studentische Leser auf seine Kosten, denn die ausführliche Bearbeitung der Themenkomplexe ermöglicht ein tiefergehendes Verständnis des internationalen Verfahrensrechts, das durch die Ausführungen zum internationalen Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht komplettiert wird.

## C. Resümee

Insgesamt ist das Buch von Haimo Schack ein großartiges Werk für alle, die sich intensiv mit dem internationalen Zivilverfahrensrecht auseinandersetzen wollen. Besonders hervorzuheben sind die umfangreichen Literaturübersichten, die dem Leser jederzeit die Möglichkeit geben, sich vertieft mit dem gelesenen Themengebiet auseinanderzusetzen. Haimo Schack gelingt es, das komplexe Gebiet des internationalen Verfahrensrechts übersichtlich zu behandeln, ohne es zu sehr zu vereinfachen. An den studentischen Leser stellt er dabei hohe Ansprüche, als Nachschlagewerk und zum tieferen Verständnis des internationalen Verfahrensrechts ist es jedoch uneingeschränkt empfehlenswert.

*\*Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin und befindet sich derzeit in der Examensvorbereitung.*

# Eins drauflegen.

Was gute Juristen noch besser macht.



## Praktikanten, Referendare, Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w)

Besondere Talente verdienen besondere Förderung. Für diesen Anspruch steht unsere ReferendarAcademy. Als eine der weltweit führenden Anwaltssozialitäten sind wir immer auf der Suche nach hochqualifizierten Nachwuchskräften (m/w) für unsere Büros in Düsseldorf, Frankfurt am Main und München. Ausgezeichnete Examina und exzellentes Englisch setzen wir dabei voraus. Im Rahmen unserer ReferendarAcademy bieten wir Ihnen als Referendar u. a. in Zusammenarbeit mit dem Repetitorium KAISERSEMINARE Intensivkurse zur Vorbereitung auf das Assessorexamen, einen Überblick über unsere Rechtsbereiche und eine Einführung in relevante Business Skills. Für die stetige Weiterbildung unserer Anwälte sorgt die Clifford Chance Academy.

Erfahrene externe und interne Referenten informieren über aktuelle juristische Entwicklungen und vermitteln Fähigkeiten und Kenntnisse, die für eine Beraterpersönlichkeit entscheidend sind.

Haben wir Ihr Interesse geweckt? Wir freuen uns über Ihre Bewerbung per E-Mail an [karriere@cliffordchance.com](mailto:karriere@cliffordchance.com). Ihre Ansprechpartnerin: Nicola von Tschirnhaus, 069 7199-4477.

### Career starts with C

Informationen zu uns und der ReferendarAcademy:  
[www.cliffordchance.com/karriere](http://www.cliffordchance.com/karriere).

**C L I F F O R D**  
**C H A N C E**

**juv** 2017  
**AWARDS**  
Kanzlei des Jahres

**azur** AWARDS  
2017  
Aus- und Fortbildung

# SCHRADE & PARTNER

RECHTSANWÄLTE

Seit 1976 betreuen wir Unternehmen und Unternehmer in allen Fragen des Wirtschaftsrechts. Mit fünf Standorten im südlichen Baden-Württemberg und einem in Berlin sind rund 35 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte immer genau dort, wo unsere Mandanten uns brauchen.

**„Wir geben der Wirtschaft Recht.“**

Unser Credo prägt unsere täglichen Aufgaben: Wir bieten ein breites Spektrum an Fachwissen und verfügen über einen großen Erfahrungsschatz in folgenden Kernkompetenzfeldern:

- **Gesellschaftsrecht**
- **Handelsrecht**
- **Unternehmenskauf (M&A) / Unternehmensumstrukturierung**
- **Arbeits- und Dienstvertragsrecht**
- **Aktienrecht**
- **Erbrecht und Unternehmensnachfolge**
- **Sanierungs- und Restrukturierungsberatung, Insolvenzrecht**
- **Vergabe- und Kartellrecht**
- **Prozessführung / Litigation**
- **Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht**
- **Recht des Gesundheitswesens**

Wir arbeiten standortübergreifend und interdisziplinär. Selbstverständlich werden neben den rechtlichen auch sämtliche steuerlichen und betriebswirtschaftlichen Aspekte berücksichtigt. Deshalb pflegen wir eine enge Zusammenarbeit mit Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern.

Außerdem stehen unsere Beratungskonzepte immer in einem vernünftigen finanziellen Verhältnis zur Aufgabenstellung.

Sie möchten uns besser kennenlernen? Sprechen Sie uns gerne jederzeit an!

## UNSERE STANDORTE

### **BERLIN**

Georgenstraße 23  
10117 Berlin  
Telefon: +49/30/235024-0  
Telefax: +49/30/235024-99  
berlin@schrade-partner.de

### **LAHR**

Stefanienstraße 45  
77933 Lahr  
Telefon: +49/7821/99039-30  
Telefax: +49/7821/99039-59  
lahr@schrade-partner.de

### **TUTTlingen**

Bahnhofstraße 44  
78532 Tuttlingen  
Telefon: +49/7461/965093-10  
Telefax: +49/7461/965093-99  
tuttlingen@schrade-partner.de

### **FREIBURG**

Hermann-Herder-Straße 4  
79104 Freiburg  
Telefon: +49/761/389469-0  
Telefax: +49/761/389469-99  
freiburg@schrade-partner.de

### **SINGEN**

Hegau-Tower, Maggistraße 5  
78224 Singen  
Telefon: +49/7731/59145-500  
Telefax: +49/7731/59145-510  
singen@schrade-partner.de

### **VILLINGEN-SCHWENNINGEN**

Max-Planck-Straße 11  
78052 Villingen-Schwenningen  
Telefon: +49/7721/20626-0  
Telefax: +49/7721/20626-100  
villingen@schrade-partner.de

Weitere Informationen finden Sie auf unserer Website | [www.schrade-partner.de](http://www.schrade-partner.de)





### **Wer sind wir?**

**FREILAW** ist die studentisch-juristische Zeitschrift der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und besteht als Projekt Freiburger Studierender bereits seit 2006. Die Zeitschrift erscheint in drei bis vier Ausgaben jährlich online und teilweise auch gedruckt. Neben wissenschaftlichen Artikeln veröffentlichen wir auch solche, die über das Fachliche hinausgehen und für Jurastudierende lesenswert sind. In unseren Ausgaben veröffentlichen wir darüber hinaus regelmäßig Erfahrungsberichte über Auslandsaufenthalte sowie Interviews im Rahmen der Berufsperspektive für Juristen.

### **Warum gerade Ihr?**

Egal ob Ihr im ersten oder letzten Semester seid: Ihr könnt euch bei uns jederzeit in die Redaktionsarbeit einbringen oder sogar eigene Artikel veröffentlichen.

### **Was erwartet Euch?**

Wir haben Aufgaben in vielen Bereichen, von der Redaktionsmitarbeit, der Pflege unseres Internetauftritts bis hin zur Öffentlichkeitsarbeit u.v.m. Euch erwartet eine angenehme Arbeitsatmosphäre in einem netten und motivierten Team.

### **Was erwarten wir?**

Kreative und motivierte Mitarbeiter, die Interesse an der Weiterentwicklung des Journals haben.

### **Worauf wartet Ihr?**

Kommt einfach zur nächsten Redaktionssitzung vorbei!  
Die Termine der Redaktionssitzung werden auf unserer Homepage ([www.freilaw.de](http://www.freilaw.de)) und auf unserer Facebook-Seite ([www.facebook.com/freilaw](http://www.facebook.com/freilaw)) bekanntgegeben.





**FREILAW**  
Freiburg Law Students Journal