

Preiskontrollen von Drittstaaten auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland und ihre rechtliche Zulässigkeit

Von Rechtsanwalt Dr. Friedrich GRAF VON WESTPHALEN, Köln

Bennecke¹ hat kürzlich an dieser Stelle die Frage untersucht, ob die von einem deutschen Unternehmen im Auftrag der nigerianischen Zentralbank durchgeführten Preiskontrollen rechtlich zulässig sind. Er ist zu dem Ergebnis gelangt: Die seit dem 1. 1. 1979 für alle Exporte nach Nigeria erforderlichen Preiskontrollen verstoßen gegen Art. VIII des Abkommens von Bretton Woods. Die von einem deutschen Unternehmen durchgeführten Preiskontrollen („inspections“) sind unerlaubte hoheitliche Tätigkeiten auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland. Bennecke disqualifiziert die von einem deutschen Unternehmen durchgeführten Preiskontrollen als rechtswidrige und schuldhaftige Nötigung im Sinn des § 240 StGB – mit der Folge, daß die Preisprüfungsmaßnahmen gemäß

§ 826 BGB sittenwidrig sind, so daß Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche bestehen. Bennecke irrt, wenn er erklärt, Preiskontrollen von Drittländern auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland würden erst „seit einigen Monaten von verschiedenen Staaten“² durchgeführt. Indessen steht fest, daß die deutsche Tochtergesellschaft der Société Générale de Surveillance S. A., Genf, in dieser Weise bereits seit 1965 tätig ist – freilich nicht gegenüber Nigeria, weil das entsprechende Dekret³

¹ Bennecke, RIW/AWD 1979 S. 809 ff.

² Ebenda.

³ Pre-Shipment Inspection of Import Decree 1978, Decree No. 36, Supplement to Official Gazette Extraordinary No. 59, Vol. 69, 29th December 1978, Part A 295 ff.

erst am 1.1.1979 in Kraft trat. Bennecke erwähnt mit keinem Wort die Selbstverständlichkeit, daß nämlich die deutschen Exporteure den auf eine Preiskontrolle („inspection“) zielenden ausländischen Gesetzen unterworfen sind; es handelt sich hierbei um den bekannten Tatbestand einer extra-territorialen Wirkung ausländischer Gesetze⁴. Folglich unterläßt es Bennecke auch, die sich daraus ergebenden kollisionsrechtlichen – und privatrechtlichen – Folgerungen für die deutschen Exporteure abzuleiten, obwohl es hierauf, wie noch zu zeigen sein wird, maßgebend ankommt. Bennecke stellt vielmehr die Dinge so dar, als seien die deutschen Exporteure unmittelbar der Zwangsgewalt der Tochtergesellschaft der SGS, Genf, ausgeliefert; anders ist der Hinweis des Verfassers nämlich kaum zu verstehen, daß Verstöße gegen das nigerianische Dekret hohe Geld- und/oder Freiheitsstrafen nach sich ziehen⁵, obwohl doch evident ist: Geld- und/oder Freiheitsstrafen können vom nigerianischen Staat nach völlig unbestreitbarer Auffassung nur innerhalb seines Territoriums verhängt werden; sie können also nicht auf deutsche Exporteure erstreckt werden, weil sich anerkanntermaßen kein Staat zum „Büttel“ eines anderen macht, indem er sich dazu hergibt, fremdes Hoheitsrecht auf seinem eigenen Territorium durchzusetzen⁶. Der Verfasser weist darauf hin, daß „einige Exportländer“ Preiskontrollen „nicht dulden“ und verweist dabei in der Fußnote⁷ auf die Ostblockländer. Aber Preiskontrollen haben – dies dürfte wohl widerspruchlos hingenommen werden – in sozialistischen Ländern keinerlei Relevanz. Es handelt sich um Planwirtschaften, in denen der Marktpreis keine Funktion besitzt. Es entspricht gängiger Erfahrung, daß diese Länder eher zum Dumping neigen als zum „Overpricing“, welches Ausgangspunkt der von verschiedenen schwarzafrikanischen Ländern⁸ durchgeführten Preiskontrollen ist. Da also der Hinweis des Verfassers auf die Praxis der Ostblockstaaten keineswegs verfehlt, sei angemerkt: Nicht nur die Bundesrepublik Deutschland, sondern auch die anderen EG-Länder lassen die von den Tochtergesellschaften bzw. Agenten der SGS, Genf, durchgeführten Preiskontrollen auf ihrem Territorium unbeanstandet geschehen.

I. Das Abkommen von Bretton Woods

Bennecke vertritt die Auffassung, daß die Preiskontrollen der schwarzafrikanischen Staaten – dargestellt am Beispiel Nigerias – gegen die Statuten des internationalen Währungsfonds (IMF) verstoßen⁹. Der Verfasser ist der Meinung, es handle sich bei den durchgeführten Preiskontrollen um devisa-beschränkende Maßnahmen im Sinne des Art. VIII Abschnitt 2 des Abkommens von Bretton Woods – eine Meinung, die Bennecke zum einen damit begründet, eine „Zustimmung des Fonds“ zur „Inspection“ liege nicht vor, zum anderen damit, daß die „Pre-Shipment Inspection“ eine „unerwünschte Devisenbeschränkung“¹⁰ gemäß den „Annual Report on Exchange Restrictions 1978“, herausgegeben vom IMF, sei; doch beides trifft nicht zu.

1. Interpretation von Art. VIII Abschnitt 2 (a) des Abkommens von Bretton Woods

Art. VIII Abschnitt 2 (a) legt seinem Wortlaut nach – von hier nicht interessierenden Vorbehalten abgesehen – folgendes fest:

„No member shall, without the approval of the Fund, impose restrictions on the making of payments and transfers for current international transactions.“

Bennecke qualifiziert die in Deutschland durchgeführten Preisprüfungsmaßnahmen uneingeschränkt als „restrictions“ im Sinne dieser Vorschrift. Dies erscheint je-

doch höchst fraglich zu sein. Anerkannt ist nämlich¹¹, daß der Begriff „restriction“ streng – auch unter Berücksichtigung von Art. VII Abschnitt 2 (a) des Abkommens von Bretton Woods – von dem Begriff „control“ zu unterscheiden ist. Während staatliche Devisen-Kontrollmaßnahmen unter den Voraussetzungen des Art. VIII Abschnitt 2 (b) des Abkommens von Bretton Woods keiner Beschränkung unterworfen sind, steht fest, daß Art. VIII Abschnitt 2 (a) dieses Abkommens nur dann Anwendung findet, wenn und soweit die Voraussetzungen einer „restriction“ vorliegen. Generelle Abgrenzungskriterien hierfür sind nicht ersichtlich, vielmehr ist auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls abzustellen¹². Mann¹³ geht deshalb unter Berücksichtigung dieser Auslegungsprinzipien von einem sehr engen Begriff der „restriction“ in Art. VIII Abschnitt 2 (a) aus. Er hebt darauf ab, daß diese Verbotsvorschrift nur solche devisa-beschränkende Maßnahmen erfaßt, welche „faktische Hindernisse“ für den Zahlungsverkehr errichten¹⁴; diese „faktischen Hindernisse“ stehen im Gegensatz zu Maßnahmen, welche den freien Zahlungsverkehr in Devisen aufgrund gesetzlicher Verordnungen verlangsamen oder erschweren, was immer dann anzunehmen ist, wenn sich als Folge derartiger Maßnahmen keine unweigerliche Beschränkung des Devisenverkehrs ergibt („not inevitable restrict payments“¹⁵).

Legt man diese Auslegung von Art. VIII Abschnitt 2 (a) des Abkommens von Bretton Woods zugrunde, so besteht kein Zweifel daran: Die in Deutschland durchgeführte Preiskontrolle („inspection“) ist sicherlich eine Kontrollmaßnahme, weil die schwarzafrikanischen Staaten – einschließlich Nigeria – mit diesen Preiskontrollen einen unerwünschten Abfluß von Devisen vermeiden wollen; sie wollen gleichermaßen der in diesen Ländern bekanntlich grassierenden Bestechungsflut Einhalt gebieten, und sie wollen für Importware nur die Preise entrichten, die unter Berücksichtigung der jeweiligen Marktgegebenheit als marktgerecht einzustufen sind. Daraus aber ergibt sich: Der jeweilige Käufer ist durchaus in der Lage, seine Importgeschäfte in Devisen zu bezahlen; der deutsche Exporteur ist berechtigt, für sein Geschäft Devisen als Zahlungsmittel zu erhalten; indessen ist weder der eine noch der andere berechtigt, einen höheren Preis in Devisen zu zahlen oder zu fordern, der mit dem Preis für vergleichbare Lieferungen/Leistungen – unter Berücksichtigung der jeweiligen Marktgegebenheiten – nicht konform ist – mit der Folge, daß der deutsche Exporteur nach Prüfung der zu exportierenden Waren/Leistungen keinen „Clean Report of Findings“ erhält. Dies aber belegt:

Der jeweilige Devisen-Inländer kann sehr wohl für seine Importgeschäfte Devisen erhalten – und der deutsche Ex-

4 Vgl. weiter unten II 3.

5 S. 809

6 Hierzu BGH, 18.2.1957, BGHZ 23 S. 333, 337; vgl. auch Kegel, IPR, 4. Aufl., S. 504; Staudinger/Firsching, BGB, 10./11. Aufl., Vorbem. 383 vor Art. 12 EGBGB; Schulte, Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, insbesondere wirtschaftsrechtlicher Art im internationalen Vertragsrecht, Bielefeld 1975, S. 60 mit weiteren Nachweisen.

7 Fn. 2.

8 Burundi, Elfenbeinküste, Ghana, Kenia, Nigeria, Sambia, Tansania, Uganda und Zaire.

9 S. 810.

10 S. bei Fn. 13.

11 Silard, Money and Foreign Exchange, Ch. 20, Vol. XVII, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Tübingen 1975, S. 53 f.; Mann, The Legal Aspect of Money, 3. Aufl., Oxford 1971, S. 542 f.

12 Silard, a. a. O.

13 Mann, The Legal Aspect of Money (Fn. 2), S. 542 („Factual Obstacles“).

14 Mann, Beiträge zum Internationalen Privatrecht, 1976, S. 345, insbesondere bei Fn. 34; in diesem Zusammenhang sei auch auf die Regelung in Art. VI Abs. (3) des Abkommens von Bretton Woods verwiesen, wonach die Vertragsstaaten das Recht haben, internationale Kapitalüberweisungen zu „regulieren“.

15 A. a. O. (Fn. 13).

porteur erhält sie auch, sofern ihm ein „Clean Report of Findings“ ausgestellt worden ist.

Diese auf Mann¹⁶ zurückgeführte Deduktion wird auch durch die Entscheidungspraxis des IMF gestützt. Gold¹⁷ definiert nämlich eine „restriction“ in folgender Weise:

„The word ‚restriction‘ ... refers to the governmental prohibition of, limitation on, or hindrance to the availability or use of exchange in connection with current international transactions. If the government interferes with the ability of its residents to make payments abroad in the domestic currency for current international transactions or to acquire or use foreign currency for this purpose, or if it interferes with the freedom of nonresidents to take out the proceeds of these transactions, the government is engaging in a „restriction“.“¹⁸

Der entscheidende Begriff, welcher eine „restriction“ im Sinn von Art. VIII Abschnitt 2 (a) des Abkommens von Bretton Woods umschreibt, ist hiernach die „ability“, d. h. die Fähigkeit der Devisen-Inländer, überhaupt Zahlungen in der vereinbarten Devisenwährung zu leisten. Damit aber decken sich die Definitionen des Begriffs „restriction“ gemäß Art. VIII Abschnitt 2 (a) des Abkommens von Bretton Woods, welche die führenden Experten entsprechend der Entscheidungspraxis des IMF niedergeschrieben haben.

Es wäre hilfreich gewesen und hätte dazu beigetragen, die von Bennecke angeführte Diskussion zu versachlichen, wenn sich Bennecke mit dieser Literatur auseinandergesetzt hätte. Statt dessen stützt er sich lediglich auf die Verlautbarungen des IMF in dessen jährlich erscheinenden Bericht „On Exchange Restrictions“, der im übrigen für das Jahr 1978 die Bezeichnung trägt „Annual Report – Exchange Arrangements and Exchange Restrictions 1978“. Daß der IMF die Preisprüfungen – in den jeweiligen Länderabschnitten – erwähnt, ist indessen in gar keiner Weise ein Indiz dafür, daß es sich bei diesen Maßnahmen um „restrictions“ im Sinn des Art. VIII Abschnitt 2 (a) des Abkommens von Bretton Woods handelt. Zunächst ist darauf hinzuweisen: Bennecke ist der Auffassung, daß der IMF die „Pre-Shipment Inspections“ als „unerwünschte Devisenbeschränkungen“¹⁹ bezeichnet habe. Dies ergibt sich aber in keiner Weise aus den zitierten Fundstellen. Vielmehr erscheinen die Preisprüfungsmaßnahmen – bezogen auf die jeweiligen Länderberichte – unter der Überschrift „Imports and Import Payments“. Der IMF beschränkt sich dabei darauf, die wesentlichen Gesichtspunkte der jeweils geltenden Gesetze/Verordnungen/Dekrete darzustellen; eine Wertung der Preiskontrollmaßnahmen als „unerwünschte“ Devisenbeschränkungsmaßnahmen ist dort mit keinem Wort zu finden. Auch aus der Tatsache, daß die Preiskontrollmaßnahmen den Jahresberichten „On Exchange Restrictions“ zu entnehmen sind, kann nicht gefolgert werden, damit seien diese Maßnahmen als „restriction“ im Sinn des Art. VIII Abschnitt 2 (a) des Abkommens von Bretton Woods zu bewerten. Vielmehr liegt der Schluß nahe, daß der IMF diese „Pre-Shipment Inspections“ als „Exchange Control Regulations“ im Sinn des Art. VIII Abschnitt 2 (b) des Abkommens von Bretton Woods interpretiert – ganz abgesehen davon, daß die nach Art. VIII Abschnitt 2 (a) des Abkommens von Bretton Woods erforderliche Zustimmung auch durchaus stillschweigend erteilt werden kann²⁰.

2. Art. VIII Abschnitt 2 (b) des Abkommens von Bretton Woods

Da Bennecke – wie gezeigt – lediglich die devisenrechtliche Problematik der Preisprüfungstätigkeit unter dem Aspekt des Art. VIII Abschnitt 2 (a) des Abkommens von Bretton Woods untersucht und ohne weitere Differenzie-

rung das Vorliegen einer „restriction“ bejaht, ist ihm auch der Blick für die entscheidende Bestimmung des Art. VIII Abschnitt 2 (b) dieses Abkommens versperrt. Geht man nämlich davon aus, daß die „Pre-Shipment Inspection“ verschiedener afrikanischer Staaten als devisenrechtliche Maßnahme auf eine „Kontrolle“ der dortigen Devisenbestände zielt, dann sind die deutschen Exporteure den entsprechenden Gesetzen/Verordnungen/Dekreten, aus denen sich die Pflicht zur Durchführung derartiger „inspections“ ergibt, uneingeschränkt unterworfen. Denn selbst deutsche Gerichte und Verwaltungsbehörden wären gemäß Art. VIII Abschnitt 2 (b) des Abkommens von Bretton Woods verpflichtet, die „Exchange Control Regulations“ dieser Länder zu respektieren. Art. VIII Abschnitt 2 (b) hat nämlich folgenden Wortlaut:

„Exchange contracts which involve the currency of any member and which are contrary to the exchange control regulations of that member maintained or imposed consistently with this Agreement shall be unenforceable in the territories of any member (aus Devisenkontrakten, die die Währung eines Mitgliedes berühren und die im Gegensatz stehen zu den von dem Mitglied in Übereinstimmung mit diesem Abkommen aufrechterhaltenen oder eingeführten Devisenkontrollbestimmungen, kann in den Gebieten der Mitglieder nicht geklagt werden)“²¹.

Es besteht kein Zweifel daran: Exportverträge, deren Gegenleistung in Devisen – nämlich: deutsche Mark – stipuliert ist, müssen als „exchange contracts“ aufgefaßt werden²². Im Hinblick auf den für Art. VIII Abschnitt 2 (b) des Abkommens von Bretton Woods maßgebenden Zeitpunkt steht nunmehr fest: Es kommt nicht darauf an, wann die Verbindlichkeit begründet wurde²³, und auch der Zeitpunkt, in welchem eine gerichtliche Entscheidung begehrt wird²⁴, ist irrelevant; maßgebend nach der Rechtsprechung ist allein die Antwort auf die Frage, ob in dem Zeitpunkt, in welchem die mündliche Gerichtsverhandlung geschlossen wird, „exchange control regulations“ eines Landes zu beachten sind²⁵. Dies ist im Hinblick auf das von Bennecke gewählte Beispiel – Preisprüfungstätigkeit für deutsche Exporte nach Nigeria, welche vor dem 1.1.1979 kontrahiert, aber seit diesem Zeitpunkt den Preisprüfungsbestimmungen unterworfen sind – von hoher Bedeutung. Denn die Anwendung von Art. VIII Abschnitt 2 (b) des Abkommens von Bretton Woods bewirkt, daß deutsche Gerichte gehalten sind, die „exchange control regulations“ der schwarzafrikanischen Staaten, welche auf eine Preisprüfung in Deutschland abzielen, zu respektieren, weil die Übereinstimmung mit den die Preisprüfung vorschreibenden Gesetzen/Verordnungen/Dekreten der betreffenden Länder eine von Amts wegen zu beachtende Prozeßvoraussetzung darstellt²⁶. Soweit deut-

16 A. a. O. (Fn. 14); dort führt Mann aus: „Aber die Existenz von Devisenbestimmungen, die Anträge an die Devisenbehörde, die Übermittlung von Beweismitteln oder die Beantwortung von Fragen notwendig machen, ist in keiner Weise verboten.“

17 Vgl. Gold, RabelsZ 19 S. 601 ff.; ders., RabelsZ 22 S. 601 ff.; ders., RabelsZ 27 S. 606 ff.

18 Zitiert nach Silard (Fn. 11).

19 Bennecke, RIW/AWD 1979 bei Fn. 13.

20 Vgl. Mann (Fn. 11), S. 543; im übrigen hat der IMF gemäß Art. XIV Abs. (4) das Recht, auf die völlige oder teilweise Aufhebung von Devisen-Restriktionen hinzuwirken; daß dies im Verhältnis zu den Ländern geschehen ist, welche eine „Pre-Shipment Inspection“ durchführen, ist nicht bekannt.

21 BGBl. 1952 II S. 637.

22 Staudinger/Firsching (Fn. 6), Vorbem. 416 vor Art. 12 EGBGB; BGH, 27. 4. 1970, AWD 1970 S. 272; BGH, 24. 6. 1970, AWD 1970 S. 371; BGH, 8. 3. 1979, RIW/AWD 1979 S. 419 = WM 1979 S. 486; vgl. auch Mann, Beiträge zum Internationalen Privatrecht (Fn. 14), S. 323 ff., 339 ff.

23 Mann, JZ 1953 S. 242, 245.

24 BGH, 17. 2. 1971, BGHZ 55 S. 334 = AWD 1971 S. 291; BGH, 21. 12. 1976, RIW/AWD 1977 S. 433 = WM 1977 S. 332, 333.

25 So jetzt eindeutig BGH, 8. 3. 1979, WM 1979 S. 486.

26 BGH, 27. 4. 1970, AWD 1970 S. 272; BGH, 17. 2. 1971, AWD 1971 S. 291; BGH, 21. 12. 1976, RIW/AWD 1977 S. 433 = WM 1977 S. 332.

sehe Unternehmen sich nicht den Preisprüfungsbestimmungen der verschiedenen schwarzafrikanischen Staaten unterwerfen würden, wären diese Verträge – auch vor deutschen Behörden und deutschen Gerichten – „unenforceable“²⁷. Mit anderen Worten: Selbst wenn ein Exportvertrag deutschem Recht als Schuldstatut unterworfen und ein deutscher Gerichtsstand gegenüber einem nigerianischen Kunden/Importeur vorgesehen wäre, müßten die deutschen Gerichte die Kaufpreisklage des deutschen Exporteurs immer dann von Amts wegen als unzulässig abweisen, wenn und soweit der deutsche Exporteur nicht nachweisen könnte, daß er im Besitz eines „Clean Report of Findings“ ist. Dabei könnte der deutsche Exporteur – nach zutreffender Ansicht²⁸ – keineswegs geltend machen, die Preisprüfungsbestimmungen der betreffenden schwarzafrikanischen Staaten ständen nicht im Einklang mit den Statuten des IMF, weil für die Berücksichtigung ausländischen Devisenrechts in Form der „exchange control regulations“ ausreichend ist, daß der IMF, soweit bekannt, den betreffenden Devisenkontrollbestimmungen nicht ausdrücklich widersprochen hat²⁹.

3. Berücksichtigung ausländischen Devisenrechts außerhalb des Abkommens von Bretton Woods

Selbst wenn man von der Voraussetzung ausgeht, die Bennecke als erwiesen ansieht, daß nämlich die Preisprüfungsbestimmungen der schwarzafrikanischen Staaten devisenrechtliche „restrictions“ im Sinn des Art. VIII Abschnitt 2 (a) des Abkommens von Bretton Woods sind, oder wenn man die Meinung vertreten würde, es handle sich hierbei um „exchange control regulations“, die nicht von den Statuten des IMF gedeckt sind, führt dies keineswegs zu dem von Bennecke gefundenen Resultat, daß nämlich die Einführung der „inspection“ schlechthin „unzulässig“³⁰ ist. Bennecke hätte bei Überprüfung der kollisionsrechtlichen Literatur und Judikatur, die zur Berücksichtigung von schuldstatutfremdem Devisenrecht ergangen ist, die Bedenklichkeit seiner These erkennen müssen.

Sicher ist: Zur Durchsetzung fremder Hoheitsrechte stellt ein Staat seine Organe einem fremden Staat nicht zur Verfügung; er macht sich nicht zum „Büttel der Hoheitsgewalt eines anderen Staates“³¹. Außerhalb des Abkommens von Bretton Woods ist dieser Satz kollisionsrechtlich gesichert³²; denn „die Bestimmungen des öffentlichen Rechts wirken grundsätzlich nicht über die Landesgrenzen des rechtsetzenden Staates hinaus“³³. Doch darf aus diesem Ergebnis nicht gefolgert werden, als sei schuldstatutfremdes öffentliches Recht – einschließlich des Devisenrechts – völlig unbeachtlich. Vielmehr ist es inzwischen als gesichert anzusehen: Fremdes öffentliches Recht – und damit auch Devisenrecht – ist von deutschen Gerichten zumindest insoweit bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen, als der rechtsetzende Staat die Macht hat, sich durchzusetzen, also regelmäßig dann, wenn der Schuldner in dem betreffenden Staat seinen Wohnsitz oder Vermögen besitzt³⁴. Wie immer man diese Kollisionsnorm begründen mag³⁵, sie führt selbstverständlich nicht nur Anwendung fremden öffentlichen Rechts, sondern nur dazu, die Tatbestandswirkungen fremden öffentlichen Rechts auf das Vertragsverhältnis zwischen privaten Parteien im Rahmen einer vom Schuldstatut unabhängigen Sonderanknüpfung zu berücksichtigen³⁶. Eine solche Sonderanknüpfung ist kollisionsrechtlich im Kartellrecht³⁷, im internationalen Enteignungsrecht³⁸, im internationalen öffentlich-rechtlichen Arbeitsrecht³⁹, aber auch im internationalen Devisenrecht – außerhalb des Abkommens von Bretton Woods – anerkannt⁴⁰.

Wendet man diese Kollisionsnorm an, so findet man folgendes Ergebnis: Ein deutscher Exporteur könnte eine

Kaufpreisklage gegen einen schwarzafrikanischen Kunden/Importeur vor einem deutschen Gericht nicht erfolgreich durchsetzen, wenn und soweit der deutsche Exporteur nicht den Nachweis erbringen kann, in seinem Kontrakt die Bestimmungen über die „Pre-Shipment Inspection“ beachtet und einen „Clean Report of Findings“ erhalten zu haben. Denn das deutsche Gericht müßte – der Sonderanknüpfung schuldstatutfremden ausländischen Währungsrechts Rechnung tragend – sehr wohl berücksichtigen, daß der schwarzafrikanische Kunde/Importeur gegen die ihn verpflichtenden Devisengesetze seines Landes verstößt, wenn er bei einem Exportkontrakt den Kaufpreis in Devisen begleicht, ohne daß ein „Clean Report of Findings“ erteilt worden ist. Denn eine Obligation, welche gegen bestehende Devisengesetze verstößt, ist – übertragen auf die deutschen Rechtsnormen – wegen Gesetzesverstoß gemäß § 134 BGB nichtig. Diese Nichtigkeitsfolge – möglicherweise aber auch der Leistungsbefreiungstatbestand der §§ 275, 323 BGB für den Fall, daß eine erforderliche Devisentferngenehmigung nicht erteilt wird – ist deswegen von deutschen Gerichten in Form einer Tatbestandswirkung zu berücksichtigen, weil der betreffende ausländische Staat die Macht besitzt, seinem eigenen öffentlichen Recht – und damit auch seinem eigenen Devisenrecht – Geltung zu verschaffen, und weil die Kaufpreisforderung des deutschen Exporteurs in dem betreffenden Land belegen ist. Um es pauschal zu formulieren: Der ausländische Staat hat Machtmittel genug, um seine eigene Rechtsordnung durchzusetzen; dies kann und darf kollisionsrechtlich nicht außer Betracht bleiben⁴¹ – ein Gesichtspunkt, der im übrigen inzwischen auch von der BGH-Judikatur dem Grunde nach anerkannt ist⁴².

Zusammenfassend ist also zu sagen: Entgegen der Auffassung von Bennecke sind die Preisprüfungen im Form von „Pre-Shipment Inspections“ keine „restrictions“ im Sinn des Art. VIII Abschnitt 2 (a) des Abkommens von Bretton Woods, sondern sie sind Devisenkontrollbestimmungen, weil ja der jeweilige Deviseninländer durchaus die faktische Möglichkeit besitzt, die erforderliche Importlizenz und Devisentferngenehmigung zu erhalten. Allerdings steht der Devisenttransfer – regelmäßig die Einlösung von in Deutschland zahlbar bestellten Akkreditiven – unter der Auflage, daß ein dokumentärer Nachweis in Form eines „Clean Report of Findings“ erbracht wird. Selbst wenn

27 Hierzu Mann, Beiträge ... (Fn. 14), S. 346 ff.

28 Vgl. insbesondere die Auslegungen des Verwaltungsrats des IMF vom 14. 6. 1949, abgedruckt in Gold, RabelsZ 19 S. 601, 621 f.: Eine Berufung auf den Ordre Public scheidet demnach im Geltungsbereich des Abkommens aus.

29 Hierzu insbesondere auch Coing, WM 1972 S. 838, 842; Fögen, Geld- und Währungsrecht, 1969 S. 167.

30 S. 810.

31 S. Fn. 6.

32 Kegel, (Fn. 6), S. 504; Staudinger/Firsching (Fn. 6), Vorbem. 383 vor Art. 12 EGBGB; Graf von Westphalen, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, 2. Aufl., S. 64 ff., mit weiteren Nachweisen.

33 BGH, 17. 12. 1959, BGHZ 31 S. 367, 371 = BB 1960 S. 379; hierzu auch Drobniq, NJW 1960 S. 1088 ff.

34 Soergel/Kegel, BGB, 10. Aufl., Vorbem. 384 ff. vor Art. 7 EGBGB; vgl. auch Graf von Westphalen, (Fn. 32), S. 66 ff. mit weiteren Nachweisen.

35 Neuestens Mann, Festschrift für Beitzke, 1979 S. 607 ff.

36 Schulze, Das öffentliche Recht im internationalen Privatrecht, S. 77 ff.; Schulte (Fn. 6), S. 123; Garcke, Der Anwendungsbereich des öffentlichen Außenwirtschaftsrechts, 1973, S. 49 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

37 Vgl. Kegel (Fn. 6), S. 525 ff.

38 Kegel (Fn. 6), S. 507 ff.

39 Staudinger/Firsching (Fn. 6), Vorbem. 507 f. vor Art. 12 EGBGB.

40 Staudinger/Firsching (Fn. 6), Vorbem. 416 vor Art. 12 EGBGB; Kegel (Fn. 6), S. 517 ff.; Graf von Westphalen (Fn. 32), S. 64 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

41 Hierzu insbesondere Vischer, Internationales Vertragsrecht, Bern 1962, S. 133 ff.; ders., Festgabe für Gerwick, 1960, S. 167 ff.; Wengler, ZvglRW 54 S. 168 ff.; Zweigert, RabelsZ 14 S. 283, 295.

42 BGH, 11. 3. 1970, AWD 1970 S. 274; vgl. auch OLG Frankfurt a. M., 5. 3. 1971, NJW 1972 S. 398 mit Anmerkung von Kohler.

man die Preisprüfungsbestimmungen verschiedener schwarzafrikanischer Staaten als „restriction“ bewertet, ist nicht erkennbar, daß der IMF ihnen bislang ausdrücklich widersprochen und nicht zumindest – stillschweigend – eine Genehmigung gemäß Art. VIII Abschnitt 2 (a) des Abkommens von Bretton Woods ausgesprochen hat. Sind die Preisprüfungsbestimmungen in Form der „Pre-Shipments Inspection“ aber lediglich, „exchange control regulations“ und ist – bisher – in keiner Weise feststellbar, daß der IMF diese Bestimmungen als statutenwidrig qualifiziert hat, so greift Art. VIII Abschnitt 2 (b) des Abkommens von Bretton Woods ein – mit der Folge, daß alle Exportverträge, welche die gesetzlich vorgeschriebenen Preisprüfungen nicht einhalten, vor deutschen Gerichten nicht durchsetzbar („unenforceable“) sind, ohne daß ein Rückgriff auf den *ordre public* in Betracht kommt.

Aber selbst wenn man all dies ablehnt und der Auffassung ist, die Preisprüfungsbestimmungen der schwarzafrikanischen Staaten im Rahmen von „Pre-Shipments Inspections“ seien insgesamt nicht von dem Abkommen von Bretton Woods gedeckt, sind die deutschen Gerichte gleichwohl verpflichtet, die Nichtbeachtung der schwarzafrikanischen Devisenbestimmungen im Rahmen einer kollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung insoweit zu berücksichtigen, als ein Verstoß gegen die einschlägigen Devisengesetze zur Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 134 BGB führt. Damit aber ist nachhaltig die Grundthese von Bennecke erschüttert, daß nämlich Preisprüfungsmaßnahmen von Drittstaaten, die im Territorium der Bundesrepublik Deutschland durchgeführt werden, schlechthin unzulässig sind. Aus der kollisionsrechtlichen Beachtlichkeit schuldstatutfremden ausländischen Devisenrechts folgt vielmehr, daß die Preisprüfungsbestimmungen im Rahmen der „Pre-Shipments Inspection“ sehr wohl auch von deutschen Gerichten zu berücksichtigen sind, daß demzufolge deutsche Gerichte keineswegs befugt sind, Kaufpreisklagen deutscher Exporteure zuzusprechen, die unter Verletzung der Preisprüfungsbestimmungen der betreffenden schwarzafrikanischen Länder eingeklagt werden. Dies gilt selbstverständlich auch für Kaufpreisklagen gegen nigerianische Importeure/Kunden, denen Verträge zugrunde liegen, welche vor dem 1. 1. 1979 – also zu einem Zeitpunkt, zu welchem die „Pre-Shipments Inspection“ noch nicht gesetzlich verfügt war – abgeschlossen worden waren; denn deutsche Gerichte pflegen das Recht anzuwenden, welches im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung erlassen ist. Ob und inwieweit eine nach Abschluß des Vertrages eingetretene Änderung des zu beachtenden Rechts Berücksichtigung findet, ist indessen kein kollisionsrechtliches, sondern ausschließlich ein materiell-rechtliches Problem, auf welches das Schuldstatut – möglicherweise in Form des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB – Anwendung findet⁴³.

II. Preisprüfungstätigkeit von Drittstaaten auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland als hoheitliche Tätigkeit?

Bennecke hat die Auffassung vertreten⁴⁴, daß die Preisprüfungstätigkeit der Tochtergesellschaft der SGS, Genf, in Deutschland schlechthin Ausübung hoheitlicher Gewalt ist – mit der Folge, daß die Souveränitätsrechte der Bundesrepublik Deutschland verletzt sind. Die von Bennecke angeführte Begründung läßt sich auf drei Kernsätze reduzieren:

- Die schwarzafrikanischen Gesetze/Verordnungen/Dekrete, welche die Preisprüfung im Rahmen der „Pre-Shipments Inspection“ vorschreiben, legen dem deutschen Exporteur die Pflicht auf, die „Inspection“ zu dulden;

- dies ist eine hoheitliche Maßnahme, weil sie einseitig zwingend auf Rechtssubjekte einwirkt und ohne deren Zutun Pflichten begründet;

- infolgedessen ist das die Preisprüfung in Deutschland durchführende Tochterunternehmen der SGS, Genf, als beliebiger Unternehmer zu qualifizieren, der ebenfalls hoheitliche Tätigkeit entfaltet.

Diese These verkürzt jedoch die Komplexität der hier zu untersuchenden Rechtsfrage; hätte Bennecke nämlich die als „unübersehbar“⁴⁵ apostrophierte Literatur exakt durchgemustert, so hätte er – zumindestens – Ansatzpunkte für eine differenziertere Lösung gefunden: die im deutschen Verwaltungsrecht anerkannte Rechtsfigur der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, wobei die Tätigkeit der Privaten keineswegs immer als hoheitlich einzuordnen ist.

1. Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private

Es ist unstrittig: Der Staat als Hoheitsträger ist befugt, sich der Dienste Privater zu bedienen, ohne daß damit – praktisch von vornherein – darüber befunden ist, daß es sich dann ausschließlich um eine hoheitliche Tätigkeit Privater handelt⁴⁶. Dabei ist als „Privater“ das Privatrechtssubjekt zu verstehen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es den Status einer natürlichen oder einer juristischen Person des privaten Rechts aufweist⁴⁷. Privatrechtssubjekte verlieren jedoch dann ihre Eigenschaft als „Private“, falls sie hauptberuflich in die Staatsorganisation eingegliedert sind, wie z. B. die Beamten⁴⁸, wenn sie Teil des institutionalisierten staatlichen Verwaltungsapparates sind⁴⁹. Die deutsche Tochtergesellschaft der SGS, Genf, ist zweifelsfrei eine nach deutschem Recht organisierte Gesellschaft des privaten Rechts; sie ist folglich Privatrechtssubjekt; sie ist keineswegs in die institutionalisierte Staatsorganisation der verschiedenen schwarzafrikanischen Staaten eingegliedert, sondern sie erfüllt – wie noch zu zeigen sein wird – die ihr übertragenen Aufgaben der Preisprüfungstätigkeit in eigener Verantwortung, indem sie – nach generellen, einheitlichen Richtlinien handelnd – die Preise von Waren und Dienstleistungen überprüft, um einen „Clean Report of Findings“ oder einen „Non Negotiable Report of Findings“ auszustellen.

Im Bereich der allgemeinen Verwaltungsaufgaben⁵⁰ ist indessen scharf der Bereich der hoheitlichen Tätigkeit des Staates einerseits und der Bereich staatlichen Handelns, welches im öffentlichen Interesse liegt, andererseits zu unterscheiden. Keineswegs alles, was vom Staat im öffentlichen Interesse erledigt wird, ist aus diesem Grund bereits hoheitliche, genuin-staatliche Tätigkeit⁵¹. Öffentliche Aufgaben sind dabei solche, „an deren Erfüllung die Öffentlichkeit maßgeblich interessiert ist“^{51a}. Doch folgt daraus noch nicht, daß derartige „öffentliche Aufgaben“ ausschließlich vom Staat übernommen werden müssen.

43 Vgl. *Graf von Westphalen* (Fn. 32), S. 27.

44 S. 810 f.

45 S. 810.

46 Im einzelnen *Ossenbühl*, *VVDStRL* 29 S. 137 ff.; *Steiner*, *DÖV* 1970 S. 526 ff.; *Dagtoglou*, *DÖV* 1970 S. 532 ff.; *Steiner*, *JuS* 1969 S. 69 ff.; *Peters*, *Festschrift für Nipperdey*, 1965, Bd. II, S. 877 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

47 *Ossenbühl*, *VVDStRL* 29 S. 144.

48 Hierzu *Dagtoglou*, *DÖV* 1970 S. 532, 533 f.

49 *Dagtoglou*, ebenda; *Ossenbühl*, *VVDStRL* 29 S. 144; vgl. auch *Steiner*, *DÖV* 1970 S. 526, 528.

50 *Dagtoglou*, *DÖV* 1970 S. 534; *Erichsen/Martens*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 1978, S. 5 ff.

51 *Peters* (Fn. 46), S. 877 ff.; *Klein*, *DÖV* 1965 S. 755 ff.; *Böckstiegel*, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, 1971, S. 1 ff.; *Herschel*, *Festschrift für Nipperdey*, 1965, Bd. II, S. 221, 230 ff.

51a *Peters* (Fn. 46), S. 877, 878.

Sie können vielmehr – wie z. B. im Bereich der Daseinsvorsorge – privaten Rechtssubjekten übertragen werden, ohne daß diese Tätigkeit damit Ausfluß der Hoheitstätigkeit des Staates ist. Das maßgebende Kennzeichen hoheitlicher Tätigkeit ist demgegenüber die Ausübung obrigkeitlicher Befehls- und Zwangsgewalt gegenüber dem Bürger⁵², ohne daß dies den Bereich genuin-staatlicher Tätigkeiten definitiv erschöpft, weil der Staat sich z. B. aufgrund geschichtlicher Entwicklung die Erledigung bestimmter öffentlicher Aufgaben als staatlich – und damit als hoheitlich – vorbehalten kann⁵³.

Ausgehend vom deutsch-rechtlichen Verständnis ist die Sicherung der Währung, die Regelung des Geldumlaufs, insbesondere irgendwelche Maßnahmen im Rahmen der Devisenkontrolle genuin-staatliche Tätigkeit⁵⁴. Deshalb ist Bennecke insoweit recht zu geben: Die verschiedenen Gesetze/Verordnungen/Dekrete der schwarzafrikanischen Staaten, aus denen sich die Erforderlichkeit von Preisprüfungen im Rahmen einer „Pre-shipment Inspection“ ergibt, sind dem hoheitlichen Bereich dieser Staaten zuzuweisen; denn diese Gesetze/Verordnungen/Dekrete zielen darauf ab, für Importe – unter Berücksichtigung der jeweiligen Marktverhältnisse – lediglich marktgerechte Preise zu zahlen und damit den ungerechtfertigten Abfluß von Devisen durch „Overpricing“ oder durch Bestechungsgelder usw. zu vermeiden. Doch ist die entscheidende Frage damit keineswegs beantwortet, ob nämlich die deutsche Tochtergesellschaft der SGS, Genf, im Rahmen der ihr übertragenen Preis-, Qualitäts- und Mengenprüfung eine Tätigkeit entfaltet, welche als integrierender Teil der hoheitlichen Staatsfunktion der jeweiligen schwarzafrikanischen Regierungen/Zentralbanken anzusehen ist.

Steiner⁵⁵ hat nämlich zutreffend darauf aufmerksam gemacht: Bei der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf „Private“ ist im Hinblick auf die dem „Privaten“ übertragene Tätigkeit danach zu differenzieren, ob lediglich ein „einheitlicher Arbeitsvorgang“ aufgeteilt wird, oder ob eine „Einheitlichkeit des Verwaltungsvorgangs im materiellen Sinn“ nicht besteht. Unabhängig von Steiner ist Dagtoglou⁵⁶ diesem Gedanken gefolgt und hat danach unterschieden, ob die von dem „Privaten“ geleisteten Dienste unmittelbar oder erst mittelbar der Erfüllung von hoheitlichen Verwaltungsaufgaben dienen, mit anderen Worten, ob es sich um „die in unmittelbaren Dienstleistungen bestehende Mitwirkung von staatsorganisatorisch nicht eingegliederten Personen in der hoheitlichen Verwaltungstätigkeit“⁵⁷ handelt. Klein⁵⁸ ist sogar noch einen Schritt weiter gegangen. Er hat erhebliche Zweifel daran geäußert, ob nicht dann ein rechtlicher Qualitätsverlust eintritt, wenn der Staat eine ihm obliegende hoheitliche Funktion auf „Private“ überträgt – mit der Folge, daß daraus dann rechtliche Konsequenzen ausschließlich auf Basis des Privatrechts abgeleitet werden können, so vor allem im Rahmen des Rechtsschutzes und der Haftung. In dieser Sicht ist dann die genuin-staatliche Tätigkeit auf Ausübung obrigkeitlicher Befehl- und Zwangsgewalt als Form der „originären Staatsaufgabe“ reduziert.

Geht man folglich von der von Steiner⁵⁹ sowie von Dagtoglou⁶⁰ entwickelten Distinktion aus, so ergibt sich: Die SGS, Genf, bzw. ihre Tochtergesellschaft in Deutschland erbringen im Rahmen ihrer Preisprüfungstätigkeit wesentliche Leistungen, die im Rahmen der Devisengesetzgebung der betreffenden schwarzafrikanischen Staaten maßgebende Bedeutung haben. Der Tochtergesellschaft der SGS, Genf, obliegt in Deutschland die Entscheidung darüber, ob ein „Clean Report of Findings“ ausgestellt wird, der gemäß Art. 33 der Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (Revision 1974) eine erforderliche dokumentäre Voraussetzung für die

Einlösung des Akkreditivs ist. Umgekehrt: Wird ein „Non Negotiable Report of Findings“ ausgestellt, dann ist die Akkreditiv-Bank in Deutschland zur Auszahlung des Akkreditivbetrages nicht befugt. Indessen bedeutet die Ausstellung eines „Non Negotiable Report of Findings“ keineswegs, daß der deutsche Exporteur dann keine Möglichkeit besitzt, eine Devisentransfergenehmigung von der jeweiligen Zentralbank zu erhalten. Ausweislich der zwischen der SGS, Genf, einerseits und den schwarzafrikanischen Regierungen/Zentralbanken andererseits abgeschlossenen Verträgen behalten sich vielmehr die jeweiligen Zentralbanken ausdrücklich die Entscheidungskompetenz darüber vor, ob – entgegen dem „Non Negotiable Report of Findings“ – gleichwohl eine Devisentransfergenehmigung erteilt wird. Daß dieser Kompetenzvorbehalt der schwarzafrikanischen Zentralbanken bei Zahlungen aus einem Akkreditiv im praktischen Ergebnis weiterhilft, ist einzuräumen. Dies ist jedoch die Konsequenz der allgemeinen Tatsache, daß Akkreditive lediglich innerhalb der Akkreditivfristen eingelöst werden können: Und es ist unwahrscheinlich, daß ein deutscher Exporteur bei Verweigerung eines „Clean Report of Findings“ noch während der Akkreditivfrist in der Lage sein könnte, von der jeweiligen Zentralbank eine Devisentransfergenehmigung auf Grund seiner Gegenvorstellungen zu erhalten.

Diesen wichtigen Gesichtspunkt übersieht Bennecke völlig; und es ist ebenfalls unzutreffend, wenn er feststellt, daß nigerianische Banken nicht berechtigt seien, ohne einen „Clean Report of Findings“ ein „Akkreditiv zu eröffnen“. Denn nach Maßgabe der devisenrechtlichen Gesetze/Verordnungen/Dekrete der jeweiligen schwarzafrikanischen Staaten ist lediglich die Einlösung eines zugunsten des deutschen Exporteurs eröffneten Akkreditivs ohne Vorlage eines „Clean Report of Findings“ nicht möglich (vgl. Art. 33 ER – Revision 1974). Aus dem zugunsten der schwarzafrikanischen Zentralbanken ausdrücklich vorgesehenen Kompetenzvorbehalt ergibt sich: Die Preisprüfungstätigkeit der SGS, Genf, bzw. ihrer Tochtergesellschaft in Deutschland ist nicht genuin-hoheitliche Tätigkeit; sie ist nicht mit zwingender präjudizieller Wirkung für die jeweiligen schwarzafrikanischen Regierungen/Zentralbanken ausgestattet. Vielmehr ist die Preisprüfungstätigkeit auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland lediglich mittelbare Voraussetzung für ein entsprechendes Verwaltungshandeln der schwarzafrikanischen Regierungen/Zentralbanken, ein Akkreditiv einzulösen, mit anderen Worten, die Preisprüfungstätigkeit ist nur eine notwendige, auf die Bewertung von Tatsachen beschränkte Vorbereitungshandlung, welche im Rahmen der jeweiligen schwarzafrikanischen Devisengesetzgebung vorgesehen ist. In dem Fall aber, in dem ein „Non Negotiable Report of Findings“ ausgestellt wird, dient sie lediglich dazu, die Devisenbehörden der betreffenden Staaten davon in Kenntnis zu setzen, daß ein marktgerechter Preis nicht vorliegt. Ob gleichwohl eine Devisentransfergenehmigung dann zugunsten des deutschen Exporteurs erteilt wird, ist ausschließlich der Kompetenz der jeweiligen schwarzafrikanischen Zentralbank vorbehalten. Daraus aber wird ersichtlich, daß es sich bei der Preisprüfungstätigkeit schwarzafrikanischer Staaten

52 Herschel (Fn. 51), S. 222, 231; Klein, DÖV 1965 S. 755, 758; vgl. im übrigen Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., § 3 mit umfassenden Nachweisen.

53 Ossenbühl, VVDStRL 29 S. 153 ff.

54 Fögen (Fn. 29), S. 107 f.

55 Steiner, DÖV 1970 S. 526, 529.

56 Dagtoglou, DÖV 1970 S. 532, 536.

57 S. 536 f.; vgl. auch Wolff/Bachof (Fn. 52), § 104 I d 9 f.

58 Klein, DÖV 1965 S. 755 f.

59 Steiner, DÖV 1970 S. 526, 529; vgl. auch Wolff/Bachof (Fn. 52), § 42 II a 1.

60 DÖV 1970 S. 532, 536.

in Deutschland – ausgeübt durch ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen als „Privater“ – nicht um einen „einheitlichen Verwaltungsvorgang“ im Sinn der Definition von Steiner⁶¹ handelt; es liegt nur eine limitierte Form der Arbeitsteilung zwischen den hoheitlich handelnden Devisenbehörden der schwarzafrikanischen Staaten einerseits und der Tätigkeit des Preisprüfungsunternehmens in Deutschland als „Privater“ andererseits vor. Unter Berücksichtigung der von der deutschen Literatur entwickelten Rechtsfigur des „Verwaltungshandelns durch Private“ ist die von schwarzafrikanischen Regierungen/Zentralbanken in Deutschland durch ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen durchgeführte Preisprüfungstätigkeit nicht als – unzulässige – hoheitliche Tätigkeit dieser Staaten auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland zu bewerten. Vielmehr bedienen sich die schwarzafrikanischen Regierungen/Zentralbanken der besonderen Sach- und Fachkompetenz eines international für Mengen-, Qualitäts- und Preiskontrollen anerkannten Unternehmens.

2. Preisprüfungsunternehmen als „beliehener Unternehmer“

Bennecke qualifizierte die Tätigkeit des Preisprüfungsunternehmens – ohne ausreichende Distinktion zwischen der Rechtsfigur des Verwaltungshandelns durch „Private“ gegenüber der Rechtsfigur des „beliehenen Unternehmers“⁶² – als „beliehener Unternehmer“⁶³. Von einem solchen „beliehenen Unternehmer“ kann jedoch nur dann gesprochen werden, wenn einem „Privaten“ durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes hoheitliche Aufgaben übertragen worden sind. Die Beleihung ist materiell die Übertragung eines Teils der Staatsfunktion an ein Subjekt des Privatrechts – verbunden mit der Befugnis, selbständig öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit auszuüben⁶⁴. Daß Bennecke die insoweit gebotene materiell-rechtliche Unterscheidung zwischen einem „Verwaltungshandeln durch Private“ auf der einen Seite und der Rechtsfigur des „beliehenen Unternehmers“ auf der anderen Seite unterläßt, ist um so verwunderlicher, als er sehr wohl in Fußnote 19 auf die maßgebende Stellungnahme von Ossenbühl⁶⁵ verweist. Dennoch kommt Bennecke über apodiktische Feststellungen nicht hinaus. Er übersieht aber auch, daß es zur Rechtsfigur des „beliehenen Unternehmers“ gehört, daß dieser in Formen des öffentlichen Rechts, d. h. durch Verwaltungsakt und aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Vertrages handelt⁶⁶. Der Staat verzichtet auf die Erfüllung der ihm eigentlich zukommenden hoheitlichen Aufgaben durch die Errichtung einer eigenen Behörde⁶⁷, indem er hiermit ein privates Unternehmen als „Beliehener“ betraut. Die dem „beliehenen Unternehmen“ übertragenen Aufgaben müssen deshalb von ihrer Substanz und ihrem Inhalt her hoheitliche Tätigkeiten zum Gegenstand haben⁶⁸. Demgegenüber wird freilich eingewandt⁶⁹, das maßgebende Abgrenzungskriterium für die Annahme einer Beleihung sei nicht in den übertragenen Aufgaben, sondern ausschließlich in der Erfüllungsform zu sehen. Danach könnte von einem „beliehenen Unternehmer“ nur dann gesprochen werden, wenn und soweit dem Beliehenen die Befugnis zu obrigkeitlichem Zwang und Befehl verliehen worden ist; mit anderen Worten: es muß sich dann um eine Behörde im Sinn des § 1 VwVfG handeln. Ohne diese hier kurz skizzierte Streitfrage abschließend entscheiden zu wollen, reicht es im Rahmen dieser Untersuchung aus, festzuhalten, daß die von der Literatur entwickelten Auffassungen in wesentlichen Ansatzpunkten auch von der Judikatur geteilt werden⁷⁰.

Nachdem zuvor bereits festgestellt worden ist, daß die Preisprüfungstätigkeit der schwarzafrikanischen Regie-

rungen/Zentralbanken, die auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland durch ein privates Unternehmen durchgeführt wird, nicht als Ausübung hoheitlicher Tätigkeit zu qualifizieren ist, liegt es auf der Hand: Wenn schon die Preisprüfung nicht als unzulässige Erfüllung hoheitlicher „Verwaltungsaufgaben durch Private“ zu beurteilen ist, dann bleibt für die Anwendung der Rechtsfigur des „beliehenen Unternehmens“ kein Raum. Das die Preisprüfung durchführende Unternehmen übt selbst unmittelbar keine hoheitlichen Funktionen aus. Es bedient sich weder des Mittels der Zwangs- noch des Mittels der Befehlsgewalt. Daß die deutschen Exporteure der Preisprüfungstätigkeit unterworfen sind, ist vielmehr unmittelbarer und alleiniger Ausfluß der von Bennecke völlig übersehenen extra-territorialen Wirkung ausländischer Devisengesetze.

Eine solche extra-territoriale Wirkung fremden Rechts kann nicht ohne weiteres mit der illegitimen Ausübung hoheitlicher Befugnisse außerhalb des eigenen Territoriums gleichgesetzt werden. Dies ist eine unzulässige Vereinfachung, die weder dem zu behandelnden Sachverhalt noch dem zu beurteilenden Rechtsproblem gerecht wird. Indessen ist dies gerade der Kern der Argumentation von Bennecke: Die Tatbestandswirkungen fremden öffentlichen Rechts werden auch in ihren extra-territorialen Bezügen als hoheitsrechtlich – und damit als Ausübung rechtswidriger Gewalt – apostrophiert – und dies, ohne daß sich Bennecke mit den völkerrechtlichen Grenzen extra-territorialer Regelungskompetenzen auseinandersetzt.

3. Völkerrechtliche Erwägungen

Gegenüber dem gefundenen Ergebnis, daß nämlich das Preisprüfungsunternehmen in Deutschland keine unmittelbare hoheitliche Tätigkeit entfaltet, sondern vielmehr ein „privates“ Unternehmen ist, das notwendige Vorbereitungshandlungen für ein hoheitliches Tätigwerden vollzieht, könnte eingewandt werden: Hier wird eine Sonderfigur des deutschen öffentlichen Rechts unter Ausnutzung der besonderen Rechtslage in Deutschland eingesetzt, um die Preisprüfungstätigkeit privatrechtlich zu qualifizieren. Einem solchen Einwand ist freilich von vornherein entgegenzuhalten: Da die Beurteilung der Preisprüfungstätigkeit von Drittstaaten, ausgeübt auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland, zweifelsfrei ein internationaler Sachverhalt ist, muß die Qualifikationsfrage beantwortet werden. Das bedeutet: Es ist die Frage zu stellen und zu beantworten, nach welchem Recht der zu beurteilende Sachverhalt – ob er dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehört – zu untersuchen ist. Ganz überwiegend wird in Deutschland die hiermit gestellte Qualifikationsfrage nach der *lex fori* beantwortet⁷¹, also nach deut-

61 DÖV 1970 S. 526, 529.

62 S. 810.

63 Hierzu Wolff/Bachof (Fn. 52), § 104; Steiner, JuS 1969 S. 69 ff.; Kopp, DVBl. 1970 S. 724 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

64 Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, 1976, § 1 Rdnr. 7 mit weiteren Nachweisen; Erichsen/Martens (Fn. 50), S. 482; Ossenbühl, VVDStRL 29 S. 140 ff.

65 Ossenbühl, a. a. O.

66 Knack (Fn. 64).

67 Steiner, JuS 1969 S. 69, 71; Wolff/Bachof (Fn. 52), § 104 I b.

68 Steiner, DÖV 1970 S. 526, 530.

69 So vor allem Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959, S. 63, 81.

70 Die bisherigen Entscheidungen sind allerdings meistens haftungsrechtlich aufgebaut, vgl. BGH, 30. 11. 1967, BB 1968 S. 14 = NJW 1968 S. 443; BGH, 11. 12. 1961, BGHZ 36 S. 193; vgl. auch BVerfG, 5. 5. 1964, BVerfGE 17 S. 371 = BB 1964 S. 740; BVerwG, 18. 10. 1963, BVerwGE 17 S. 41; zum haftungsrechtlichen Problem auch Wolff/Bachof (Fn. 52), 104 V c.

71 Hierzu Schulze, Das öffentliche Recht im internationalen Privatrecht, 1972, S. 39 ff.; Firsching, Einführung in das internationale Privatrecht, 1974, S. 41 ff.; Ferid, Internationales Privatrecht, 1975, §§ 14–16.

schem Recht – ein Ausgangspunkt, der auch von der Judikatur akzeptiert wird⁷². Doch ist dies nicht unbestritten⁷³, so daß – dem soeben formulierten Einwand, hier sei eine besondere Rechtsfigur des deutschen Rechts begünstigend ausgenutzt worden, Rechnung tragend – die Preisprüfungstätigkeit unter Berücksichtigung des geltenden Völkerrechts sowie des Völkerprivatrechts überprüft werden soll – mit dem Ziel, ob eine darauf abzielende Qualifizierung der Preisprüfungstätigkeit etwas anderes ergibt.

a) Völkerrechtliche Grenzen hoheitlicher Tätigkeit fremder Staaten

Es ist allgemein anerkannt: Ein Staat ist grundsätzlich nicht berechtigt, auf dem Gebiet eines anderen Staates hoheitlich tätig zu werden⁷⁴. Dieses Prinzip findet seine Grundlage in der gegenseitigen Anerkennung der Staaten. Das völkerrechtliche Prinzip der Achtung der Gebietshoheit verlangt, daß ein Staat in jene Gebiete nicht eingreift, die anderen Staaten – autonom – vorbehalten sind. Deshalb ist ein fremder Staat grundsätzlich daran gehindert, gegen Sachen und Rechte aufgrund von Hoheitsakten vorzugehen, die sich im Gebiet eines anderen Staates befinden⁷⁵.

In der Völkerrechtslehre wird in diesem Zusammenhang immer wieder auf die bekannte Entscheidung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs vom 7. 9. 1927 zurückgegriffen⁷⁶. Anlaß zu diesem Rechtsstreit – dem bekannten „Lotus-Fall“ – war die Kollision des französischen Dampfers „Lotus“ mit einem türkischen Dampfer auf hoher See, welche zum Untergang des türkischen Schiffs und zum Tod mehrerer türkischer Staatsangehöriger führte. Nachdem die „Lotus“ in einen türkischen Hafen eingelaufen war, führten die Behörden ein Strafverfahren sowohl gegen den Kapitän des türkischen Schiffs als auch gegen den auf der „Lotus“ wachhabenden französischen Deckoffizier durch. Beide wurden zu Gefängnisstrafen verurteilt. Frankreich, welches die Bestrafung nach türkischem Recht für völkerrechtswidrig hielt, legte den Streit im Einvernehmen mit der Türkei dem Ständigen Internationalen Gerichtshof zur Entscheidung vor. Dieser entschied, daß die Türkei die Grundsätze des internationalen Rechts nicht verletzt habe, vor allem, weil die Folgen der an Bord der „Lotus“ begangenen Handlungen auf dem türkischen Schiff eingetreten seien.

Zur völkerrechtlichen Fragestellung und zur Territorialität des Rechts führte der Gerichtshof sodann aus:

„It does not, however, follow, that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable, if international law contained a general prohibition to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed to do so in certain cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable.“

Daraus wird ersichtlich: Der Ständige Internationale Gerichtshof grenzt den sachlichen Geltungsbereich staatlicher Hoheitsakte entsprechend dem geltenden Völkerrecht nur negativ ab – ein Gesichtspunkt, der in der Völ-

kerrechtslehre akzeptiert wird⁷⁷. Folge dieser negativen Abgrenzung ist, daß für den gleichen Sachverhalt mehrere Staaten eine Regelungskompetenz für sich reklamieren können, z. B. im Rahmen internationaler Doppelbesteuerung. Dennoch wird als wesentliche Voraussetzung für die völkerrechtliche Anerkennung einer Regelungskompetenz betreffend einen ausländischen Sachverhalt – wengleich mit unterschiedlicher Begründung – verlangt, daß der zu regelnde Tatbestand eine hinreichend enge Beziehung zu dem rechtsetzenden Staat besitzt⁷⁸.

b) Anerkennung einer Regelungskompetenz für extra-territoriale Sachverhalte

Von einer extra-territorialen Wirkung eines Sachverhalts ist meistens dann die Rede, wenn ein Sachverhalt mit Auslandsberührung vorliegt, für den ein Staat regelmäßig eine restriktive Regelungskompetenz für sich reklamiert. Extra-territorial, d. h. über die Grenzen des jeweiligen Territoriums hinausreichend, ist die Wirkung deshalb, weil die Rechtsnormen des regelnden Staates für im Ausland befindliche Personen, Sachen sowie die dort – zumindest teilweise – verwirklichten Handlungen eingreifen, indem sie ein bestimmtes Verhalten gestatten, verbieten oder sogar unter Strafe stellen⁷⁹. So gesehen, gehört die Befugnis eines Staates zum Erlaß extra-territorialer Bestimmungen in den Gesamtzusammenhang der staatlichen Zuständigkeit im weiteren Sinn und der Gesetzgebungshoheit im besonderen⁸⁰.

Nach Reh binder⁸¹ ist bei einem Hoheitsakt mit extra-territorialer Wirkung nach drei Sachverhaltsgruppen zu differenzieren:

- die bloße Existenz staatlicher Regelungen mit extra-territorialer Wirkung kann zum Anknüpfungspunkt rechtlicher Erwägungen werden, wie z. B. bei den unterschiedlichen Export- und Importvorschriften;
- der Vollzug hoheitlicher Regelungen mit extra-territorialer Wirkung im Inland kann mannigfache Rechtsprobleme aufwerfen, die für gewöhnlich mit Hilfe des kollisionsrechtlichen Instrumentariums des jeweiligen Rechts erfaßt werden, um nämlich die Zuständigkeit der lokalen Gerichte für Sachverhalte mit Auslandsberührungen zu begründen;
- von einer extra-territorialen Wirkung ist auch dann die Rede, wenn und soweit der Vollzug von Gesetzen mit extra-territorialer Wirkung im Ausland in Rede steht.

72 BGH, 19. 12. 1958, NJW 1959 S. 717; BGH, 15. 4. 1959, AWD 1959 S. 103 = NJW 1959 S. 1317; BGH, 9. 6. 1960, AWD 1960 S. 183; weitere Nachweise bei Müller-Gindullis, Das internationale Privatrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 1971, S. 6 f.

73 Hierzu einerseits Wolff, Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl. 1954, S. 53 ff., der für die Anwendbarkeit der *lex causae* eintritt; andererseits Kegel (Fn. 6), S. 140 ff.; Makarov, Grundriß des internationalen Privatrechts, 1970, S. 64 ff.; Dölle, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1972, S. 94 ff., welche für eine Qualifikation auf rechtsvergleichender Basis eintreten; zum Ganzen auch vgl. Neuhaus, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1976, S. 113 ff.

74 Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht, 3. Aufl. 1975, Rdnr. 1133; Berber, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. I, 2. Aufl. 1975, S. 306 ff.; vgl. auch Riezler, Internationales Zivilprozeßrecht, 1949, S. 81 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

75 Seidl-Hohenveldern, a. a. O., Rdnr. 1136; ders., RIW/AWD 1979 S. 149 ff. – in bezug auf die Verhältnisse im Iran.

76 Ständiger Internationaler Gerichtshof (StIGH) A S. 18 ff.

77 Verdross, Völkerrecht, 5. Aufl., Wien 1964, S. 319 ff.; Guggenheim, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. I, Basel 1948, S. 331; Garcke (Fn. 36), S. 24.

78 Hierzu Dahm, Völkerrecht, Bd. I, 1958, S. 256; vgl. auch Garcke (Fn. 36), S. 25 mit weiteren Nachweisen.

79 Hierzu Reh binder, Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts, 1965, S. 27 ff. mit weiteren Nachweisen.

80 Mosler/Bräutigam, in: Strupp/Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, 2. Aufl., 1960 ff., Bd. III S. 317 ff.

81 Reh binder (Fn. 79), S. 52.

c) Grenzen der Regelungskompetenz für extra-territoriale Sachverhalte

Einigkeit besteht in der völkerrechtlichen Literatur darüber: Der Vollzug von Hoheitsakten in fremdem Territorium ist immer dann wegen der darin liegenden Verletzung der Souveränität unzulässig, sofern dieser mit der Anwendung unmittelbaren physischen Zwangs verbunden ist⁸². Daher sind Durchsuchung, Beschlagnahme, Festnahme sowie z. B. auch die Verletzung des Wohnungsrechts gegen den Willen des Betroffenen, welche unmittelbar in Ausübung fremder hoheitlicher Gewalt vorgenommen werden, stets völkerrechtlich unzulässig⁸³. Für derartige Maßnahmen bedarf ein ausländischer Staat entweder der ausdrücklichen Genehmigung des betroffenen Staats⁸⁴, oder er muß sich – wie z. B. im Rahmen von Auslieferungsverfahren – der hoheitlichen Vollzugsgewalt des betroffenen Staates bedienen. Die Zulässigkeitsgrenze für die Regelungskompetenz extra-territorialer Sachverhalte ist aber auch dann überschritten, wenn die Nichtbefolgung eines ausländischen Gesetzes – im Inland – Zwangsmaßnahmen irgendwelcher Art nach sich zieht, so daß die Befolgung „freiwillig“ geschieht, wie z. B. die Vorlage von Geschäftsunterlagen in Kartellrechtsverfahren⁸⁵. Schlochauer⁸⁶ vertritt in diesem Zusammenhang jedoch die Meinung, Ermittlungen staatlicher Stellen im Ausland, insbesondere in Kartellrechtsverfahren, seien insoweit zulässig, als sie nicht in hoheitlicher Form erfolgen, d. h. als keine Androhung hoheitlicher Gewalt stattfindet. In ähnlicher Weise äußert sich Neumeyer⁸⁷; für ihn ist entscheidend, inwieweit der Vollzug extra-territorialer Gesetze im Ausland mit hoheitlichen Mitteln durchgeführt wird. Schwartz⁸⁸ hält im Ergebnis die Ermittlungstätigkeit ausländischer Behörden im Inland aufgrund des Vollzugs extra-territorialer Gesetze für unbedenklich, wenn und soweit das betroffene Unternehmen freiwillig auf das Begehren der ausländischen Ermittlungen im Inland eingeht. Freiwilligkeit im Sinne der von Schwartz erarbeiteten Definition ist nur dann gegeben, wenn die betreffende Maßnahme auch nicht indirekt erzwungen wird, z. B. durch Androhung irgendwelcher Vermögens- oder gar Freiheitsstrafen im Fall der Weigerung. Diese Meinungen lassen sich dahin zusammenfassen: Amtshandlungen, deren funktionales Kennzeichen die Ausübung von Zwangs- und Befehlsgewalt ist, dürfen auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland nur in Ableitung von der deutschen Staatsgewalt ausgeübt werden. Amtshandlungen eines ausländischen Staates – ausgeübt auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland – sind daher völkerrechtlich unzulässig.

Dies führt zu der Frage zurück, ob die Preisprüfungstätigkeit, welche durch ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen in Deutschland durchgeführt wird, Ausübung hoheitlicher Tätigkeit ist. Daß die deutschen Exporteure sich der Preisprüfungstätigkeit in Deutschland im Rahmen einer „Pre-Shipment Inspection“ unterwerfen, ist – wie bereits mehrfach betont – die Konsequenz der extra-territorialen Wirkung der schwarzafrikanischen Gesetze/Verordnungen/Dekrete. Das in Deutschland tätig werdende Prüfunternehmen wendet indessen keinen unmittelbaren Zwang an: Wenn und soweit ein deutscher Exporteur nicht bereit oder in der Lage ist, sich einer „Pre-Shipment Inspection“ zu unterwerfen, wird dies nicht durch Anwendung unmittelbaren Zwangs angeordnet. Es ergeht weder ein Zwangsgeld noch eine sonstige Sanktion. Der deutsche Exporteur ist allerdings dann, wenn er sich weigert, eine „Pre-Shipment Inspection“ durchführen zu lassen, daran gehindert, das zu seinen Gunsten ausgestellte Akkreditiv einzulösen, weil er nämlich dann keinen „Clean Report of Findings“, sondern einen „Non Negotia-

ble Report of Findings“ erhält. Soweit die jeweiligen Gesetze/Verordnungen/Dekrete Sanktionsfolgen anordnen, treffen diese indessen ausschließlich den Importeur/Kunden, der als „resident“ der hoheitlichen Zwangsgewalt des betreffenden Staates unmittelbar unterworfen ist. Sanktionsfolgen gegen deutsche Exporteure als Ausfluß hoheitlichen Handelns sind nicht ersichtlich.

Gleichwohl ist zuzugeben: Die Durchführung von „Pre-Shipment Inspection“ ist für den deutschen Exporteur mit einigem Aufwand verbunden. Auch kann es durchaus sein, daß er als Folge der durchgeführten Preisprüfung seinen Kontraktpreis reduziert und deshalb einen geringeren Kaufpreis erhält als ursprünglich vertraglich vereinbart. Schließlich gibt es auch Fälle, in denen der deutsche Exporteur einen „Non Negotiable Report of Findings“ erhält – mit der Folge, daß er dann darauf angewiesen ist, unmittelbar von der betreffenden Regierung/Zentralbank eine Devisentransfergenehmigung zu erhalten. Dies sind zweifelsfrei Nachteile. Doch ergibt sich entweder aus Art. VIII Abschnitt 2 (b) des Abkommens von Bretton Woods oder aus der kollisionsrechtlich gebotenen Berücksichtigung des Devisenrechts der betreffenden schwarzafrikanischen Staaten: Auch vor deutschen Gerichten hätte der deutsche Exporteur in diesen Fällen keine Aussicht auf Erfolg, wenn er in Verletzung der einschlägigen ausländischen Devisenbestimmungen Klage auf Zahlung des Kaufpreises erheben würde. Wenn aber deutsche Gerichte oder deutsche Behörden entweder aufgrund des Abkommens von Bretton Woods oder aufgrund kollisionsrechtlicher Sonderanknüpfung ausländischen öffentlichen Rechts gehalten sind, die jeweiligen Gesetze/Verordnungen/Dekrete der schwarzafrikanischen Regierungen/Zentralbanken zu respektieren, dann entsteht dem deutschen Exporteur kein rechtlich relevanter Nachteil, wenn er sich der Preisprüfung in Deutschland unterzieht. Im Gegenteil: Würden die betreffenden schwarzafrikanischen Staaten – aus welchen Gründen immer – die gegenwärtig gültigen Gesetze/Verordnungen/Dekrete im Rahmen einer für erforderlich gehaltenen „Pre-Shipment Inspection“ mit Mengen-, Qualitäts- und Preisprüfungen auf ihr eigenes Territorium verlagern, was sie unbedenklich könnten, dann wären die Nachteile für die deutschen Exporteure noch wesentlich größer: Sie wären dann, wenn ein „Non Negotiable Report of Findings“ im Importland ausgestellt wird, gezwungen, die Ware zurückzunehmen (und die dabei entstehenden, oft wesentlich erheblicheren Transportkosten zu tragen), den Preis zu ermäßigen oder die Ware anderweitig zu verschleudern. Sie wären weit weniger als bislang in der Lage, erforderliche Unterlagen herbeizuschaffen und Angaben zu machen, welche für den Nachweis eines marktgerechten Preises ggf. erforderlich sind; die Kommunikationsprobleme wären nicht zu bewältigen.

Daraus ergibt sich: Auch unter Berücksichtigung der völkerrechtlichen Aspekte, welche die Preisprüfungstätigkeit von Drittstaaten auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland auslöst, ist nicht festzustellen, daß die Preis-

82 Hierzu Verdross (Fn. 77), S. 238; Neuhaus, RabelsZ 20 S. 201, 209; Wengler, Völkerrecht, Bd. II, 1964 S. 962 f.; Rehbindler (Fn. 79), S. 394.

83 Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. IV, Zürich/Leipzig 1936, S. 496.

84 Statt aller Seidl-Hohenveldern (Fn. 74), Rdnr. 1136.

85 Hierzu Seidl-Hohenveldern, AWD 1963 S. 73, 75.

86 Schlochauer, Die extraterritoriale Wirkung von Hoheitsakten nach dem öffentlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland und nach internationalem Recht, 1962, S. 68.

87 Neumeyer (Fn. 83), S. 498.

88 Schwartz, Deutsches Internationales Kartellrecht, Der Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unter Vergleichung der Heranziehung des amerikanischen Anti-Trust-Rechts, 1962, S. 249; vgl. auch Seidl-Hohenveldern, JZ 1963 S. 39; Dahm (Fn. 78), S. 251.

prüfungstätigkeit als solche Ausübung hoheitlicher Gewalt ist. Ihr fehlen die wesentlichen Elemente einer unmittelbar wirkenden Zwangs- und Befehlsgewalt. Auch im Weigerungsfall treffen den deutschen Exporteur – weder unmittelbar noch mittelbar – Sanktionsfolgen. Allerdings entstehen kommerzielle Nachteile, die sich teils aus den Gesamtumständen einer „Pre-Shipment Inspection“ ergeben, teils daraus resultieren, daß ein „Non Negotiable Report of Findings“ ausgestellt wird. Diese Nachteile sind jedoch kein Indiz dafür, daß in Deutschland unzulässigerweise – fremde – Hoheitsgewalt ausgeübt wird.

Auch schon aus praktischen Gründen kann der deutsche Exporteur nicht Adressat irgendwelcher Sanktionsfolgen sein, die sich aufgrund einer Nichtbeachtung der entsprechenden schwarzafrikanischen Gesetze/Verordnungen/Dekrete ergeben. Denn es ist Sache des Käufers/Importeurs, eine Devisentransfergenehmigung – unter Beachtung der devisarechtlichen Erfordernisse – zu beantragen. Es ist ebenfalls Sache des Käufers/Importeurs, einen den Devisengesetzen entsprechenden Akkreditivauftrag zu erteilen, und es ist Sache der das jeweilige Akkreditiv eröffnenden (ausländischen) Bank, dafür Sorge zu tragen, daß nicht gegen die einschlägigen Devisengesetze des Heimatlandes verstoßen wird. Soweit dann ein Akkreditiv gemäß Art. 33 ER (Revision 1974) die Benutzung eines „Clean Report of Findings“ vorsieht, ist dies lediglich eine Reflexwirkung der entsprechenden schwarzafrikanischen Gesetze/Verordnungen/Dekrete, welche eine „Pre-Shipment Inspection“ vorschreiben. Der deutsche Exporteur kann also gar nicht – aus eigenen Kräften – gegen die schwarzafrikanischen Devisengesetze verstoßen, es sei denn, es liegt ein kollusives Verhalten vor; dieses aber ist ohnehin nicht schutzbedürftig und nicht schutzwürdig.

III. Strafbarkeit der Durchführung von Preiskontrollen gemäß § 240 StGB?

Bennecke vertritt in diesem Zusammenhang folgende Auffassung: Falls der deutsche Exporteur sich der „Inspection“ nicht unterwirft und seinen Preis ggf. nicht anpaßt, „droht der Prüfer mit der Ausstellung eines „Non Negotiable Report of Findings“ bzw. der Verweigerung eines „Clean Report of Findings“⁸⁹. Daran anschließend behauptet Bennecke: „Die Folge ist eine Verweigerung der Zahlungsgenehmigung durch die Central Bank of Nigeria. Nötigungshandlungen liegen also vor“⁹⁰. Diese Meinung aber ist in mehrfacher Hinsicht unzutreffend.

1. Zunächst ist – erneut – darauf hinzuweisen: Daß „Pre-Shipment Inspections“ durchgeführt werden, ist unmittelbarer Ausfluß der extra-territorialen Wirkung der Gesetze/Verordnungen/Dekrete der betreffenden schwarzafrikanischen Staaten. Diesen extra-territorial wirkenden gesetzlichen Bestimmungen ist der deutsche Exporteur unmittelbar unterworfen: Exporte in die betreffenden schwarzafrikanischen Staaten sind gesetzlich nur insoweit zulässig, als eine „Pre-Shipment Inspection“ durchgeführt und ein „Clean Report of Findings“ erteilt wurde.

Konsequenz der extra-territorialen Wirkung dieser devisarechtlichen Bestimmungen ist aber auch, daß ggf. ein „Non Negotiable Report of Findings“ erteilt wird; denn dieser ist – ebenso wie die Ausstellung eines „Clean Report of Findings“ – Tatbestandselement der jeweiligen Gesetze/Verordnungen/Dekrete der schwarzafrikanischen Staaten.

2. So gesehen aber kann die Durchführung von „Pre-Shipment Inspections“ nicht als tatbestandsmäßige Drohung mit einem empfindlichen Übel gemäß § 240 StGB bewertet werden. Voraussetzung für das Vorliegen einer

Drohung mit einem empfindlichen Übel im Sinn einer Nötigung gemäß § 240 StGB ist nämlich, daß der Drohende gegenüber dem Bedrohten den Eindruck erweckt, als habe er Einfluß auf den Eintritt des empfindlichen Übels, als sei dies von seinem Willen abhängig⁹¹. Da aber die deutschen Exporteure – wie dargelegt – kraft gesetzlicher Bestimmungen gehalten sind, sich einer „Pre-Shipment Inspection“ zu unterwerfen, ist dies keine Tatsache, die vom freien Willen des in Deutschland tätig werdenden Prüferunternehmers abhängig ist. Wenn deshalb die Durchführung der „Pre-Shipment Inspection“ als solche nicht als Drohung mit einem empfindlichen Übel gemäß § 240 StGB bewertet werden kann, so gilt dies auch für die – anfängliche – Verweigerung eines „Clean Report of Findings“ – mit der Folge, daß der deutsche Exporteur eine Preisanpassung vornimmt; denn wenn die Gesamtheit der „Pre-Shipment Inspection“ nicht als Drohung bewertet werden kann, weil sie unabhängig vom Willen des Prüferunternehmens den deutschen Exporteur betrifft, dann kann auch nicht ein Teil dieses einheitlichen Vorgangs – für sich isoliert betrachtet – als tatbestandsmäßige Drohung gemäß § 240 StGB qualifiziert werden.

Mehr noch: Es trifft einfach nicht den Sachverhalt, wenn Bennecke darlegt, der Prüfer drohe mit der Ausstellung eines „Non Negotiable Report of Findings“, falls der deutsche Exporteur nicht bereit sei, einen beanstandeten Preis zu reduzieren. Vielmehr wird der deutsche Exporteur in diesen Fällen lediglich darauf hingewiesen, daß die Preisprüfung ergeben hat, der von ihm vereinbarte Kontraktprice sei nicht marktgerecht, so daß ein „Clean Report of Findings“ nicht ausgestellt werden kann; dem deutschen Exporteur wird damit anheimgestellt, seinen Preis entsprechend zu berichtigen oder ihn ggf. durch Vorlage von Kalkulationsunterlagen, was in seltenen Fällen nur geschieht, zu erhärten. Doch ist dies entgegen der Auffassung von Bennecke nicht als Drohung mit einem empfindlichen Übel im Sinn des § 240 StGB zu qualifizieren, weil der deutsche Exporteur das zu seinen Gunsten ausgestellte Akkreditiv ohnehin nur dann einlösen kann, wenn er einen „Clean Report of Findings“ vorlegt, wozu er nach den Akkreditiv-Bedingungen verpflichtet ist. Dieser Sachverhalt läßt sich auch nicht auf dem Umweg als Drohung mit einem empfindlichen Übel gemäß § 240 StGB einordnen, indem man darauf abstellt, es reiche für die Bejahung einer tatbestandsmäßigen Drohung gemäß § 240 StGB aus, wenn der Drohende den Eindruck erweckt, als habe er auf den Willen desjenigen unmittelbaren Einfluß, der dem Bedrohten – im Fall der Weigerung – ein empfindliches Übel zufügt⁹². Das in Deutschland als Erfüllungsgelhilfe der SGS, Genf, tätig werdende Prüferunternehmen kann gegenüber deutschen Exporteuren nicht den Eindruck erwecken, auf die Bedingungen des jeweiligen Akkreditivauftrages unmittelbar Einfluß zu haben oder gar darauf Einfluß nehmen zu können oder zu wollen, unter welchen Voraussetzungen eine Devisentransfergenehmigung von den jeweiligen Zentralbanken zugunsten eines deutschen Exporteurs erteilt wird. Denn Akkreditiv-Auftraggeber ist der jeweilige Importeur/Kunde. Er ist auch die Person, welche eine Devisentransfergenehmigung bei der jeweiligen Zentralbank zugunsten des deutschen Ex-

89 S. 811 f.

90 S. 811.

91 Im einzelnen Dreher/Tröndle, StGB, 39. Aufl., § 240 Rdnr. 5; Maurach/Schroeder, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. I, 1977, S. 127; Blei, Strafrecht II, Besonderer Teil, 11. Aufl. 1978, S. 67; Rudolphi/Horn/Samson/Schreiber, Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. II, Besonderer Teil, (Loseblattsammlung), § 240 Rdnr. 15.

92 Vgl. BGH, 19.12.1961, BGHSt 16 S. 386, 387; Maurach/Schroeder (Fn. 91), S. 127; Schröder/Schönke/Eser, StGB, 19. Aufl. 1978, Vorbem. 21 vor §§ 234 ff.

porteurs als Begünstigten beantragt. Das zugunsten des deutschen Exporteurs eröffnete Akkreditiv ist dem deutschen Exporteur aber immer schon avisiert, bevor das Prüfunternehmen die gesetzlich vorgeschriebene Qualitäts-, Mengen- und Preisprüfung im Rahmen der „Pre-shipment Inspection“ ausführt. Das gleiche gilt für das Vorliegen einer Devisentransfergenehmigung. Aus zeitlichen Gründen ist es also ausgeschlossen, daß das Prüfunternehmen gegenüber dem deutschen Exporteur den Eindruck erwecken könnte, als habe es auf den Willensentschluß der Akkreditivbanken oder der schwarzafrikanischen Zentralbank unmittelbaren Einfluß.

Zu einem solchen Ergebnis könnte man nur dann kommen, wenn man schlechtin die Verweigerung eines „Clean Report of Findings“ als Drohung mit einem empfindlichen Übel gemäß § 240 StGB einordnet. Dann aber läuft die Argumentation – und das will offenbar auch Bennecke – im Ergebnis darauf hinaus: Das Prüfunternehmen ist praktisch gehalten, jedweden Kontraktpreis als marktgerecht einzustufen und einen „Clean Report of Findings“ auszustellen, „will es sich nicht strafbar“ machen. Daß das Prüfunternehmen damit das der SGS, Genf, übertragende Mandat verletzen würde, braucht nicht erwähnt zu werden. Betont aber muß werden, daß Bennecke einem Grundirrtum unterliegt, wenn er erklärt: „Die ordnungsgemäße Vertragserfüllung liegt allein im Verantwortungsbereich der Vertragspartner. Sie brauchen sich von keiner Stelle eine vorbeugende Kontrolle gefallen zu lassen.“⁹³

Dieser Fehlschluß belegt eindeutig: Bennecke will die Durchführung der Preisprüfungen in Deutschland schlechthin als Drohung mit einem empfindlichen Übel gemäß § 240 StGB bewerten – ohne Rücksicht darauf, daß die deutschen Exporteure im Rahmen der extra-territorialen Wirkung der schwarzafrikanischen Devisengesetze verpflichtet sind, diese zu beachten und ohne Rücksicht darauf, daß – wie dargelegt – deutsche Behörden und deutsche Gerichte gemäß Art. VIII Abschnitt 2 (b) des Abkommens von Bretton Woods verpflichtet sind, die auswärtigen Devisengesetze zu respektieren, und zwar auch dann, wenn und soweit das Abkommen von Bretton Woods hier keine Anwendung finden würde. Daraus aber ist ersichtlich: Die Ansicht von Bennecke ist schlicht falsch, daß nämlich Parteien eines Exportkontraktes autonom wären und sich „von keiner Seite eine vorbeugende Kontrolle gefallen“ lassen müssen. Es ist vielmehr das Charakteristikum der kollisionsrechtlich gebotenen öffentlich-rechtlichen Sonderanknüpfung bzw. der Respektierung geltenden Völkerrechts, daß Importländer sehr wohl berechtigt sind, in unterschiedlicher Weise auf abgeschlossene Verträge durch Setzung öffentlichen Rechts Einfluß zu nehmen. Die Realien des internationalen Welthandels beweisen dies täglich. Daß dies politisch zu bedauern ist, steht auf einem anderen Blatt; juristisch jedenfalls ist diesen Erscheinungsformen Rechnung zu tragen.⁹⁴

Deshalb kann die Durchführung von „Pre-shipment Inspections“ in Deutschland nicht als tatbestandsmäßige Drohung gemäß § 240 StGB bewertet werden.

IV. Verstößt die Preisprüfungstätigkeit gegen geltendes Zivilrecht?

Es ist bedenklich, daß Bennecke zunächst die Auffassung vertritt, die Durchführung von „Pre-shipment Inspections“ auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland sei Ausübung fremder hoheitlicher Gewalt und damit unzulässig, um dann desweiteren darzulegen, daß – gleichwohl – ein Verstoß gegen § 1 UWG anzunehmen ist⁹⁵. Nun setzt die Bejahung eines Wettbewerbsver-

stoßes – von allen übrigen Tatbestandsmerkmalen einmal ganz abgesehen – voraus, daß ein Wettbewerbsverhältnis vorliegt – ein Gesichtspunkt, den Bennecke zutreffend betont. Dann aber legt er dar, daß die Mandatierung der SGS sowie der ihr angeschlossenen Agenten und Tochtergesellschaften dazu führt, andere Wettbewerber auszuschalten. Wenn man aber davon ausgeht, daß die Durchführung von Preiskontrollen, welche im Auftrag von Drittstaaten auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland vorgenommen werden, gesetzeswidrig ist, dann hat naturgemäß kein anderer potentieller „Mitbewerber“ einen schutzwürdigen Anspruch auf Schadensersatz oder Unterlassung. Diesem Argument verschließt sich Bennecke nicht ganz, meint aber dann, die Wettbewerbsposition der SGS bzw. der ihr angeschlossenen Agenten und Tochtergesellschaften würde durch die Mandatierung mit der durchzuführenden „Pre-shipment Inspection“ „irgendwie“ gefördert. Bennecke behauptet, von der Durchführung dieser „inspections“ gehe eine „Sogwirkung“ aus, ja sogar, das „geschäftliche Ansehen“ des Prüfers „steigt zumindest bei einem Teil der Kunden“⁹⁶. Bennecke fährt fort:

„Wer von der Behörde eines Entwicklungslandes beauftragt wird, gewinnt bei den Importeuren und in anderen Entwicklungsländern an geschäftlichem Ansehen. Schließlich erübrigt sich angesichts der angeordneten ‚Inspection‘ für die am Liefergeschäft Beteiligten möglicherweise auch mancher private Auftrag zur Qualitäts- und Mengenprüfung. Dadurch entgehen den Mitbewerbern des Prüfers Aufträge.“⁹⁷

Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht: Wenn man nämlich den Ansatzpunkt von Bennecke teilt, daß die Prüftätigkeit schlechthin wegen Verletzung der Souveränität der Bundesrepublik Deutschland unzulässig ist, wenn man weiter hinzunimmt, daß gemäß §§ 826, 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 240 StGB dieserhalb Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können, dann erscheint es ungereimt, von all diesen den Prüfer treffenden Nachteilen noch eine „Sogwirkung“ im Hinblick auf weitere Aufträge anzunehmen oder gar von den „Beteiligten“ – also auch von einem deutschen Exporteur – zu erwarten, er werde diesem Unternehmen zusätzliche Aufträge zur Durchführung von Mengen- oder Qualitätskontrollen einräumen. Denn keinem potentiellen Wettbewerber des die „Pre-shipment Inspections“ durchführenden Unternehmens ist es – teilt man die Prämisse von Bennecke, daß nämlich eine illegale Tätigkeit vorliegt – zuzumuten, mit dem Prüfunternehmen in Wettbewerb zu treten, weil es sich ja dadurch der Gefahr einer Schadensersatz- oder Unterlassungsklage aussetzt. Und wenn die deutschen Exporteure, wie Bennecke glauben macht, durch die Durchführung der „Pre-shipment Inspection“ rechtswidrig im Sinn des § 240 StGB genötigt werden, dann ist überhaupt nicht erkennbar, wie dies alles geeignet sein könnte, als wettbewerbsfördernde Maßnahme verstanden und interpretiert zu werden; im Gegenteil: Sollte Bennecke mit seiner Ansicht recht haben, dann ist die Durchführung der „Pre-shipment Inspection“ des Prüfunternehmens das glatte Gegenteil von einer wettbewerbsfördernden Handlung, nämlich: auf gesetzeswidrigen Handlungen aufbauende Negativ-Werbung, die dem Prüfunternehmen keine wie auch immer gearteten Wettbewerbsvorteile gewährt oder zu gewähren geeignet ist.

93 S. 812.

94 Vgl. *Graf von Westphalen* (Fn. 32), S. 49 ff.

95 S. 812.

96 Ebenda.

97 Ebenda.