

## Stellen ‚Odious Debts‘ eine Rechtsfigur dar?

Von Univ.-Prof. Dr. Christoph G. Paulus, LL.M. (Berkeley), Berlin

Vermutlich werden nicht allzu viele Juristen mit dem Begriff ‚Odious Debts‘ etwas anfangen können. Und doch spielt er gerade dieser Tage eine hoch bedeutsame Rolle - und zwar im Zusammenhang mit der Schuldenlast des Irak. Unter Berufung auf frühere Vorbilder proklamieren insbesondere NGOs, dass wenn nicht sämtliche, so doch die meisten der von Saddam angehäuften Schulden nicht etwa erlassen<sup>1</sup> werden sollten, sondern dass sie juristisch ohnedies nicht durchsetzbar seien; denn diese Schulden seien ‚odious‘.

Die Geschichte der vielfach so genannten „Odious Debts“-Doktrin reicht nicht viel weiter als gute 100 Jahre zurück. Dadurch, dass sie in dieser Zeitspanne nur sporadisch Aktualität erlangt hat, ist jedoch unklar, ob sie bereits die notwendige Präzision bzw. „Randschärfe“ für ein juristisches Instrumentarium hat. Und das wiederum hat zur Folge, dass sie vielseitig einsetzbar und instrumentalisiert erscheint. Insbesondere der bereits in der Terminologie zum deutlichen Ausdruck kommende wertende Gehalt verführt dazu, moralisch verwerfliche Sachverhalte mit Hilfe dieser Doktrin zur juristischen Nichtigkeit zu verhelfen. Angesichts dessen ist der Jurist vor die - undankbare - Aufgabe gestellt, zur Vorsicht vor derartigen (menschlich natürlich vielfach sehr verständlichen) Rückschlüssen zu mahnen und auf die rechtshistorisch mühsam und - grosso modo - verdienstvoll errungene Trennung von Recht und Moral<sup>2</sup> zu verweisen.

Diese Mahnung bedeutet allerdings keineswegs eine Absage an die Möglichkeit, juristisch handhabbare Konturen zu entwickeln, mit Hilfe derer man (künftig hin) bestimmte Schulden als odios qualifizieren und dementsprechend juristisch behandeln kann; sie soll nur klarstellen, dass noch so berechnete moralische Entrüstung auch nicht mittels eines vermeintlich juristischen Begriffs automatisch zur gewünschten Rechtsfolge führen kann. Um das zu erreichen, bedarf es vielmehr einer juristischen Präzisierung. Inwieweit das derzeit möglich erscheint, ist Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen.

### A. Geschichte des Konzepts der ‚Odious Debts‘

Der Sache nach ist die Suche nach einem Ausschluss der Rückzahlung von Schulden auf der Ebene der Staaten bzw. des Staatlichen ein weit in die Geschichte zurück reichendes Phänomen<sup>3</sup>. Die Etikettierung gerade als ‚odious debts‘ erfolgte jedoch, soweit ersichtlich, erstmalig im Jahre 1898 - und zwar durch die Vereinigten Staaten von Amerika. Diese Begriffsschöpfung diente ihnen in der Folge des gewonnenen Spanisch-Amerikanischen Krieges als Begründung dafür, diejenigen Schulden nicht zurückzuzahlen, die Kuba gegen Spanien hatte und die die USA als faktische Herrschaftsmacht des befreiten Kuba übernehmen sollten. Denn diese Schulden seien „odios“, weil die von den

Spaniern nach Kuba ausgereichten und dann eben zurückverlangten Gelder dazu gedient hätten, die Unterdrückung der Bevölkerung zu verfestigen und zu perpetuieren.

Diese Namensgebung wurde knapp ein Vierteljahrhundert später anlässlich eines Gesetzes sowie eines daraus resultierenden Schiedsverfahrens wieder aufgegriffen. Costa Rica hatte 1919 die Diktatur Tinocos überwunden und erklärte per Gesetz die von diesem im Namen Costa Ricas eingegangenen Schulden gegenüber der Royal Bank of Canada für unwirksam, weil odios. Das daraufhin eingeleitete Schiedsverfahren endete 1923 mit einem Schiedsspruch des Chief Justice Taft, in dem die gesetzlich erklärte Nichtigkeit bestätigt wurde.

Ein paar Jahre später befasste sich der Rechtswissenschaftler Alexander N. Sack ausführlich mit dem Versuch, das neue Instrumentarium der ‚odious debts‘ juristisch fassbar und damit operationabel zu machen<sup>4</sup>. Die Antwort auf die Frage, ob eine Nachfolgeregierung die Schulden ihrer Vorgängerin befriedigen muss, ist ihm zufolge nur dann zu bejahen, wenn die erlangten Mittel für die Bedürfnisse und zu Gunsten der Interessen des Staates verwendet worden sind. Ist das (1) aber nicht der Fall und haben (2) die Gläubiger Kenntnis davon, liege in der Kreditvergabe ein feindlicher Akt gegen die Bevölkerung des Schuldnerstaates, der die entsprechende Schuld odios und damit unwirksam mache.

Sack wird vielfach attestiert, sich am intensivsten mit der Problematik auseinandergesetzt zu haben, welches Schicksal Staatsschulden nach einem Regimewechsel erleiden<sup>5</sup>. Nach wie vor ist er gewissermaßen der „Kronprinz“ der Befürworter dieser Rechtsfigur. Jüngst erst ist sein Vorschlag allerdings in einer kanadischen Untersuchung<sup>6</sup> weiter ausgebaut worden. Die Autoren schlagen vor, die ‚Odiosität‘ einer Staatsschuld nicht nur nach Maßgabe der zwei von Sack vorgeschlagenen Kriterien (d.h. Verwendung der Mittel entgegen dem Nutzen und dem Interesse des Staates sowie Kenntnis

<sup>1</sup> Ein Erlassen wird dabei als ein inadäquater Gnadenakt angesehen, der im Kontrast zu der „zwingenden“ Unwirksamkeit auf Grund der „Rechtsfigur“ ‚odious debts‘ stehe. Zur „herkömmlichen“ Behandlung von Auslandsschulden und deren Restrukturierungsmöglichkeiten s. statt vieler Marcell, Il Debito Estero die Paesi in via di Sviluppo nel Diritto Internazionale, Milano 2004; Reinisch, Staatensukzession und Schuldenübernahme - beim „Zerfall“ der Sowjetunion, 1995 - je m.w.N.

<sup>2</sup> S. dazu vornehmlich Kant, Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, § E.

<sup>3</sup> Vgl. etwa M. Huber, Die Staatensukzession, 1898, S. 84 ff.; Hoeflich, Through a Glass Darkly: Reflections Upon the History of the International Law of Public Debt in Connection With State Succession, 1 Univ. of Ill. L. R. (1982), 39 ff. Weitere Präzedenzfälle (die allerdings nicht ausdrücklich eine ‚Odious Debts-Doktrin‘ reklamieren) etwa bei KASA, www.odiousdebts.org/odiousdebts/publications/OdiousDebts\_KASA.pdf; oder Fischer-Lescano, KJ 36 (2003), 223 ff.

<sup>4</sup> Les effets des transformations des États sur leurs dettes publiques et autres obligations financières, Recueil Sirey, Paris, 1927. La succession aux dettes publiques d'État, Recueil des Cours 23 (1928), 145 ff.

<sup>5</sup> S. z.B. Feilchenfeld, Public Debts and State Succession, 1931.

<sup>6</sup> King/Khalfan/Thomas, Advancing the Odious Debts Doctrine, 2003 Centre for International Sustainable Development Law, Quebec.

der Gläubiger davon, dass diese Voraussetzung nicht erfüllt ist) zu bestimmen, sondern als drittes - objektives - Kriterium hinzuzufügen, dass die Schulden ohne Zustimmung der Bevölkerung eingegangen sein müssen.

Zuvor schon hatte sich die Völkerrechtskommission um eine Definition bemüht, als sie die Vorarbeiten für die Wiener Konvention über die Staatennachfolge in Staatsvermögen, -archive und -schulden vom 8.4.1983 leistete. Dabei wurden odious debts folgendermaßen definiert:<sup>7</sup> Dies sollten Schulden sein, die der Vorgängerstaat eingegangen ist „with a view to attaining objectives contrary to the major interests of the successor State or of the transferred territory“; ferner all diejenigen vertraglich begründeten Schulden, die der Vorgängerstaat „with an aim and for the purpose not in conformity with international law and, in particular, the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations“ eingegangen ist. Nicht nur, dass dieser Artikel keinen Eingang in die schließliche Konvention gefunden hat; diese Konvention ist insgesamt auch noch gar nicht in Kraft getreten<sup>8</sup>.

Bereits aus diesem historischen Abriss ergibt sich, dass die Geschichte dieser Denk- und Argumentationsfigur allzu große Leerflächen in Praxis und Theorie aufweist, um sie bereits als eine gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsinstitution<sup>9</sup> ansehen zu dürfen. Denn dafür bräuchte es zum einen eine länger währende Anwendung und zum anderen die Überzeugung, dass es sich dabei um Recht handelt<sup>10</sup>.

## B. Zweck der ‚Odious Debts‘

Bevor die Frage erörtert wird, ob bzw. wie die ‚Odious Debts-Doktrin‘ in der vorgeschlagenen Art und Weise zumindest zukünftig juristisch verwendungstauglich ist bzw. sein könnte, erscheint es hilfreich, sich zunächst einmal Klarheit darüber zu verschaffen, welchen Zweck eine derartige Rechtsfigur erfüllen soll.

### I. Ursprünglich

Die beiden oben, sub A, erwähnten praktischen Anwendungsfälle dieser Doktrin waren reaktiv, d.h. also rückwärtsgewandt. Sie waren, mit anderen Worten, für die Beteiligten zu dem Zeitpunkt des Abschlusses der in Frage stehenden Kreditgeschäfte nicht vorhersehbar. Damit entfiel eine (aus europäischem Rechtsverständnis heraus) gewissermaßen essentielle Funktion des Rechts - nämlich als Steuerungsinstrument für das Verhalten der agierenden Beteiligten zu fungieren.

Freilich stellt das allein die Rechtllichkeit jener Maßnahmen selbst noch nicht in Frage, denn insbesondere Gewohnheitsrecht - und damit eine allseits anerkannte Rechtsquelle - zeichnet sich gerade dadurch aus, dass irgendwann einmal und irgendwo ein Anfang gemacht wird; aus ihm kristallisiert sich ein neues Rechtsverständnis heraus, das im Laufe der Zeit so große Überzeugungskraft gewinnt, dass es Bestandteil des allgemeinen Rechtsempfindens wird. Wie schon erwähnt, dürfte die ‚Odious Debts-Doktrin‘ diesen Punkt allerdings noch nicht erreicht haben. Denn auch wenn für das Erreichen dieses Punktes keine 100-prozentige Zustimmung erforderlich ist, genügt für die Entstehung von Gewohnheitsrecht keinesfalls, dass lediglich bestimmte Gruppierungen von der Rechtsqualität überzeugt sind.

## II. Heute

Der Zweck einer rechtsverbindlich gedachten ‚Odious Debts-Doktrin‘ besteht gerade in der Schaffung einer entsprechenden verhaltenssteuernden Wirkung. Gleich etwa einem Signal soll er zukünftig die Parteien der ins Auge gefassten Darlehensvereinbarungen dazu gemahnen, die durch die neue Rechtsfigur bestimmten Grenzen der Privatautonomie einzuhalten.

Damit freilich würde sich diese Doktrin zu einer Reihe bereits existierender Vorschriften - insbesondere privatrechtlicher wie staatsrechtlicher Herkunft - gesellen, die auch jetzt schon als Schutzmechanismen gegen eine übereilte und damit allzu leichtfertig eingegangene Bindung der Staaten bestehen<sup>11</sup>. So ist in dem Staats- wie Zivilrecht wohl eines jeden Landes vorgegeben, welche Formalien für die Eingehung derartiger Verbindlichkeiten einzuhalten sind. Werden sie ignoriert - dem Vernehmen nach geschieht das recht häufig -, so sind diese Verbindlichkeiten regelmäßig ohne rechtsbindende Wirkung, und zwar auch in privatrechtlicher Hinsicht<sup>12</sup>. Eine ‚Odious Debts-Doktrin‘ könnte dem keine weitere, gravierendere oder wie auch immer gesteigerte Form der Unwirksamkeit hinzufügen - mit Ausnahme vielleicht des plakativ zum Ausdruck gebrachten, verstärkten Unwerturteils.

Eine rechtlich anerkannte ‚Odious Debts-Doktrin‘ würde also erst jenseits des (übrigens schon lange) existierenden Rechtsinstrumentariums eingreifen. Da mit ihrer Hilfe letzten Endes bestimmte Wertvorstellungen umgesetzt werden sollen, müsste über sie eine Verständigung angestrebt werden. Denn die banale, allgemeinverbindliche Erkenntnis gilt natürlich auch im vorliegenden Kontext, dass das, was der eine als Wert hoch hält, der andere als Un-Wert ansieht. Freilich soll die Suche nach derartigen Wertvorstellungen nicht Gegenstand der vorliegenden, juristischen Ausführungen sein. Es mag vielmehr die Feststellung genügen, dass eines der mit Hilfe einer verrechtlichten ‚Odious Debts-Doktrin‘ von ihren Proponenten angestrebten Ziele wohl darin bestehen dürfte, diktatorische Regierungen materiell gewissermaßen auszutrocknen und demokratische Regierungsformen zu fördern. Denn nach Maßgabe der bisher vorgeschlagenen Varianten der ‚Odious Debts-Doktrin‘ können die potentiellen Kreditgeber nur im letzteren Fall im Planungsstadium der Kreditvergabe sicher sein, dass sie das Kreditierte zurückerlangen werden.

<sup>7</sup> S. Yearbook of the International Law Commission 1981 II/2, S. 79. S. dazu etwa Ipsen, 5. Aufl. 2004, S. 347 ff., insbes. S. 355, § 25 Rdn. 26.

<sup>8</sup> Dazu Ipsen, a.a.O. (Fn. 7), S. 347 f.

<sup>9</sup> S. auch Fischer-Lescano, KJ 36 (2003), 223 ff.; a.A. Reinisch, a.a.O. (Fn. 1), S. 71 ff. (der jedoch letztlich zu denselben Ergebnissen wie hier vorgeschlagen - siehe nachstehend sub D II 3 - kommt). Zum Gewohnheitsrecht aus völkerrechtlicher Sicht insgesamt etwa Tomuschat, International Law: Ensuring the Survival of Mankind in the Eve of a New Century, Hague Academy of International Law, Collected Courses 281, 1999, S. 324 ff.; Heintschel von Heinegg, in: Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, S. 210 ff., § 16.

<sup>10</sup> S. nur Seidl-Hohenveldern/Stein, Völkerrecht, 10. Aufl. 2000, Rdn. 467.

<sup>11</sup> Die Frage, ob es sich bei einer solchen rechtlichen Regelung um ein völkerrechtliches, staatsrechtliches oder zivilrechtliches Rechtsinstrumentarium handelt, ist eher von technischem Interesse und soll deswegen hier nicht weiter vertieft werden. S. aber Reinisch, State Responsibility for Debts: International Law Aspects of External Debt and Debt Restructuring, 1995.

<sup>12</sup> Freilich ergeben sich rein faktisch Probleme dabei, die Unwirksamkeit derartiger Verträge rechtlich verbindlich bestätigt zu bekommen - und offenbar noch mehr dabei, die rechtlichen Folgerungen aus einer derartigen Feststellung zu ziehen.

### C. Für und Wider der ‚Odious Debts‘

Wie auch immer diese Zielsetzung im Detail aber auch aussehen mag, ist eine juristisch geprägte Auseinandersetzung darüber erforderlich, welche Argumente für und wider die Einführung (bzw. die Etablierung) dieser Doktrin sprechen.

#### I. Contra

Das primäre Argument gegen eine etablierte ‚Odious Debts-Doktrin‘ ist der Grundsatz des ‚pacta sunt servanda‘. Hinter diesem buchstäblich uralten Gebot steckt nicht etwa verbohrt Sturheit juristischen Denkens, sondern die Einsicht in den hohen Wert einer planerischen Gestaltbarkeit nicht nur für die Wirtschaft, sondern für das zwischenmenschliche Zusammenleben insgesamt. Selbst wenn die „Erfindung“ des Vertrages als solchen<sup>13</sup> nicht durch ein derartiges Bedürfnis nach zukunftsgeleiteter Sicherheit oder doch Sicherung hervorgerufen sein sollte, ist doch die Verbindlichkeit einmal eingegangener Verträge von höchstem wirtschaftlichen Interesse. Dabei ist insbesondere im Auge zu behalten, dass jede Schmälerung dieser Sicherheit auf Seiten der betroffenen Parteien Reaktionen auslöst, die vor Einführung einer neuen Rechtsfigur mit bedacht sein sollten.

Als eine solche Reaktion kommt vorliegend in Frage, dass die Bereitschaft zur Kreditvergabe auf Seiten der potentiellen Kreditgeber dramatisch sinken dürfte. Dazu lässt sich freilich sagen, dass genau das das erklärte Ziel (siehe vorstehend sub B II) der Doktrin ist - dass nämlich bestimmte Staaten bzw. bestimmte Regierungen keine Kredite mehr bekommen sollen. So plausibel dieses Argument prima vista auch klingen mag - lässt man einmal die Einzelschicksale der betroffenen Bevölkerung außer Betracht -, so schwierig sind die Folgerungen aus dieser Feststellung. Denn wenn auch die Hingabe eines Darlehens an einen allseits geachteten Diktator in diesem Sinne anrührig sein mag, wie verhält es sich mit Darlehen, die seinem nicht-anrührigen Vorgänger<sup>14</sup> gegeben worden sind? Und wer gibt den Maßstab vor für die Beurteilung eines „Allseits-Berüchtigt-Seins“? Und was geschieht, wenn ein bislang „unbescholtener“ Regierungschef im Laufe seiner Amtszeit eine Kehrtwende zum Bösen hin macht? Soll es eine Liste der gefährdeten Länder geben?<sup>15</sup>

Die Liste dieser Art von Fragen ließe sich verlängern. Doch deuten die vorgetragenen Fragen schon die Tendenz an, dass eine ‚Odious Debts-Doktrin‘ eine Politisierung und Moralisierung rechtlicher Erwägungen impliziert, die eine Kreditvergabe in vielen Fällen sicherlich erschweren und in einigen Fällen wohl auch gänzlich ausschließen würde. Es ist kaum vorstellbar, dass dies als pauschale Folgerung gewollt ist; denn darunter würde insbesondere die Bevölkerung des betroffenen Landes zu leiden haben. Wenn man stattdessen aber gerade keinen pauschalen Ausschluss haben, sondern nur punktuell diejenigen Kredite bzw. Kreditanteile der juristischen Unhaltbarkeit unterwerfen will, die dem Unwerturteil des Odiosen unterfallen, so bürdet dies den Kreditgebern zum Mindesten erhöhte Kontrollkosten auf. Denn als Kreditgeber wird man wohl schwerlich dem Vorwurf des Odiosen dadurch entgegen können, dass in dem betreffenden Vertrag eine Klausel enthalten ist, die als Zweckbestimmung des Dargeliehenen eine allseits akzeptierte Mittelverwen-

dung angibt. Wenn folglich erhöhte Kontrollkosten entstehen, erhöht sich der Kreditpreis, wodurch man wiederum einigen Ländern die Kreditbasis überhaupt entzieht und einigen deutlich einschränkt.

#### II. Pro

Auf der anderen Seite darf nicht verkannt werden, dass derzeit weltweit ein Trend zu beobachten ist, die über Jahrtausende bewährte und hoch gehaltene Maxime des ‚pacta sunt servanda‘ aufzuweichen. Aus dem Bereich des Zivilrechts drängt sich der Hinweis auf das sich seit ca. 40 Jahren entwickelnde Verbraucherschutzrecht auf. Eine seiner Errungenschaften (ob positiv oder negativ zu bewerten, sei hier dahingestellt) besteht darin, dass Verträge seitens der Verbraucher wesentlich leichter lösbar sind als das noch vor etwa einer Generation der Fall gewesen ist, dass also die Verbindlichkeit von Verträgen nachhaltig eingeschränkt wird<sup>16</sup>.

Auch wenn der Vergleich mit dem zivilrechtlichen Verbraucherschutzrecht im vorliegenden Kontext schon allein deswegen hinkt, weil man es im Bereich der hier relevanten Schulden niemals mit Verbrauchern zu tun hat und das Verbraucherschutzrecht regelmäßig „Nicht-Verbraucher“ von seinem Anwendungsbereich ausschließt, verdient der Hinweis doch zumindest insoweit Beachtung, als den Postulaten für die Anerkennung der ‚Odious Debts-Doktrin‘ fast durchweg die Vorstellung eines faktischen Machtgefälles zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer (bzw. der Bevölkerung des darlehensnehmenden Staates) zugrunde zu liegen scheint. Angesichts des mit der Globalisierung einhergehenden Zusammenrückens der Staaten zu einer Art „Dorfgemeinschaft“ (global village), in der dem Völkerrecht Aufgabengebiete zuwachsen, die bislang geradezu klassischerweise dem Zivilrecht vorbehalten waren<sup>17</sup>, erscheint die Parallelisierung mit dem zivilrechtlichen Verbraucherschutz dann nicht mehr als ein völlig abwegiger Vergleich.

Abwegig ist er auch deswegen nicht, weil die „Aufweicherscheinungen“ des Grundsatzes des ‚pacta sunt servanda‘ zwischenzeitlich auch nicht mehr vor dem Völkerrecht halt machen. Die zeitliche Koinzidenz ist wohl nicht zufällig, dass auch hier (wenn auch bislang noch recht vereinzelt) mit Hilfe des im Völkerrecht verankerten Demokratieprinzips zu begründen versucht wird, dass langwährende Verträge sollten gekündigt

<sup>13</sup> Beachte: ‚Vertrag‘ kommt von ‚sich vertragen‘, wie auch ‚pactum‘ von ‚pacisci‘ (= Frieden wahren) kommt.

<sup>14</sup> Es ist mehr als nur eine historische Reminiszenz, dass der Begriff ‚Diktator‘ aus dem antiken römisch-republikanischen Staatsrecht stammt und dort - wie durchaus vielfach noch in nachfolgenden Jahrhunderten und -tausenden - gezielt als Retter einer innen- oder außenpolitisch verworrenen Lage eingesetzt wurde, vgl. etwa *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, 13. Aufl. 2001, S. 22.

<sup>15</sup> Einen solchen Vorschlag unterbreiten in der *Tat Kremer/Jayachandran*, *Odious Debt*, [http://post.economics.harvard.edu/faculty/kremer/webpapers/Odious\\_Debt.pdf](http://post.economics.harvard.edu/faculty/kremer/webpapers/Odious_Debt.pdf). Übrigens gibt es bereits eine vergleichbare Liste (wenn auch inoffiziell) im Zusammenhang mit dem berüchtigten Alien Tort Claims Act der USA. Wer mit den Regierungen dieser Länder (es sind derzeit ca. 150) Geschäfte schließt bzw. geschlossen hat, läuft Gefahr, von der Bevölkerung dieses Landes heutzutage vor die Gerichte der USA gezogen und dort verklagt zu werden.

<sup>16</sup> S. etwa S. Lorenz, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, 1997; *Riesenhuber*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2003, S. 149 ff.; *Medicus*, *JuS* 1988, 1 ff.

<sup>17</sup> Es genügt der Hinweis auf die Diskussion um die Einführung eines Völkerinsolvenzrechts; dazu etwa der von *Dabrowski/Fisch/Gabriel/Lienkamp* herausgegebene Sammelband: *Die Diskussion um ein Insolvenzrecht für Staaten*, 2003. Ferner *Paulus*, *RiW* 2003, 401 ff.; *ders.*, *ZRP* 2002, 383 ff.; *ders.*, *WM* 2002, 725 ff.; *Zenker*, in: *Mummert/Sell*, *Globalisierung und nationale Entwicklungspolitik*, 2003, S. 347; vgl. auch *Vagts*, *AJIL* 98 (2004), 302 ff.

werden können, selbst wenn ein vereinbarter oder gesetzlich vorgesehener Kündigungsgrund fehlt<sup>18</sup>.

Angesichts dieses Befundes wird man festhalten können, dass die Einführung einer juristisch verbindlichen ‚Odious Debts-Doktrin‘ nicht schon deswegen, gewissermaßen von vornherein, zum Scheitern verurteilt ist, weil Verträge eben eingehalten werden müssen. Ein weiteres Kriterium, das diesen Grundsatz einschränkt, bedeutet keinesfalls einen fundamentalen Bruch mit dem Herkommen - und zwar angesichts des weltweit und in vielen Rechtsgebieten zu beobachtenden Schwundes der Verbindlichkeit dieses Grundsatzes. Auf der anderen Seite ist allerdings ebenso zu konstatieren, dass die Einführung einer derartigen Doktrin bedingt, dass Kredite künftighin schwerer erlangt werden und somit zumindest potentiell zu einer Verschlechterung der Lebensbedingungen für ganze Bevölkerungen führen können.

#### D. Lösungsansätze

Wenn man die bis hierher erlangten Erkenntnisse einmal zusammenfasst, ergibt sich als Zwischenergebnis Folgendes: Die ‚Odious Debts-Doktrin‘ hat bislang noch nicht den Status des Gewohnheitsrechts erlangt. Ihre gewünschte Einführung verfolgt (u.a.) das Ziel, Diktaturen materiell „den Sand abzugraben“ und stattdessen weltweit eine Demokratisierung zu fördern. Eine Einführung würde wohl in der Tat Kreditvergaben erschweren, würde aber keinen elementaren Einbruch des Rechts bedeuten.

Wenn dies also die Ausgangsbedingungen einer wie auch immer ausgestalteten ‚Odious Debts-Doktrin‘ sind, stellt sich nunmehr die Frage nach der Feinjustierung. Wie muss diese Doktrin ausgestaltet sein bzw. - juristisch formuliert - welche Tatbestandselemente muss sie aufweisen, um die verfolgten Ziele erreichen zu können? Die Antwort hierauf erfolgt in zwei Schritten: zunächst die Darstellung der bislang vorgetragenen Lösungsvorschläge und im Anschluss hieran ein eigener Vorschlag.

#### I. Reaktion (ad hoc)

Die bislang praktizierten Fälle (Kuba, Costa Rica) stellen aus rechtlicher Perspektive die denkbar ungünstigste Anwendung von „Recht“ dar. Indem in ihnen nämlich erst im Nachhinein das juristische Nichtigkeitsurteil gefällt wurde, fehlte ihnen die bereits oben, sub B I, angesprochene Steuerungswirkung des Rechts. Wenn ex ante ungewiss ist, ob das Damoklesschwert der juristischen Uneinbringlichkeit über dem Dargeliehenen nur schwebt, oder ob es möglicherweise herunterfällt, so gerät die Kalkulationsgrundlage für die Kreditvergabe ins Schwanken. Fällt es, so bedeutet das im Ergebnis, dass die Darlehensgeber das Risiko des akzeptanzfähigen und akzeptierten Verhaltens des Darlehensnehmers zu tragen haben. Das erscheint bestenfalls als eine vielleicht moralisch nachvollziehbare Begünstigung der damit entschuldeten Bevölkerung, ist aber juristisch schwerlich mit grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen vereinbar.

An dieser Stelle ist allerdings eine Einschränkung anzubringen. Denn die Vorstellung des Rechts als Steuerungsinstrument kann auf unterschiedliche Weise umgesetzt werden - und wird etwa in Deutschland in der Tat anders als etwa in den USA gesehen. Während

nämlich hierzulande die Vorstellung herrscht, der Gesetzgeber müsse für Planungssicherheit sorgen und müsse daher ex ante minutiös den „begehbaren“ bzw. den „zu begehenden“ Weg festlegen, herrscht in den USA weithin die Vorstellung vor, dass man frei sein solle, zu schalten und zu walten, dass man dabei aber dem ständigen, sich potentiell realisierenden Risiko ausgesetzt ist, dass irgendein Gericht dieses - zur Zeit der Entscheidung: damalige - Schalten und Walten als rechtswidrig ansehen wird<sup>19</sup>. Was also aus hiesiger Perspektive untragbar erscheint, ist dort Ausdruck grundlegenden Freiheitsverständnisses.

#### II. Prävention (ex ante)

Aus deutscher Perspektive erscheint es demnach vorzugswürdig, präventiv wirkende Kriterien für eine zukünftig anzuwendende ‚Odious Debts-Doktrin‘ zu entwickeln.

##### 1. Der neue Vorschlag

a) Diesem Ansatz entspricht der oben bereits angesprochene kanadische Vorschlag, indem er - in Erweiterung der Sack'schen Kriterien - drei Tatbestandsvoraussetzungen statuiert, bei deren kumulativem Vorliegen eine Nichtigkeit des Schuldgrundes und damit, im Ergebnis, eine Befreiung von „den Schulden“ eintritt: fehlende Zustimmung der Bevölkerung, fehlende Übereinstimmung mit den Interessen der Bevölkerung, Kenntnis des Gläubigers von dem Vorliegen der beiden voranstehenden Voraussetzungen.

b) Zunächst einmal ist an diesem Vorschlag zweierlei positiv zu vermerken: Indem er auf die ‚creditor awareness‘ abstellt, hebt er sich von vielen Vorschlägen oder Vorstellungen von Seiten diverser NGOs ab, die diese Tatbestandsvoraussetzung - ob wissentlich oder unbewusst, ist unklar - schlichtweg unterschlagen<sup>20</sup>. Dass das nicht angeht, liegt auf der Hand und bedürfte an sich keinerlei Hervorhebung. Gleichwohl sei mit Nachdruck betont, dass es höchst ungerecht wäre - und zwar nach allen Gerechtigkeitsvorstellungen der zivilisierten Welt -, einem Kreditgeber nur deswegen, weil er Kreditgeber ist, das Risiko aufzuerlegen, dass der von ihm ausgereichte Kredit zu missbilligten Zwecken benutzt wird. Dieses Risiko kann ihm, wenn überhaupt, nur dann aufgebürdet werden, wenn ihm die odiose Verwendung des Kreditierten subjektiv zugerechnet werden kann.

Der andere positiv zu vermerkende Aspekt liegt darin, dass der Vorschlag nicht darauf abstellt, was sowohl in den Fällen Kuba und Costa Rica als auch in den Schriften *Sacks* mehr oder minder explizit als wesentlicher Umstand mitgedacht wurde bzw. eine bedeutsame Rolle gespielt zu haben scheint - nämlich die Tatsache, dass eine Staatennachfolge stattgefunden hat bzw. ein Systemwechsel eingetreten ist<sup>21</sup>. Ein derartiges Ereignis mag rein faktisch eine wesentliche Rolle für die Erfüllung bestehender Verbindlichkeiten spielen - welcher noch so hart gesottene Diktator würde sich wohl auf eine durch die ‚Odious Debts-Doktrin‘ gestützte

<sup>18</sup> Vgl. Fulda, Demokratie und pacta sunt servanda, 2002; <http://dochostrz.hu-berlin.de/dissertationen/fulda-christian-b-2002-10-10>.

<sup>19</sup> S. hierzu statt vieler Carrington, Punitive Damages - The American Tradition of Private Law, in: Humboldt Forum Recht, [www.humboldt-forum-recht.de/7-2004](http://www.humboldt-forum-recht.de/7-2004).

<sup>20</sup> Dieses Urteil gilt gleichermaßen gegen die o.a. Definition der Völkerrechtskommission für das Wiener Staatennachfolge-Abkommen.

<sup>21</sup> S. auch Dahm, Völkerrecht, Bd. 1, 1958, S. 110 ff., insbes. S. 120.

Nichtigkeit seiner Schulden berufen, wo er doch regelmäßig von weiteren Krediten abhängig sein wird -; aber rechtlich gesehen muss das wie auch immer zu definierende Odiose unabhängig und losgelöst von solchen Wechseln sein. Denn die Tatsache, dass ein Wechsel eintritt, macht den zuvor gewährten und verwendeten Kredit in keiner Weise odioser. Der Wechsel als solcher ist schließlich nichts, was einem odiosen Diktator noch zusätzlich zu Lasten fallen würde.

Folglich ist festzuhalten, dass eine juristisch verbindliche ‚Odious Debts-Doktrin‘ unabhängig von derartigen Staaten- oder Systemwechseln ist. Odios ist die Schuld also gewissermaßen aus sich heraus; sie wird es nicht erst durch eine Veränderung der involvierten Akteure.

c) Gleichwohl aber sind die Kriterien des kanadischen Vorschlags zu kritisieren - und zwar deswegen, weil sie zu unbestimmt und damit unkalkulierbar sind.

(1) Wenn nämlich die Zustimmung der Bevölkerung gefordert wird, so soll damit (wohl) eine Anwendbarkeit der Doktrin im Falle demokratischer Herrschaft per se ausgeschlossen sein. Ob dies - oder auch der entgegengesetzte Fall - tatsächlich die gewünschte Zielgruppe hinlänglich eingrenzt, erscheint fraglich. Denn erstens stellt sich die Frage, wie im Falle einer Scheindemokratie zu verfahren ist, in der sich die Herrschenden auf ihre von dem Votum der Bevölkerung hergeleitete Legitimation ebenso zu berufen pflegen, wie das ihre Kollegen in „echten“ Demokratien tun. Zweitens sind Monokratien automatisch von dieser Tatbestandsvoraussetzung erfasst. Monarchen oder geistliche Oberhäupter eines „Gottesstaates“ sind somit kraft Staatsaufbaus mit dem Makel des Odiosen behaftet, was ihnen den Zugang zu Krediten automatisch erschwert und somit verteuert.

Diese Problematisierung in zwei Richtungen führt zu der tiefer liegenden Frage - wer nämlich soll definieren, wer als Diktator im Sinne der ‚Odious Debts-Doktrin‘ gilt? Dies ist eine außerordentlich heikle und nach den Maßstäben des existierenden Rechts - aber auch der existierenden Wertanschauungen - wohl nicht beantwortbare Frage. Auf keinen Fall gibt die Antwort, dass die Herrschaft nicht durch die Bevölkerung legitimiert ist, eine hinreichende Präzision.

(2) Auch das andere objektive Kriterium des kanadischen Vorschlags - absence of benefit - leidet unter demselben Defizit: Wer oder was stellt den sozusagen archimedischen Punkt dar, an dem ein derartiger benefit gemessen werden sollte? Dieser Punkt ist in sachlicher wie in zeitlicher Hinsicht wichtig: In sachlicher deswegen, weil ex ante bestimmbar sein muss, was den Interessen der Bevölkerung dient und was nicht. Pauschalisierende Antworten hierauf gibt es aber nicht. Denn Waffenlieferungen (um ein besonders anrüchiges Beispiel zu nennen) sind nur auf Grund der jeweiligen, individuellen Begleitumstände anrüchig - dann nämlich, wenn sie für einen nicht gerechtfertigten Angriffskrieg oder zu sonstigen verbrecherischen Zwecken verwendet werden; nicht aber, wenn sie für die eigene Verteidigung angeschafft werden. Oder aber: Der Aufbau eines Repressionsapparats in Gestalt etwa von Gefängnissen; ab welcher Anzahl von Gefängnissen hört das Interesse der Bevölkerung auf? Dass es gar keine Gefängnisse geben darf, wird wohl ernsthaft niemand fordern wollen.

Die Zweifel setzen sich aber auch in der anderen Richtung fort: Der Aufbau von Schulen und Krankenhäusern wird wohl generell als den Interessen der Bevölkerung dienend angesehen werden. Was aber, wenn diese Schulen und Krankenhäuser allein den Reichen -

oder gar nur der Familie des betreffenden Herrschers vorbehalten werden? Auf den Punkt gebracht, lautet die Frage: Wer ist „die Bevölkerung“? bzw. wer soll sie repräsentieren?

Das leitet auf das zeitliche Moment über: Auf welchen Zeitpunkt soll es ankommen, wenn die Frage nach dem benefit gestellt wird? Der Zeitpunkt der Kreditvergabe oder der der Entscheidung darüber, ob der Kredit odios ist oder nicht? Aus einer rechtlichen Perspektive kann es sinnvollerweise nur auf den Zeitpunkt der Kreditvergabe ankommen. Anderenfalls würde man den Kreditgebern die bereits angesprochenen Kontrollpflichten auferlegen, die sie entweder gar nicht erfüllen können oder die den Preis des Kredits ins Unermessliche treiben.

(3) Schließlich ist auch noch das subjektive Kriterium der creditors' awareness kritikwürdig. Zwar ist es, wie schon erwähnt, unabdingbar; doch kann es nicht allein auf die positive Kenntnis auf Seiten des Kreditgebers ankommen. Dann wäre die Doktrin denn doch allzu leicht zu umgehen. Um sie einigermaßen praxistauglich zu machen, muss dieser subjektive Maßstab präzisiert werden - etwa dergestalt, dass der positiven Kenntnis auch grob fahrlässige Unkenntnis gleichzusetzen ist.

## 2. Lex Mercatoria

Zwar ist zu konzedieren, dass die soeben vorgetragene Kritik die Möglichkeit einer Präzision zu implizieren scheint. Eine solche wird sich jedoch zumindest zum jetzigen Zeitpunkt (zu dem man noch nicht viel weiter ist, als sich über die Struktur eines derartigen Tatbestandes Gedanken zu machen), schwerlich finden lassen. Gleichwohl kann man sich auf adäquatere Weise einer Lösung annähern. Dabei ist besonders hilfreich, wenn man sich auf bereits existierende Vorgaben stützen kann, deren rechtlicher Charakter - anders als die bisherigen Anwendungen der ‚Odious Debts-Doktrin‘ - außer Frage steht.

Dieser Blickwinkel eröffnet die Sicht auf einen Regelungskomplex, der noch am ehesten für sich beanspruchen kann, so etwas wie eine weltweit akzeptierte oder doch zumindest beachtete *lex mercatoria* zu sein - die von UNIDROIT vorgelegten Principles of International Commercial Contracts<sup>22</sup>. Gerichte vieler Länder greifen in zunehmendem Maße auf diese Leitlinien zurück, wenn internationale Verträge zu beurteilen und die anzuwendende Rechtslage nicht ganz eindeutig ist. Da die im vorliegenden Kontext in Frage stehenden Kreditverträge regelmäßig kommerzieller Natur sind, drängt sich eine Orientierung an diesen Vorgaben gewissermaßen von selbst auf.

In Art. 3.1 (c) wird der Anwendungsbereich dieser Grundregeln u.a. dahingehend eingeschränkt, dass sie keinerlei Aussagen über eine Vertragsunwirksamkeit treffen, die aus ‚immorality‘ (im deutschen Text: ‚Sittenwidrigkeit‘) resultiert. Zu dieser, dem Anliegen der bislang vorgetragenen ‚Odious Debts-Doktrin‘ am nächsten kommenden, allgemein anerkannten Rechtsfigur trifft diese *lex mercatoria* also bewusst keine Aussage. Das korrespondiert zum einen mit dem Unbehagen, moralisierende Aspekte in den Bereich des Rechtlichen zu ziehen, und zum anderen mit der Einsicht,

<sup>22</sup> Vgl. [www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm](http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm). Dazu insbesondere M. J. Bonell, in: Carboneau, *Lex Mercatoria and Arbitration*, 2004; ders., *Revue de droit des affaires internationales* 1997, 145 ff.; ders., *The UNIDROIT Principles as a Means of Interpreting and Supplementing International Uniform Law*, in: ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2002, Special Supplement, 29 ff.

dass die Sittenstandards dieser Welt viel zu disparat sind, als dass sie sich auf einen gemeinsamen Nenner bringen ließen.

Jedoch sieht Art. 3.10 der Grundregeln immerhin vor, dass dann, wenn zwischen den Leistungen der Parteien eine ‚gross disparity‘ (im deutschen Text: ‚grobes Missverhältnis‘) herrscht, der betreffende Vertrag angefochten werden kann. Dieses Recht besteht dann, „wenn bei Vertragsabschluß der Vertrag oder die einzelne Bedingung der anderen Partei unberechtigt einen übermäßigen Vorteil verschaffte.“ Im weiteren Text wird sodann aufgelistet, welche Faktoren u.a. dabei in die Abwägung einzubeziehen sind - dies sind: „die Tatsache, dass die andere Partei aus einer Abhängigkeit, wirtschaftlichen Notlage, dringenden Bedürfnissen oder mangelnder Voraussicht, einer Unwissenheit, Unerfahrenheit oder mangelndem Verhandlungsgeschick der ersten Partei unredlichen Vorteil gezogen hat; und die Natur und der Zweck des Vertrages.“

Ob sich dieser Ansatz zu einer funktionsfähigen ‚Odious Debts-Doktrin‘ fortentwickeln lassen könnte, ist allerdings nicht ganz zweifelsfrei. Denn auch wenn in den hier interessierenden Fällen hinsichtlich der Leistungen das grobe Missverhältnis zwischen Kreditgebern und Bevölkerung des kreditnehmenden Staates vielleicht noch gegeben sein mag; zwischen den Kreditgebern und den - rechtlich gesehen: allein maßgeblichen - Stellvertretern des kreditnehmenden Staates wird das eher selten vorkommen.

### 3. Fallgruppenbildung

Jedoch lässt sich der vorgenannte ‚lex mercatoria-Ansatz‘ auf andere Weise nutzbar machen. Und zwar, indem man die in Art. 3.10 der Grundregeln vorgeschriebene Methode der für die Beurteilung eines jeden Einzelfalls erforderlichen Kombination verschiedener Tatbestandselemente auf die Frage nach den odious debts überträgt. Das ist gesetzgebungstechnisch nichts Ungewöhnliches, begegnet vielmehr vielfach bei nationalen Normierungen offener Tatbestände wie etwa der Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften<sup>23</sup>. Nun mag eine solche Herangehensweise auf den ersten Blick vielleicht sogar noch unbestimmter als die drei Tatbestandsmerkmale des kanadischen Vorschlags erscheinen, doch liegt der Vorteil der hier vorgeschlagenen Methode im Unterschied zu der oben kritisierten mangelnden Präzision der bisherigen Konkretisierungsversuche der ‚Odious Debts-Doktrin‘ in Folgendem:

Das Odiose einer Schuld ergibt sich nicht sozusagen automatisch, sobald bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Vielmehr ist dafür erforderlich, dass eine Zusammenschau diverser Eckdaten vorgenommen wird, um sodann im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung zu einem Wert- bzw. Unwerturteil zu gelangen. Diese anfänglich notgedrungen offene Vorgehensweise kann jedoch im Laufe zunehmender Fallenerfahrung präzisiert werden, indem sich so genannte Fallgruppen herauskristallisieren bzw. bilden. Fallgruppen stellen somit so etwas wie eine aus mehreren Fällen verdichtete Erfahrung dar, so dass dann, wenn dieses Entwicklungsstadium einmal erreicht ist, die Subsumierbarkeit eines konkreten Einzelfalles unter eine der anerkannten Fallgruppen odioser Schulden gleichsam von selbst deren Rechtsfolge nach sich zieht.

Der Vorteil dieser Vorgehensweise liegt, mit anderen Worten, darin, dass die Vielzahl der denkbaren Fallkonstellationen nicht von vornherein in ein vorgegebe-

nes Prokrustes-Bett mehr oder minder starrer Tatbestandsmerkmale eingezwängt wird, sondern dass, der Vielzahl der Möglichkeiten gemäß, zunächst die notwendige Offenheit gewahrt wird. Mit jedem hinzukommenden Anwendungsfall verdichtet sich aber die Erfahrung, so dass die anfängliche Offenheit im Laufe der Zeit immer mehr einer präzisierten Konkretisierung weicht, die sich schließlich zu Fallgruppen verdichtet.

Was die im Voranstehenden mehrfach als höchst bedeutsam eingestufte Vorhersehbarkeit und Kalkulierbarkeit für die potentiellen Darlehensgeber anbelangt, so zeigt nicht nur die jeweilige nationale Erfahrung mit entsprechenden Normen - für Deutschland sei als beispielhaft allein auf § 138 BGB (Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften) verwiesen<sup>24</sup> -, dass diese Form der Normsetzung für Kreditgewerbe wie Wirtschaft akzeptabel ist. Hinzu kommt, dass bei hinreichend klarer Festlegung derjenigen Kriterien, die für die Einzelabwägung maßgeblich sind, eine exaktere Vorhersehbarkeit möglich ist als bei Tatbestandsmerkmalen, die in mehrfacher Hinsicht zu weit und/oder zu eng gefasst sind.

Außer der oben bereits angesprochenen (sub D II 1 b) Notwendigkeit, dass das Unwerturteil des Odiosen immer und unabänderlich beiden Seiten muss zugerechnet werden können - und zwar mit Hilfe subjektiver Voraussetzungen wie Kennen bzw. Kennen-müssen, sind die soeben angesprochenen Kriterien insbesondere die Folgenden:

#### a) Schuldnervertreter

Juristische Präzision erfordert zunächst eine Erläuterung dieses Begriffes. Während nämlich oftmals vom Schuldner gesprochen wird, ist das in den hier relevanten Fällen regelmäßig unzutreffend. Denn Schuldner ist ausnahmslos das betreffende Land und gerade nicht die natürliche Person, gegen die sich das Unwerturteil richten soll - also etwa der betreffende Diktator oder sonstige missbilligte Herrscher. Folglich kommt es nicht auf den Schuldner an, sondern auf diejenige Person, die sich des Schuldners als Kreditnehmer bedient. Ein wenig vereinfachend wird diese Person im Folgenden Schuldnervertreter genannt.

Dass sich das Odiose einer Schuld aus der Person oder dem Verhalten dieses Schuldnervertreters ergeben kann, ist sozusagen allgemein akzeptiertes Grunddatum der Diskussion um den oben angeführten Costa Rica-Fall und die gegenwärtige Irak-Entschuldungsfrage. Wie jedoch ein notwendiger Grad an Missbilligung festgestellt werden sollte, ist eine insgesamt nur schwer und dementsprechend auch hier nur andeutungsweise beantwortbare Frage. Auf keinen Fall ist der betreffende Personenkreis damit hinreichend und umfassend erfasst, wenn man auf dessen fehlende demokratische Legitimation verweist (siehe vorstehend) - es sei denn, man wollte das Odiose allein schon in dem Umstand erblicken, dass es in dem betreffenden Staat keine (echte?) Demokratie gibt. Handfestere Kriterien erzielt man, wenn man die Legitimation des betreffenden Schuldnervertreters an allgemein akzeptierten Vorgaben misst.

<sup>23</sup> Hierzu (auch für den vorliegenden Kontext aufschlussreich) etwa Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, S. 732 ff.

<sup>24</sup> Für die USA (Verstoß gegen public policy) s. nur Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 45 ff. Aus völkerrechtlicher Sicht etwa Verdross, ZföR 16 (1936), S. 79 ff.



sprechenden Norm<sup>29</sup>. Danach ist der bereicherungsrechtliche Rückforderungsanspruch dann ausgeschlossen, wenn sowohl Schuldner als auch Gläubiger ein Verstoß gegen die guten Sitten vorgeworfen werden kann.

## F. Institutionelles

Eine schließliche, hoch bedeutsame Frage stellt sich noch hinsichtlich der Institution, die für die Durchsetzung dieser neuen Rechtsfigur Sorge tragen sollte. Wegen der notorischen Vorbehalte sollten Internationaler Währungsfonds (IWF) und Weltbank, aber auch der Internationale Gerichtshof in Den Haag<sup>30</sup> ausgeschlossen sein. Für ad hoc-Schiedsgerichtsbarkeiten nach dem Vorbild des Iran-US-Tribunals dürfte es zum einen in den meisten Fällen an den damals gegebenen Machtverhältnissen fehlen; zum anderen sind je anders zusammengesetzte Schiedsgerichte der Entwicklung der in diesem Gutachten vorgeschlagenen Fallgruppen abträglich. Dafür ist ein zumindest einigermaßen konsistenter Spruchkörper erforderlich.

Unter diesen Umständen reduzieren sich die Möglichkeiten auf zwei Alternativen: Entweder man behilft sich mit einer bereits bestehenden Gerichtsinstitution oder man schafft eine neue. Was die erste Alternative anbelangt, so käme das Streitbeilegungsgremium (Dispute Settlement Panel) der WTO, vgl. Art. III (3) des Übereinkommens vom 15. April 1994, in Betracht<sup>31</sup>. Hier besteht bereits eine große Expertise bezüglich globaler Rechtsstreitigkeiten. Das wäre wohl die vorzugswürdige Lösung für die vorliegende Problematik.

Was die zweite Alternative, die Neuschaffung eines Gremiums, anbelangt, so wäre diese Aufgabe wohl der UNO<sup>32</sup> - vielleicht auf Grund der Sachnähe: UNCTAD - zu übertragen. Deren Vorgehensweise könnte sich daran anlehnen, was der IWF seinerzeit für ein Staateninsolvenzverfahren (SDRM) bzw. das dafür vorgesehene Dispute Resolution Forum (DRF) vorgeschlagen hat<sup>33</sup>.

## G. Ergebnisse

Zusammengefasst lassen sich also die voranstehenden Überlegungen in folgende Ergebnisse bündeln:

1. Die ‚Odious Debts-Doktrin‘ hat bislang noch nicht den Status einer Rechtsregel erreicht. Als einschlägige Rechtsquelle käme allenfalls das Gewohnheitsrecht in Betracht; doch fehlt es dafür an notwendigen Voraussetzungen.

2. Die bislang vorgeschlagenen Konkretisierungen einer rechtlichen Regel ‚odious debts‘ sind nicht tragfähig.

3. Um dieses Ziel aber dennoch zu erreichen, empfiehlt sich die Schaffung eines offenen Tatbestandes, dessen konkretisierende Faktoren aber hinreichend präzise sind, um im Laufe der Zeit Fallgruppen herausarbeiten zu können.

4. Rechtsfolge dieser ‚Odious Debts-Doktrin‘ wäre nicht nur die Nichtigkeit des zugrundeliegenden Kreditvertrages, sondern zusätzlich auch noch der Ausschluss einer bereicherungsrechtlichen Rückforderbarkeit.

5. Das für die Beurteilung des Odiosen zuständige Gericht könnte entweder das Streitbeilegungsgremium der WTO/GATT sein oder aber ein nach dem Vorbild des DRF von der UNO neu zu schaffendes Gericht.

<sup>29</sup> In den USA ist diese Rechtsfolge anerkannt etwa bei Verträgen, die wegen Gesetzesverstößen unwirksam (illegal) sind, vgl. *Hay*, US-amerikanisches Recht, 2. Aufl., Rdn. 307.

<sup>30</sup> Dieses Gericht käme freilich derzeit nur dann in Betracht, wenn auf beiden Seiten des Darlehensvertrages Staaten agieren würden.

<sup>31</sup> S. hierzu etwa *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2003, § 7 Rdn. 52 ff.; *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, Das Recht der internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften, 7. Aufl. 2000, Rdn. 1312; *J. Jackson*, The Jurisprudence of GATT and the WTO, 2000, S. 133 ff.

<sup>32</sup> S. auch *Stiglitz*, Odious Rulers, Odious Debts, [www.globalpolicy.org/socecon/bwi-wto/wbank/stigindx.htm](http://www.globalpolicy.org/socecon/bwi-wto/wbank/stigindx.htm).

<sup>33</sup> Vgl. dazu *Paulus*, Festschr. Kirchhof, 2003, S. 421 ff.

# Verkaufte Darlehen in der Insolvenz des Darlehensgebers

Von Wiss. Assistent Dr. Andreas Engert, LL.M. (Chicago), und  
Rechtsanwalt Dr. Michael Schmidl, Maître en Droit, LL.M. Eur., München

## A. Problemstellung: Wirkung von § 103 InsO auf die Abtretung von Darlehensforderungen

Mit der True Sale Initiative schicken sich die deutschen Banken an, Kreditrisiken nicht mehr nur am Kapitalmarkt abzusichern<sup>1</sup>, sondern die zugehörigen Darlehensforderungen endgültig zu veräußern, um sie nicht mehr mit Eigenkapital unterlegen zu müssen<sup>2</sup>. Mit der Zunahme solcher Verbriefungen (asset backed securitizations) stellen sich häufiger als bisher Rechtsprobleme des Verkaufs und der Abtretung von Darlehensforderungen<sup>3</sup>. Gleiches gilt für einen weiteren Transaktionstypus, den Verkauf ausfallbedrohter Forderungen an spezialisierte Abwickler bzw. Investoren. Eine wichtige Fragestellung liegt dabei in den Auswirkungen einer Insolvenz des Darlehensgebers<sup>4</sup>: Für Kapitalmarktinvestoren oder Käufer von Darlehensforderungen spielt es eine große Rolle, ob ihnen neben dem Ausfallrisiko der erworbenen Forderungen auch Gefahren aus

einer Insolvenz des veräußernden Darlehensgebers drohen. Eine solche zusätzliche Belastung schlägt sich unmittelbar in einem geringeren Erlös aus der Veräußerung der Forderungen nieder<sup>5</sup>. Besonders misslich ist es, wenn es zu einem solchen Abschlag bei der Forderungsbewertung nur deshalb kommt, weil die Rechtslage nicht eindeutig scheint.

<sup>1</sup> Dies geschieht durch Kreditderivate, siehe Deutsche Bundesbank, Instrumente zum Kreditrisikotransfer: Einsatz bei deutschen Banken und Aspekte der Finanzstabilität, Monatsbericht April, 2004, S. 27 ff., 30 f., abrufbar unter <http://www.bundesbank.de>. Zur aufsichtsrechtlichen Behandlung Rundschreiben 10/99 v. 16.6.1999 des (damaligen) BAKred, abrufbar unter <http://www.bafin.de>.

<sup>2</sup> Zu den dabei im Rahmen der §§ 10, 10a KWG zu stellenden Anforderungen siehe Rundschreiben 4/97 v. 18.11.1999, abrufbar unter <http://www.bafin.de>.

<sup>3</sup> Zum Bankgeheimnis in einem vergleichbaren Zusammenhang OLG Frankfurt a.M. WM 2004, 1386 = WuB I B 3. - 1.04 A. *Klüwer/M. Meister* = BKR 2004, 330 = NJW 2004, 3266; dazu *Rinze/Heda*, WM 2004, 1557; *Langenbacher*, BKR 2004, 333; *Rögner*, NJW 2004, 3230.

<sup>4</sup> Umlassend *Fleckner*, ZIP 2004, 585.

<sup>5</sup> *Kuder*, ZInsO 2004, 1180, 1181.