

van? War sie so bedrohlich, dass sie als neuer konstitutioneller Moment wirkte, diesmal der global vernetzten Wirtschaft, der ihre Selbstbeschränkung durch eine globale Finanzverfassung in den Bereich des Möglichen erhob? Oder war der bottom doch noch nicht erreicht, so daß mit dem Abklingen der Krise schon wieder das alte Suchtverhalten weltweit wiederkehrt?

### Literatur

Binswanger, Hans Christoph (2006) *Die Wachstumsspirale: Geld, Energie und Imagination in der Dynamik des Marktprozesses*, Marburg: Metropolis.

- (2009) *Vorwärts zur Mässigung: Perspektiven einer nachhaltigen Wirtschaft*, Hamburg: Murmann.

Brunkhorst, Hauke (2007) „Die Legitimationskrise der Weltgesellschaft: Global Rule of Law, Global Constitutionalism und Weltstaatlichkeit“, in: Mathias Albert und Rudolf Stichweh (Hrsg.): *Weltstaat und Weltstaatlichkeit*. Wiesbaden: VS 63-108.

Fischer-Lescano, Andreas und Gunther Teubner (2006) *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt: Suhrkamp.

Grimm, Dieter (2009) „Gesellschaftlicher Konstitutionalismus: Eine Kom-

penensation für den Bedeutungsschwund der Staatsverfassung?“, in: Matthias Herdegen et al. (Hrsg.): *Festschrift für Roman Herzog*, München: 67-81.

Huber, Joseph und James Robertson (2008) *Geldschöpfung in öffentlicher Hand: Weg zu einer gerechten Geldordnung im Informationszeitalter*, Kiel: Gauke.

Ladeur, Karl-Heinz und Lars Vellechner (2008) „Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes“, 46 *Archiv des Völkerrechts*, 42-73.

Streeck, Wolfgang (2009) *Re-Forming Capitalism: Institutional Change in the German Political Economy*, Oxford: Oxford University Press.

Teubner, Gunther (2003) „Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie“, 63 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1-28.

- (2006) „Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure“, 45 *Der Staat*, 161-188.

- (2007) „Codes of Conduct multinationaler Unternehmen: Unternehmensverfassung jenseits des Corporate Governance und Mitbestimmung“, in: Dieter Gosewinkel, et al. (Hrsg.): *Festschrift für Jürgen Kocka*, 36-51. Berlin: Wissenschaftszentrum,

Vesting, Thomas (2009) „Politische Verfassung? Der moderne (liberale) Verfassungsbegriff und seine systemtheoretische Rekonstruktion“, in: Graf-Peter Callies et al. (Hrsg.): *Festschrift für Gunther Teubner*. Berlin:

De Gruyter, 609-626.

## Die Veröffentlichung „Freiwilliger Kaufangebote“ von Fondsanteilen über den Elektronischen Bundesanzeiger

Von Rechtsanwalt Michael Tyroller, Würzburg\*



In Zeiten der Finanzkrise haben in den letzten Monaten zahlreiche Fondsanlagegesellschaften die Rücknahme von Anteilen an den von Ihnen ausgegebenen Fonds ausgesetzt. Dadurch wurden viele Anleger verunsichert, ob bzw. wie viel die von ihnen gekauften Fondsanteile überhaupt noch wert sind.

Die meisten Fonds werden aber an der Börse weiterhin gehandelt, was von der die Rücknahme aussetzenden Fondsanlagegesellschaft dem Verbraucher nur selten mitgeteilt wird. Dieser Umstand hat in der letzten Zeit vermehrt dazu geführt, dass private Unternehmen im Elektronischen Bundesanzeiger freiwillige Kaufangebote veröffentlichen, in welchen den Inhabern solcher Fonds angeboten wird, diese Fondsanteile abzukaufen.

Gemäß § 16 Satz 2 Spiegelstrich 2 der Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte sind die depotführenden Banken verpflichtet, freiwillige Kauf- und Umtauschangebote an deren Kunden (die Fondsinhaber) weiterzugeben. Die Veröffentlichung dieser Freiwilligen Kaufangebote über den Elektronischen Bundesanzeiger und deren Weitergabe an die Bankkunden werfen eine Vielzahl von Rechtsfragen aus dem Allgemeinen Teil des BGB und dem Verbraucherschutzrecht aus dem Allgemeinen Teil des Schuldrechts auf.

**1. Vorliegen eines verbindlichen Antrags i.S.d. § 145 BGB oder bloße „invitatio ad offerendum“**

Die Bezeichnung als „Freiwilliges Angebot“ könnte

darauf hindeuten, dass es sich bei den über den Elektronischen Bundesanzeiger veröffentlichten Kaufangeboten um eine unverbindliche Aufforderung zur Abgabe von Angeboten (sog. „invitatio ad offerendum“) handelt, bei welcher der Rechtsbindungswille zum endgültigen Abschluss eines Vertrages noch fehlt<sup>1</sup>. Ob das eine

oder das andere vorliegt, ist eine Frage der Auslegung, wobei es gem. §§ 133, 157 BGB auf die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Empfängers der Erklärung ankommt (sog. objektiver Empfängerhorizont).

**a) „Freiwillig“ als Ausschluss der Bindungswirkung?**

Der Antragende kann die Bindungswirkung seines Antrages durch Formulierungen wie „freibleibend“ bzw. „unverbindlich“ ausschließen<sup>2</sup>. Allein das Wort „freiwillig“ genügt für einen Ausschluss des Bindungswillens aber nach gefestigter Rechtsprechung nicht. Durch das Wort freiwillig wird lediglich zum Ausdruck gebracht, dass der Fondsanleger keinen Anspruch darauf hat, dass seine Anteile zurückgenommen werden, diesem aber das Angebot gemacht wird, einen entsprechenden Vertrag zu schließen. Dies entspricht der Rechtsprechung des BAG zu den „Gratifikationen“, bei denen es sich auch um „freiwillige Sonderzuwendungen handelt“. Werden solche gewährt, so entsteht nach der Rechtsprechung

<sup>1</sup> Vgl. hierzu Palandt/*Ellenberger*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 145 Rdn. 2.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu Palandt/*Ellenberger*, a.a.O., § 145 Rdn. 4.

des BAG zur „Betrieblichen Übung“ ein schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitnehmers dahingehend, dass er einen Anspruch auf die Sonderzahlung auch für die Zukunft bekommt. Auch die „Formulierung „freiwillige, stets widerrufliche Leistung“ schließt nach zutreffender Ansicht des BAG einen Rechtsbindungswillen nicht aus. Eine derartige Formulierung sei widersprüchlich, da eine freiwillige Leistung nicht widerrufen werden müsse. Der Widerruf einer Leistung durch den Arbeitgeber setzt damit den Anspruch des Arbeitnehmers auf die Leistung voraus. Hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf die Leistung, geht auch ein Widerruf der Leistung ins Leere<sup>3</sup>. Gegen eine bloße invitatio ad offerendum spricht auch der Umstand, dass die veröffentlichten Angebote in den meisten Fällen zeitlich befristet sind. Eine zeitliche Bindung ist aber gemäß § 148 BGB nur bei einer Willenserklärung vorgesehen. Oder anders formuliert: Eine zeitliche Befristung einer Aufforderung, Angebote zu machen, ergibt wenig bis keinen Sinn.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass es sich jedenfalls bei der Veröffentlichung zeitlich befristeter freiwilliger Kaufangebote um ein rechtsverbindliches Angebot handelt.

## 2. Widerrufsrecht des Verbrauchers bei zustande gekommenem Kaufvertrag?

Nimmt der Kunde ein solches Kaufangebot fristgerecht (hierfür kommt es auf den Zugang der Annahmeerklärung beim Antragenden an; die rechtzeitige Abgabe genügt nicht<sup>4</sup>), ist zwischen den Parteien ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen. Fällt der Kaufpreis des Fonds unter den vereinbarten Kaufpreis, dann hat sich das Geschäft für den Kunden gelohnt. Steigt der Preis hingegen, so fühlt sich der Kunde, der meist Verbraucher ist, nicht ausreichend informiert und will das Geschäft nach Verbraucherschutzrecht widerrufen. In Betracht kommt in diesem Fall lediglich das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen gemäß § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB. Ein solches Widerrufsrecht steht dem Verbraucher aber in der vorliegenden Fallkonstellation aus mehreren Gründen nicht zu.

### a) Kein Fernabsatzgeschäft i.S.d. § 312b Abs. 1 BGB aufgrund der Rollenverteilung

#### aa) Vorliegen einer Finanzdienstleistung

§ 312b Abs. 1 Satz 1 BGB stellt klar, dass auch bei Verträgen über Finanzdienstleistungen die fernabsatzrechtlichen Vorgaben zu beachten sind. Finanzdienstleistungen sind nach der Legaldefinition in § 312 Abs. 1 Satz 2 „insbesondere“ Bankdienstleistungen sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung,

Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung<sup>5</sup>.

#### bb) Rollenverteilung bei einer Finanzdienstleistung

Unter den Begriff der *Finanzdienstleistung* fällt daher auch der Handel von Wertpapieren. Dies allerdings *nur dann, wenn der Unternehmer als Vertreter des Wertpapiers fungiert* und dieses an Verbraucher verkauft<sup>6</sup>.

In der vorliegenden Konstellation ist es jedoch so, dass der Unternehmer die Fondsanteile ankauft. Ob dies auch eine Finanzdienstleistung darstellt, ist äußerst fraglich.

Die Vertragsparteien bei einem Fernabsatzgeschäft müssen ein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB und ein Unternehmer i.S.d. § 14 BGB sein. Die Rollenverteilung muss dabei nach allgemeiner Meinung bei der *Lieferung von Waren* folgende sein: Der Verbraucher zahlt ein Entgelt für eine Leistung des Unternehmers. In den Fällen, in denen der Verbraucher die Ware liefert, finden die §§ 312b ff. hingegen nach ganz h.M. keine Anwendung<sup>7</sup>. In der vorliegenden Fallkonstellation fungiert der Unternehmer aber als Käufer. Dieses Angebot wird vom Verbraucher angenommen. Damit erbringt nicht der Fondsinhaber als Verbraucher ein Entgelt, sondern der anbietende Unternehmer.

Eine *andere Ansicht* ist allerdings vor dem Hintergrund der Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers *bei Finanzdienstleistungen vertretbar*. Ob der Verbraucher verpflichtet wird, ein Entgelt für eine Leistung zu zahlen oder gegen den Erhalt eines Entgelts eine Leistung zu erbringen, ist eine sehr formalistische Betrachtungsweise, insbesondere dann, wenn das Angebot vom Unternehmer ausgeht.

#### b) Jedenfalls Ausschluss des Widerrufsrechts gemäß § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB

Ob in der vorliegenden Konstellation ein Fernabsatzvertrag im Sinne des § 312b BGB vorliegt, bedarf aber letztlich keiner Entscheidung. Denn selbst wenn man ein Fernabsatzgeschäft annehmen wollte, wäre ein etwaiges Widerrufsrecht gemäß § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB ausgeschlossen. Nach dieser Vorschrift besteht ein Widerrufsrecht nicht bei Fernabsatzverträgen, die die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Finanzdienstleistungen zum Gegenstand haben, deren Preis auf dem Finanzmarkt Schwankungen unterliegt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat und die innerhalb der Widerrufsfrist auftreten können, insbesondere Dienstleistungen im Zusammenhang mit Aktien, Anteilsscheinen, die von einer Kapitalanlagegesellschaft oder einer ausländischen In-

<sup>3</sup> BAG, NZA 2008, 40 ff. zu einer Bonuszahlung (=Life & Law 2008, Heft 2, 97 ff.); BAG, NZA 2008, 1173, 1179; ausführlich auch *Tyroller*, Vertragliche Möglichkeiten des Arbeitgebers zur Entgeltflexibilisierung, in: Life&LAW 2009, Heft 10, 702, 710 f.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu Palandt/*Ellenberger*, a.a.O., § 148 Rdn. 3.

<sup>5</sup> Diese beispielhafte Aufzählung übernimmt damit den von Art. 2 lit b FernAbsFinanzDienstRL vorgegebenen Finanzdienstleistungsbegriff, was dem aus dem 13. Erwägungsgrund der FernAbsFinanzDienstRL folgenden Prinzip der Maximal-Harmonisierung entspricht.

<sup>6</sup> Vgl. Staudinger/*Thüsing*, BGB – Neubearb. 2005, § 312b Rdn. 23 ff.

<sup>7</sup> Vgl. Palandt/*Grüneberg*, a.a.O., § 312b Rdn. 10; MünchKomm/*Wendehorst*, BGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2007, § 312b Rdn. 39; Erman/*Saenger*, BGB, 12. Aufl. 2008, § 312b Rdn. 2a.

vestmentgesellschaft ausgegeben werden, und anderen handelbaren Wertpapieren, Devisen, Derivaten oder Geldmarktinstrumenten. Die Ausnahmeregelung betrifft Verträge über Waren wie Edelmetalle und Verträge über Dienstleistungen im Zusammenhang mit *Devisen, Geldmarktinstrumenten*, handelbaren Wertpapieren, Anteilen an Aktiengesellschaften, Finanztermingeschäften, Zinstermingeschäften, Zins- und *Devisenswaps* sowie Swaps auf Aktien- oder Aktienindexbasis (sog. "equity swaps"), Kaufoptionen u.Ä. § 312 Abs. 4 Nr. 6 spricht nicht von „Anteilen an Anlagegesellschaften“, sondern von „Anteilscheinen, die von einer Kapitalanlagegesellschaft oder einer ausländischen Investmentgesellschaft“ ausgegeben werden. Hiermit wird auf den Wortlaut von § 2 Abs. 1 Satz 2 WpHG zurückgegriffen<sup>8</sup>. § 2 Abs. 1 Satz 2 WpHG wurde durch das Gesetz zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften eingefügt und beendete die Diskussion darüber, ob auch Anteilscheine von in- oder ausländischen Kapitalanlagegesellschaften Wertpapiere im Sinne des WpHG sind<sup>9</sup>.

Ähnlich wie Verträge zur Erbringung von Wett- und Lot-

<sup>8</sup> RegE FernAbsG BT-Drucks 14/2658, 45; siehe auch *Felke/Jordans*, WM 2004, 166, 170.

<sup>9</sup> vgl. *Staudinger/Thüsing*, a.a.O., § 312d Rdn. 70; *Bamberger/Roth/Rantsch*, Beck Online-Kommentar, Stand 01.02.2007, § 312d Rdn. 46 ff.

teriedienstleistungen beinhalten auch diese Verträge ein *hohes spekulatives Element, das Verbraucher und Unternehmer zu gleichen Teilen tragen*. Es wäre unangemessen, das Risiko einseitig dem Unternehmer aufzubürden, indem der Verbraucher den Vertragsschluss widerrufen kann, wenn sich das Wertpapier nicht in der von ihm gewünschten Weise entwickelt. Der Ausschluss nach § 312d Abs. 4 Nr. 6 gilt damit für alle Fernabsatzverträge, die von den Schwankungen auf dem Finanzmarkt abhängig sind.

Dass die Rücknahme von der Fondsanlagegesellschaft ausgesetzt wurde, ändert nichts daran, dass die Fondsanteile am Markt gehandelt werden.

Damit ist in der vorliegenden Konstellation das Widerrufsrecht des Verbrauchers jedenfalls nach § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB ausgeschlossen.

\* Der Autor ist Gründungsgesellschafter der überregional tätigen Kanzlei Daxhammer Grieger Tyroller d'Alquen in Würzburg. Die Kanzlei berät mittelständische Unternehmen im Bereich des Arbeits-, Erb- und Wirtschaftsrechts. Außerdem ist der Autor seit 1995 in der zivilrechtlichen und arbeitsrechtlichen Ausbildung von Studenten und Rechtsreferendaren als Repetitor für das bundesweit agierende Juristische Repetitorium Hemmer als Mitgesellschafter tätig. Er ist Mitherausgeber der juristischen Fachzeitschrift *Life&LAW* der Hemmer/Wüst Verlagsgesellschaft mbH.

E-Mail: michael.tyroller@raedgt.net

Homepage: www.raedgt.net

## Regulation and Control of Biopiracy by Convention on Biodiversity

By Olga Troshchenovych, Legal Trainee at the District Court Frankfurt

### I. Introduction

The distribution of biodiversity around the world is not equal: Most of the biodiversity hot spots are located within the boundaries of the developing countries<sup>1</sup>, whereas the "biodiversity-poor" countries are mostly represented by the industrialized world with powerful biotechnology sectors<sup>2</sup>. Although the very basic needs of the population satisfiable by means of natural resources are the same all over the world - food, fodder, fuel, fertilizer, timber and medicine<sup>3</sup>, the demands and expectations of the global community as well as factual outcomes of the use



of biological resources are dominated by great controversies<sup>4</sup>. As a consequence of these contradictions, the phenomenon of biopiracy and the need of its regulation became a flagship of emerging conflicts concerning sovereign rights of the states as well as indigenous communities over their natural resources and striving of diverse interest groups for access to the "natural capital" underpinning the \$30 trillion global economy<sup>5</sup>.

The main challenge in regard to the control and regulation of biopiracy is the lack of any distinct legal notion expressly referring to biopiracy as a crime, tort or wrong which can be prosecuted<sup>6</sup>. However, the striking elements

<sup>1</sup> *Ninan/Jyothis/Babu/Ramakrishnappa*, *The Economics of Biodiversity Conservation*, p. 2; Approximately 90 percent of the world's remaining biodiversity is concentrated in tropical and sub-tropical regions within developing countries, mostly located in the southern hemisphere. See *Global Exchange, Biopiracy: A New Threat to Indigenous Rights and Culture in Mexico*, available at: <http://www.globalexchange.org/countries/americas/mexico/biopiracy.pdf> (accessed 31.01.2010).

<sup>2</sup> *Perkoff Bass/Muller Ruiz*, *Protecting Biodiversity*, p. 2.

<sup>3</sup> *Chauhan*, *Biodiversity, Biopiracy and Biopolitics: The Global Perspective*, p. 20.

<sup>4</sup> The relation between population and consumption is, for instance, not accessory: at present the populations which consume the most are those from wealthy countries, where families sized tend to be small; where population growth is rapid, families are typically living frugal lives. See *Milner-Gulland/Mace*, *Conservation of Biological Resources*, p. 4.

<sup>5</sup> *Perkoff Bass/Ruiz Muller*, *Protecting Biodiversity*, p. vii.

<sup>6</sup> *Nagan/Tsakimp/Jintiach*, *Bioprospecting as Biopiracy: Economic and Ethno-botany and the Misappropriation of the Traditional Knowledge of Indigenous Culture*, p.2.